ACTUALIDAD JURIDICA

Año XII N°24 Julio 2011

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia

•

La participación ciudadana y el Derecho de Asociación en la Ley N° 20.500

•

Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa

Universidad del Desarrollo

SANTIAGO – CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XII, N° 24 – Julio 2011

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

013302

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 : *Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia.*

- **Diez reformas a la administración de justicia.** P. Rodríguez G. 11
- **Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes.** Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo 41

Ensayos y Estudios

- **La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto.** C. Halpern M. 49
- **Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa.** E. Alcalde R. 69
- **La participación ciudadana y el derecho de asociación en la Ley N° 20.500 de 2011.** H. Rosende A. - N. Enteiche R. 85
- **Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años.** C. Schmidt H. 123
- **Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur.** R. F. Campusano D. 133
- **¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?** I. Covarrubias C. 155
- **Libertad moderna y divinización Del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel.** J. Alvear T. 173
- **Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de la personas jurídicas y de los agentes que las dirigen.** M. F. Juppet E. 209
- **Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación.** F. J. Rabat C. - F. Mauriziano C. 227
- **Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno.** A. Álamos V. 239
- **Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.** S. Cea C. - R. Coronado D. 259
- **Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente".** G. L. Barrios B. 273

J13392

- **Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho comparado.** L. Villablanca C. 297
- **Lo no mercantil en el derecho internacional privado.** S. Corneloup 325
- **Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno.** J. L. Varela D. 355
- **Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso.** A. Leiva L. 371
- **Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales.** J. M.Sarroca P. 387

Análisis Jurisprudencial

- **Embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental.** C. Boettiger P. 405

Actividades de las facultades

- **Santiago.** T. Siles D. 427
- **Concepción.** S. Arcas A. 439

Libros, Resúmenes y Recensiones

- ***Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural.* De Gonzalo Ibáñez Santa María.** J. Alvear T. 451
- **Índice Revista Ius Publicum N°26** 457

Presentación

La edición N°24 de *Actualidad Jurídica* ha escogido como tema central las "grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia". Desde su fundación, nuestra revista ha abordado repetidamente este tema, a través de diversos artículos, porque creemos que él constituye uno de los grandes desafíos que pesa sobre todos los hombres de derecho. Es cierto que la profesión de abogado ofrece una multiplicidad de posibilidades laborales, muchas de las cuales excluyen la participación profesional en tareas de carácter forense. Incluso más, es muy superior el número de abogados que no concurren a tribunales y que se desempeñan en labores de asesoría, cargos públicos, empleos privados, actividades docentes, etcétera. Pero, es igualmente efectivo que del buen funcionamiento de la potestad jurisdiccional depende la suerte del "estado de derecho", el "prestigio de la abogacía" y la "seguridad jurídica", sin la cual una sociedad no puede desarrollarse y convivir en paz. Es hora de comprender cabalmente que en la medida en que se perfeccione y modernice el Poder Judicial, y se consoliden las bases de una sociedad verdaderamente libre, segura y respetuosa de las normas jurídicas, el país superará cualquier escollo que obstruya su crecimiento y desarrollo.

Durante muchos años, la judicatura se consideró un mero "servicio público", desdibujándose su condición de Poder del Estado. El menosprecio que sufrieron estas funciones explica muchos de los vacíos que acusa nuestra institucionalidad en el día de hoy. Felizmente, aquello ha ido cambiando y, de manera gradual, se ha reconocido la misión que corresponde al Poder Judicial en un "estado institucional de derecho".

Ocurre, sin embargo, que nuestra judicatura no dispone de los medios –jurídicos y materiales– necesarios para satisfacer la creciente demanda por servicios judiciales, la cual, sin duda, se irá incrementando con el correr del tiempo, atendido el aumento del ingreso per cápita. Por otra parte, como se desprende de los antecedentes que se analizan en esta misma edición, la ciudadanía sigue manifestado, como sucede desde hace varios años, una cierta hostilidad hacia los jueces y una desconfianza que se arraiga en lo ocurrido en los últimos años en procesos y actuaciones de naturaleza y sensibilidad política. El cuadro, en este contexto, no puede ser peor, puesto que no se vislumbra de qué manera puede revertirse este ciclo negativo. Las opiniones adversas hacia la judicatura irán aumentando en la misma proporción en que aumente la demanda por servicios judiciales y queden éstos insatisfechos. De aquí la importancia que asignamos a este tema y al análisis técnico de las proposiciones que se formulan. En lo concerniente al aumento de recursos para ampliar las instalaciones

indispensables para el ejercicio de la jurisdicción, ello corresponde a una decisión sobre prioridades políticas en la cual poco ganaríamos inmiscuyéndonos.

Lo concreto, entonces, es el imperativo de contribuir, a través de nuestros limitados medios, con ideas, planteamientos y estudios que apunten al fortalecimiento de la judicatura, a la innovación de sus estructuras –muchas de las cuales están obsoletas– y a la corrección de disfunciones y procedimientos que deben modernizarse para adaptarlos a las exigencia del siglo XXI. Desde esta perspectiva, invitamos, una vez más, a académicos, investigadores y abogados en general, a sumarse a este esfuerzo y aportar su contribución por modesta que ella sea. Estas páginas permanecerán siempre abiertas para recoger estas inquietudes que no deben dejar indiferente a ningún abogado.

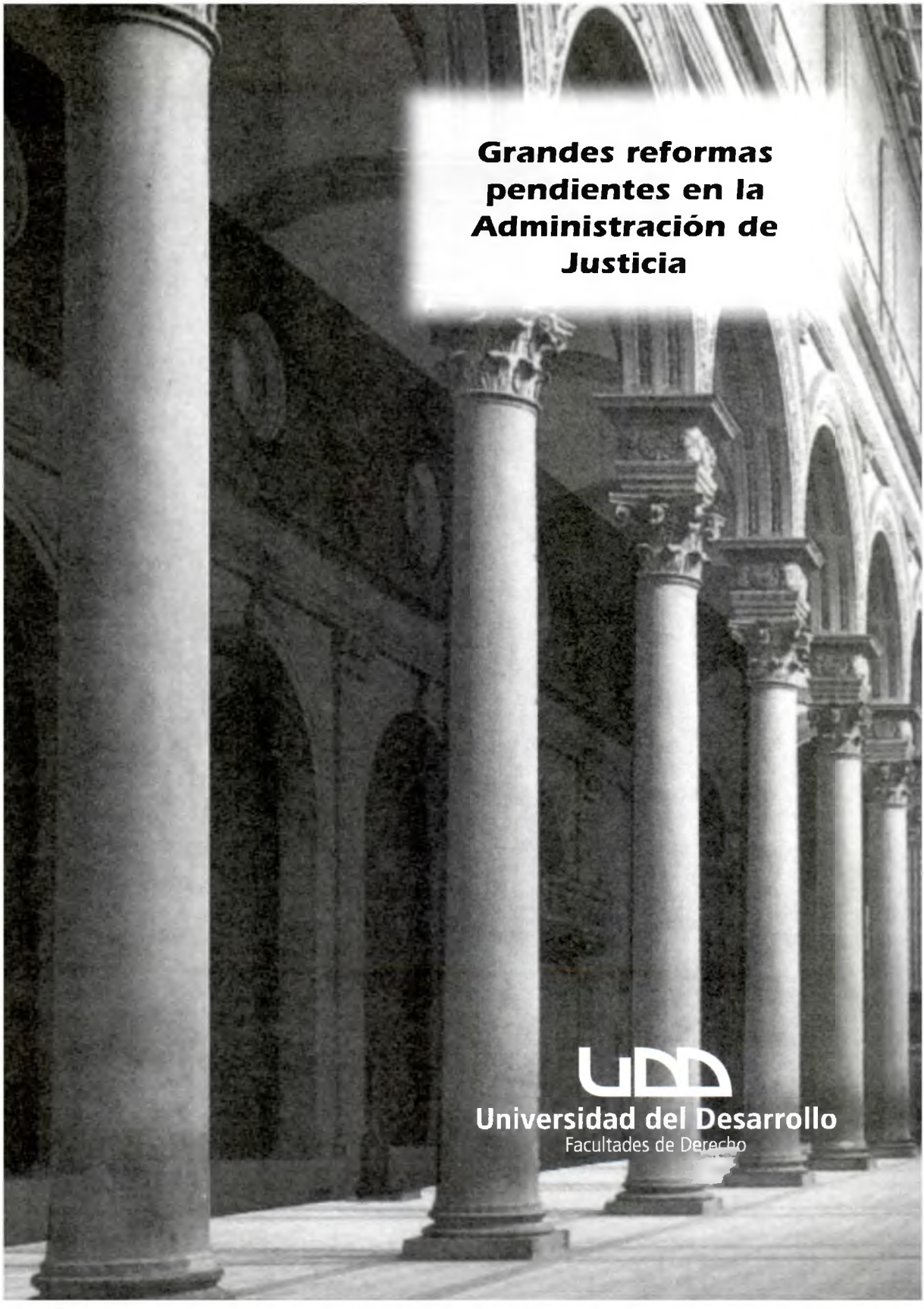
Como constatará el lector, se han planteados numerosas innovaciones de la más diversa índole, tanto en el ámbito orgánico como procedimental, con el ánimo de mejorar la función jurisdiccional, por medio de la cual se resuelven pacíficamente y en derecho las controversias y diferencias que se suscitan en el seno de la sociedad. Ninguna de ellas encontrará eco, sino en la medida que sea compartida por nuestro gremio profesional y las demás Facultades de Derecho, puesto que son todos ellos los llamados a promover el pensamiento en un área reservada, por razones obvias, a quienes profesan y dedican su vida al derecho.

Siempre en este contexto, cabe llamar la atención sobre la pobre cultura jurídica de nuestro pueblo. Es extremadamente difícil avanzar en la profundización de un "estado institucional de derecho", cuando la ciudadanía desconoce sus rasgos, principios e instituciones más fundamentales. Por lo mismo, una tarea primordial es extender el conocimiento a nivel popular, a fin de que cada chileno comprenda y valorice las ventajas de vivir en el marco de un sistema normativo pleno. En esta dimensión, nuestra tarea se desborda y nos obliga a demandar la contribución del Estado, a través de las diversas instancias y programas educacionales, diseñados especialmente para alcanzar estos propósitos. Lo que señalamos está en relación directa con la formación de los futuros abogados, ya que sólo es posible despertar vocaciones verdaderas cuando se descubre, con la debida antelación, lo que representa y constituye el derecho en la vida de una comunidad organizada.

El lector encontrará en estas páginas, además, numerosos otros trabajos sobre temas candentes, de diaria discusión y aplicación. Así, por ejemplo, temas civiles, como los efectos de la ley N°20.500 sobre derecho de asociación; laborales, como la mujer en el trabajo y la familia; comerciales, como la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen; administrativos, como los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracciones administrativas; internacionales, como las disposiciones sobre el Derecho Internacional en las constituciones políticas en América del Sur; etcétera.

Creemos que, no obstante todos los escollos que puedan hallar las reformas e innovaciones propuestas, comienza a forjarse un consenso sobre que la Justicia debe modernizarse y que ello es indispensable para el perfeccionamiento del "estado institucional de derecho". Sólo falta proyectar debidamente estos anhelos y, en esa tarea, esta publicación estará siempre atenta y en disposición de cooperar.

EL DIRECTOR



Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Diez reformas a la administración de justicia

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo trata de las reformas que el autor estima más urgentes para un mejoramiento significativo de la institucionalidad judicial. Se resumen las razones para sostener la conveniencia de eliminar a los "abogados integrantes", tema largamente discutido en los últimos años; excluir de la competencia de los tribunales civiles los "juicios ejecutivos", por tratarse de una materia más administrativa que jurisdiccional, y confiarlos a "fiscalías de cobranza" financiadas por quienes requieren sus servicios; entregar a la supervisión de la Corte Suprema la calificación e idoneidad de los abogados dedicados a actividades forenses, habida consideración de que ellos intervienen en el ejercicio de una potestad pública; revisar los mecanismos de designación y promoción en la carrera judicial para asegurar la independencia de quienes administran justicia; establecer un "pre-juicio de admisibilidad" cuando una demanda se considere aventurada o la acción deducida carezca de plausibilidad, a objeto de evitar los daños que resultan para el Tribunal y la parte demandada; dotar a la Corte Suprema de la "facultad de avocarse" aquellas materias que estime de mayor relevancia jurídica, con el fin de permitirle crear una jurisprudencia que sirva de modelo interpretativo que gravite en todo el sistema judicial; eliminar los llamados "árbitros arbitradores", cuyas facultades atentan contra las bases del "Estado de Derecho", al permitírseles resolver al margen y aun contra lo que dispone la ley; precisar la competencia de la Corte Suprema en el futuro, como tribunal de casación, custodio de los "derechos fundamentales" y, excepcionalmente, llamada a corregir abusos, faltas y errores evidentes; introducir en los tribunales ordinarios una administración técnica independiente de las funciones jurisdiccionales de la magistratura, con miras a no colmar de actividades extrajurisdiccionales a los jueces, en desmedro de lo que les es propio; y regular los alegatos en los tribunales colegiados para una mejor programación de las funciones que corresponden a abogados y jueces. Se resumen las razones para justificar cada una de estas reformas y los problemas que ellas suscitan en el ámbito jurídico nacional.

***

Desde hace varios años, venimos proponiendo una serie de reformas a nuestra Administración de Justicia, en el entendido que su implementación mejoraría, a muy corto plazo, problemas que se han hecho cada vez más extendidos y profundos. Hay en el país una permanente insatisfacción por la actuación del Poder Judicial. Cada encuesta ciudadana permite medir el escaso porcentaje de confianza que suscita su funcionamiento. Muchos de los reproches parecen injustificados y corresponden, esencialmente, al desconocimiento que la ciudadanía tiene sobre el rol que corresponde a la judicatura en el ordenamiento institucional. Todavía no puede comprenderse, por ejemplo, que las decisiones jurisdiccionales se adoptan sobre la base de lo que dispone la ley y no en razón del ejercicio de una potestad discrecional. Así, cuando se sanciona un delito o se libera al presunto autor de un ilícito, la pena impuesta al responsable o su libertad mientras se substancia el proceso es consecuencia de lo prescrito en la ley y no una decisión caprichosa del magistrado competente. Los tribunales de justicia no tienen injerencia ni en la génesis ni en la aprobación de las leyes, limitándose su función a la aplicación de las mismas a través del proceso interpretativo. No obstante lo anterior, la judicatura carga con la responsabilidad de las antedichas decisiones, provocando, muchas veces, el disgusto de la comunidad, que inculpa a los jueces de determinaciones que están obligados a adoptar en cumplimiento del mandato del legislador.

Para formarse una idea aproximada de lo que señalamos, basta con recordar que en una encuesta de octubre de 2009 se consultó sobre cuál, a juicio del consultado, era la institución que más confianza daba a la ciudadanía. Los tribunales de justicia apenas alcanzaron la aprobación de un 7% de la muestra, revelando que un 93% de la ciudadanía no valoriza su cometido.[1]

Lo anterior no implica exonerar a los jueces de la responsabilidad que les asiste por los errores circunstanciales que cometen. Pero ello es excepcional y no constituye, afortunadamente, una regla general. El descontento ciudadano a que nos referimos se ve, en cierta medida, magnificado por declaraciones y comentarios de los propios jueces que, a través de organismos gremiales de bien dudosa legalidad y conveniencia, se encargan de desacreditar sus propias tareas, apuntando las críticas fundamentalmente a sus superiores.

El Poder Judicial es esencialmente jerárquico, característica que hoy día despierta resistencia en ciertos sectores de la judicatura. Las prerrogativas que corresponden a los tribunales superiores se manifiestan preferentemente en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria y los procesos de calificación de los

[1] Encuesta de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo sobre "La situación de Chile hoy", correspondiente a octubre de 2009. Separata N° 10 de la Revista "Actualidad Jurídica". Al consultarse al encuestado sobre cuál era, a su juicio, la institución que más confianza daba a la ciudadanía, el 40% respondió "Carabineros"; el 18% la Iglesia, el 9% la Policía Civil y sólo el 7% los tribunales de justicia.

jueces inferiores. Es bien difícil eliminar ambas facultades sin debilitar la estructura judicial, lo cual no impide, por cierto, modernizarla y adecuarla a los requerimientos actuales.

No puede ignorarse, por otra parte, que el Poder Judicial en Chile ha sido objeto de una crítica política constante y sostenida, lo cual llegó al paroxismo entre los años 1970 y 1973, y ha continuado en forma ininterrumpida hasta el día de hoy. Ello ha llevado a gran parte de sus integrantes a adoptar medidas, a nuestro juicio, radicalmente equivocadas y que parecen estar llamadas a congraciarse con determinados sectores de la comunidad política. Tal ocurre con doctrinas y teorías que claramente parecen estar destinadas a esquivar la aplicación de instituciones tales como la prescripción, la amnistía, el debido proceso, la cosa juzgada, etc.[2] Esta conducta, aplaudida por un sector perfectamente identificable del espectro político nacional e internacional, no ha representado un avance en el juicio de la opinión pública, sino, más bien, un retroceso, al colocar a los jueces en una posición que rompe su tradicional prescindencia del acontecer político ideológico. Los sectores más sensibles de nuestra sociedad advierten una creciente politización de la judicatura, al extremo de que no es difícil predecir, en muchos casos, cuál será la determinación que adoptará un juez al pronunciarse sobre una materia con raíces o proyecciones políticas. Por este camino la judicatura seguirá perdiendo credibilidad y confianza en la mayoría de la ciudadanía.

No es esta materia la que inspira el presente trabajo, pero nos parece importante descorrer el velo que cubre la verdadera situación del Poder Judicial. Lo que dejamos estampado es frecuentemente acallado, porque, como es ya tradicional, quien rompe el círculo del silencio experimenta una crítica acerva que, no pocas veces, va unida a imputaciones y descalificaciones difíciles de soportar.

Con todo, se trata de analizar la "reacción histórica" de un Poder del Estado al que tocó enfrentar situaciones extremadamente complejas y delicadas, fruto de acontecimientos que comprometieron a toda la sociedad chilena y que, tarde o temprano, serán juzgadas cuando las pasiones políticas se apaguen y las odiosidades se extingan. Sólo entonces será posible emitir un juicio objetivo y ponderado.

[2] Cabe recordar a este respecto la doctrina del llamado "secuestro permanente" para eludir la aplicación de la prescripción y la amnistía; la decisión de que sólo cabe pronunciarse sobre ambas eximentes de responsabilidad una vez "agotada la investigación", vale decir, al cabo de varios años de prisión preventiva de los presuntos culpables; la aplicación de "tratados internacionales" no ratificados por nuestro país al tiempo de la comisión del delito; etcétera. Todo ello no ha sido sino una manera de eludir la aplicación de instituciones largamente arraigadas en nuestra tradición jurídica, que, como es lógico, han servido para restañar las heridas históricas que dejan las confrontaciones civiles.

A tal extremo se ha llegado en el propósito de imponer al Poder Judicial una determinada posición política, que hay sectores que reclaman una "verdad oficial", establecida por el Poder Judicial, sobre los acontecimientos que culminaron en 1973 con la interrupción del orden constitucional y su posterior restablecimiento. Probablemente sean estas excentricidades las que mejor ilustren el momento que vivimos.

I. Principales reformas al Poder Judicial

Más allá de lo comentado y admitiendo que el Poder Judicial no proyecta la confianza y el prestigio que demanda su trascendental misión en un Estado de Derecho, siempre con el ánimo de mejorar su función, nos parece indispensable encarar diez reformas que no implican alterar en forma sustancial su estructura orgánica, pero que aportarían una dosis de realismo del que, por desgracia, carecen muchos de los proyectos pendientes. En otros términos, si nos fuere dado proponer las medidas que estimamos más urgentes para avanzar en el perfeccionamiento de la judicatura, plantearíamos las siguientes:

1. Eliminación de los abogados integrantes (reforma que se encuentra pendiente en el Poder Legislativo);

2. Sustracción de los juicios ejecutivos de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia y creación de "fiscalías de cobranza";

3. Habilitación especial de los abogados forenses para intervenir en el ejercicio de la jurisdicción;

4. Modificación de los mecanismos de designación en la carrera judicial;

5. Examen de admisibilidad previa de las acciones deducidas ante los tribunales de primera instancia;

6. Facultad de la Corte Suprema para avocarse sólo aquellas materias de relevancia jurídica;

7. Eliminación de los llamados "árbitros arbitradores o amigables componedores".

8. Competencia exclusiva de la Corte Suprema (jurisdicción disciplinaria, nuevo recurso de "afectación de garantías constitucionales" y recurso de casación en el fondo);

9. Administración profesional del tribunal; y

10. Programación de los alegatos ante los tribunales colegiados.

Como puede constatarse, no se plantean grandes innovaciones (como la promulgación de un nuevo Código de Procedimiento Civil), lo cual, por cierto, no descartamos, o una profunda restructuración de las funciones que corresponden a la Corte Suprema. En lo inmediato, a nuestro juicio, deben abordarse aquellas materias que a corto plazo corrijan insuficiencias y vacíos que pueden superarse sin altos costos, compromisos o definiciones de mayor envergadura.

Es ya tradicional en Chile que el trabajo legislativo se realice con exagerada lentitud. Esta realidad no se aviene con la velocidad de los cambios que operan en la sociedad y con la necesidad de institucionalizarlos a corto plazo. Probablemente sea éste uno de los peores escollos con que tropieza el propósito del mundo jurídico de modernizar el sistema y adecuarlo a la época que vivimos. Como lo hemos señalado tantas veces, la llamada "revolución tecnológica" –de que somos testigos y tributarios– exige que los hombres de derecho actualicen los mecanismos y procedimientos establecidos para que las normas jurídicas regulen los nuevos instrumentos que se incorporan día a día a la actividad profesional, económica, cultural, comunicacional, etcétera. Piénsese solamente en fenómenos de tanta trascendencia como la "globalización" (que ha desencadenado un brusco aumento del comercio mundial y un intercambio cultural cada día más dinámico), o en la creación de masivas redes de participación social (cuyos efectos políticos están cambiando la historia de muchas naciones), o el vertiginoso desarrollo del transporte y las comunicaciones. En cierta medida, el jurista está condenado a quedar rezagado, salvo que sea capaz de enfrentar con audacia e imaginación el desafío que implica la incorporación de las nuevas tecnologías al sistema normativo.

Pero no es este el tema que plantea el presente artículo. Tratamos aquí sólo de algunas medidas (10) que pueden aliviar la tarea judicial y reordenar el funcionamiento de los tribunales, reivindicando para ellos lo que les es propio: el ejercicio de la jurisdicción. Lo demás seguirá pendiente a la espera de proposiciones de mayor entidad y de la asunción, por parte de los juristas, de fórmulas, principios y mecanismos renovados que sirvan para modernizar sistemas jurídicos en gran parte superados por el tiempo.

Analizaremos, a continuación, cada una de las medidas que proponemos:

1. Abogados integrantes.

Esta materia se ha debatido largamente, en especial durante los últimos 10 años. Existe consenso en la necesidad de eliminarlos, no obstante el aporte que esta institución entregó, especialmente en el pasado cuando una falange de notables juristas ejercía estos cargos (Leopoldo Ortega, Darío Benavente, Luis

Cousiño Mac Iver, Fernando Fueyo, Hugo Rosende y tantos otros). Sin embargo, la transferencia del contencioso administrativo a los tribunales ordinarios de justicia (1989) y el reforzamiento del principio de independencia (1980) en nuestra Carta Fundamental excluye, razonablemente, la posibilidad de que sea el Poder Ejecutivo quien, anualmente en la Corte de Apelaciones y cada tres años en la Corte Suprema, designe a los Ministros llamados a reemplazar a los titulares cuando estos últimos se encuentren impedidos de concurrir a una audiencia, lo cual es de ordinaria ocurrencia. Nadie podría negar que leyes especiales, en una multiplicidad de casos, entregan al Poder Judicial la revisión de asuntos resueltos originalmente por la Administración, en los cuales ella tiene interés directo (incluso la revisión de tareas jurisdiccionales conferidas a la Administración o *jus puniendi)*. Tampoco puede desconocerse que la responsabilidad del Estado es cada día más extendida, gracias a la reforma del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, ni que muchas materias de que conocen nuestras Cortes tienen un alcance político inocultable.

El "principio de inamovilidad" no opera respecto de este tipo de jueces "temporales", cuyo comportamiento es evaluado periódicamente por la misma Administración, introduciendo con ello todo tipo de desconfianzas y recelos. En pocas palabras, esta institución, por muchas que fueran sus bondades en el pasado, es hoy día impresentable y no puede subsistir.

Discutible resulta la forma en que debe operar la subrogación de los jueces impedidos de concurrir a su oficio en audiencias determinadas (esporádicamente). Se sospecha que en el evento de llamar a subrogar a jueces titulares de primera instancia (que parece ser lo natural), se desorganizará el funcionamiento de sus tribunales, provocándose ineficiencias que resultan perfectamente previsibles. Lo anterior lleva a la conclusión de que sería preferible la creación de nuevas plazas ministeriales –en número equivalente al de los actuales abogados integrantes–, a fin de suplir a los magistrados ausentes, pudiendo encomendárseles otras tareas que, al aliviar la labor de los titulares, permitirían que las Cortes funcionaran con mayor regularidad y sin obstrucciones. Contribuye a lo indicado el hecho de que las plazas que actualmente se destinan a "fiscales judiciales", incluido el cargo de la misma naturaleza en la Corte Suprema, se eleven por el solo ministerio de la ley a la categoría de ministros, como se consulta en el proyecto que pende de la decisión del Congreso Nacional.

Lo anterior reafirmaría la tendencia a abrir la carrera judicial a abogados experimentados con vocación judicial que no se incorporaron a la judicatura al comenzar su ejercicio profesional. Esta fue la razón que impulsó la inclusión de cinco ministros de la Corte Suprema que no pertenecen a la carrera judicial y que se integran a ella conforme el procedimiento establecido en el artículo 78 inciso 4° de la Constitución Política de la República (Ley N°19.541 de 20 de diciembre de 1997).

No nos parece desdeñable la posibilidad de incorporar a la judicatura a una serie de abogados que luego de foguearse en el ejercicio libre de la profesión, descubren, aun cuando tardíamente, su interés por incorporarse al Poder Judicial. Esta apertura no debería quedar delimitada a uno o más cargos, a los cuales son llamados excepcionalmente abogados destacados para asumir las más altas funciones en la jerarquía judicial. Sería de innegable utilidad establecer un régimen permanente que habilite a los abogados con un determinado número de años de ejercicio profesional, de intachable idoneidad moral y con vocación por esta actividad, para incorporarse a la carrera judicial previo por cierto, el cumplimiento de requisitos que aseguren su capacidad profesional (cursos especiales en la Academia Judicial o títulos de postgrado en universidades acreditadas).

Pero, como quiera que se organice estructuralmente la judicatura, la designación de un juez no puede pender de la simpatía o antipatía política que le profese la autoridad gubernativa, ni muchos menos calificarse su comportamiento cada cierto espacio de tiempo en función de sus decisiones. Son numerosos los casos en que es justo presumir que los abogados integrantes fueron alejados de sus cargos porque las determinaciones adoptadas no coincidían con el criterio sustentado por la Administración. Lo que señalamos se hizo aun más evidente tratándose de causas de indudable connotación política, en las que algunos jueces aparecieron abanderados en una posición claramente conocida por los justiciables. Al menos en el foro judicial esta realidad era plenamente conocida y condenada por quienes observaban este fenómeno en forma objetiva.

Finalmente, tampoco parece admisible que abogados integrantes pertenecieran a "estudios profesionales", porque la imagen que ello proyecta afecta gravemente su independencia, cualquiera que haya sido su comportamiento. Lo propio podría sostenerse en relación a algunos abogados integrantes que hicieron carrera en esta función, prolongando largos años tal calidad, la cual se conservaba por la simpatía de que gozaban en las esferas gubernativas frente a las cuales debían ser obsecuentes.

Como puede observarse, se trata de una institución incompatible con las exigencias mínimas de imparcialidad e independencia, generando un atmósfera de desconfianza y suspicacia que deteriora la imagen y funcionamiento del Poder Judicial. Lo que se señala se ve amplificado por lo que sucede en las diversas regiones del país. En la mayoría de ellas el cuerpo jurídico es considerablemente más reducido, razón por la cual lo que acontece en cada Corte se divulga con facilidad y, muy probablemente, se amplifican sus defectos, deteriorando irremediablemente la imagen del Poder Judicial.

Creemos indispensable insistir, a lo menos, en tres aspectos que no pueden verse preteridos: reconocer la valiosa contribución que, especialmente en el pasado,

prestaron los abogados integrantes, la mayor parte de los cuales, como se indicó en lo precedente, ejercían simultáneamente funciones de carácter docente; la circunstancia de que la Constitución de 1980 extendiera considerablemente la competencia del Poder Judicial, asumiendo, desde 1989, el llamado "contencioso administrativo", lo cual determina una injerencia cada vez mayor del Poder Judicial en la actividad de la Administración; finalmente, es indiscutible que la judicatura ha sido llamada por leyes especiales, especialmente en el último tiempo, a resolver contiendas de innegable contenido político, lo cual conlleva la necesidad de independizar la designación de los jueces del Gobierno en ejercicio. Hay que entender que la realidad institucional ha cambiado y que ello determina que instituciones como ésta, que pudieron funcionar adecuadamente en el pasado, hoy día enturbian la imagen de una potestad que no puede concebirse sino al margen de todo influjo ajeno a la pureza de su misión.

Esperamos que el proyecto que se encuentra en actual trámite legislativo vea la luz en una fecha próxima y no ocurra con él lo sucedido en tantos otros casos análogos.

2. Sustracción de los juicios ejecutivos de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia y creación de "fiscalías de cobranza".

Se ha demostrado, a través de numerosos estudios, que los tribunales ordinarios de justicia se dedican preferentemente a la tramitación de los llamados juicios ejecutivos. Aproximadamente el 80% de los procesos en actual tramitación en los tribunales letrados de primera instancia se abocan a esta materia. **Ocurre, sin embargo, que el juicio ejecutivo, en su fase coercitiva, no tiene carácter jurisdiccional, sino meramente administrativo**. Por ende, esta materia no responde al concepto de jurisdicción definido en la Constitución Política de la República.

Desde un punto de vista práctico, los tribunales se encuentran atiborrados por una actividad que no les compete y que debiera ser abordada por órganos especialmente constituidos al efecto. La sola circunstancia de sustraer esta materia del conocimiento de los jueces letrados implicaría desahogar la judicatura civil y permitir que ella se dedicara a lo que le es propio: **ejercer la jurisdicción.** Mucho se ganaría si los jueces dispusieran de tiempo suficiente para estudiar, con la debida dedicación, cada una de las controversias que están llamados a conocer y pronunciar sentencias sin el apremio que deben soportar. De lo que señalamos se desprende que una materia ajena a la misión esencial de los jueces constituye el peor obstáculo para que éstos puedan desarrollar sus funciones como corresponde.

Sin perjuicio de lo comentado, cabe advertir, además, que el solo hecho de asignar a la judicatura ordinaria el conocimiento de los juicios ejecutivos oculta

la existencia de un subsidio perverso desde un doble punto de vista. En primer lugar, son los bancos, las grandes empresas de retail, las cadenas comerciales y demás entidades financieras las que absorben la mayor parte de la actividad judicial, la cual es financiada por el Estado. Por consiguiente, si un acreedor escoge erradamente a su deudor, es el erario nacional el que se hace cargo en su mayor parte del costo de la cobranza, facilitando, considerablemente, la actividad subvencionada. En segundo lugar, los juicios ejecutivos alientan a los deudores a eludir sus compromisos, al conferírseles todo tipo de excepciones que pueden oponer a la demanda de su acreedor (artículo 464 del Código de Procedimiento Civil). Esta sola circunstancia estimula el incumplimiento, obligando al titular del derecho a recurrir a la instancia judicial. En tercer lugar, hay que tener presente que el juicio ejecutivo universal (juicio de quiebra) está confiado a un síndico, funcionario público que es remunerado por los acreedores que reclaman el pago de sus acreencias. En cuarto lugar, por último, debe tenerse en cuenta que el Fisco dispone de un procedimiento especial para el cobro de los tributos, multas y demás obligaciones impagas, pudiendo el deudor, sólo en este caso, oponer escasísimas excepciones, debiendo, en tal caso, remitirse al tribunal competente los antecedentes para la resolución específica de la cuestión planteada. Lo que es bueno para el Fisco no lo es, sin embargo, para los particulares, contrasentido que carece de toda justificación.

No es necesario, en consecuencia, introducir sofisticadas reformas al sistema judicial. Bastaría con introducir, por ahora, este tipo de modificaciones que en lugar de debilitar la jurisdicción la fortalecen, al desplazar de ella asuntos de carácter meramente administrativo. El embargo de bienes (afectación del bien debido o afectación de bienes del deudor al cumplimiento de la obligación dineraria), su tasación, su realización, la liquidación de la deuda y demás cuestiones anexas a la ejecución, son cuestiones de carácter estrictamente administrativo, en donde no se presenta conflicto alguno que deba resolverse por medio de un proceso judicial. No se advierte, entonces, por qué habría de intervenir el juez en circunstancias de que se trata de una cuestión ajena al ejercicio de la jurisdicción.

El derecho comparado acusa claramente la diferencia que representamos, ya que en muchas naciones (entre ellas Francia, que tanta influencia ha ejercido en el derecho nacional) existen órganos administrativos encargados de ejecutar forzosamente el cumplimiento de una obligación incumplida.

Con un sentido mínimo de equidad debemos imputar los costos de una cobranza a la persona del acreedor, puesto que ha sido él quien seleccionó equivocadamente a la persona que contrajo la obligación. No es justo, entonces, imputar estos costos al erario nacional, vale decir, a todos los integrantes de la comunidad civil.

Para concluir este capítulo queremos poner acento en el hecho, ya vastamente representado, de que nuestra legislación parece estimular al que, en lugar de esforzarse por cumplir las obligaciones asumidas, intenta eludirlas, recurriendo muchas veces a excusas o pretextos vanos. No existe entre nosotros una cultura que privilegie el cumplimiento de los compromisos contraídos. Por el contrario, es el deudor quien dispone de una batería de excepciones que le permiten prorrogar la ejecución forzada de la obligación debida. A tal extremo se ha llegado en este orden de cosas, que fue necesario introducir en nuestra legislación una serie de disposiciones encaminadas a evitar la dilación de las cobranzas judiciales y el perjuicio que representaba para el acreedor el transcurso del tiempo por efecto de la depreciación monetaria (inflación). Felizmente esta materia ha sido resuelta, imponiendo al deudor el pago de los índices de desvalorización de la moneda. La insuficiencia de que damos cuenta se expresa, además, en la existencia de "oficinas jurídicas de cobranzas" dedicadas exclusivamente a la atención de quienes monopolizan en la práctica la actividad de los tribunales de justicia. De la manera indicada, esta actividad se ha mecanizado, lo cual resulta indicativo de que ello no constituye el ejercicio de la profesión de abogado.

Como es obvio, una "fiscalía de cobranza" deberá ser íntegramente financiada por las personas que recurran a sus servicios sin afectar los recursos del erario. Así ocurre, como ya se dijo, con los servicios que prestan los llamados síndicos de quiebras, financiados íntegramente por las personas interesadas en la ejecución de los bienes del fallido.

Estamos convencidos de que el retraso en la tramitación judicial, que tanto desprestigia al Poder Judicial, tiene como causa principal el recargo de trabajo de que son víctimas nuestros jueces, hecho que se deriva de la necesidad de avocarse a los llamados "juicios ejecutivos". Sustraer esta materia de su conocimiento permitiría descongestionar los tribunales, haciendo posible que los jueces dispusieran del tiempo necesario para resolver aquellas cuestiones que les son propias.

Durante muchos años, atendida la confianza que entonces dispensaban, se fue asignando al Poder Judicial la solución de una serie de problema de índole administrativo. Así, por ejemplo, el otorgamiento de posesión efectiva de la herencia, la apertura de los testamentos cerrados, la rectificación de las partidas del Registro Civil, la constitución de la propiedad minera, etcétera. Imperceptiblemente se recargaron las funciones judiciales en desmedro de que aquello que constituye la esencia de su misión. Hoy somos víctimas de esta política, obligados a descargar gradualmente el ingreso judicial, propósito que no ha sido fácil cumplir. Por lo tanto, parece llegada la hora de encarar esta exigencia y descomprimir la sobrecarga impuesta a la judicatura.

3. Habilitación especial de los abogados forenses dedicados a la actividad jurisdiccional.

En el último tiempo se ha observado una proliferación en el otorgamiento de títulos profesionales. Hacia 1960, ejercían la profesión de abogado aproximadamente 4.000 profesionales, los cuales debían pertenecer al Colegio de la Orden si comparecían ante los tribunales de justicia en defensa de los derechos de las partes litigantes (como reza el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales). Existía, por tanto, un control ético y profesional relativamente riguroso que sancionaba cualquier falta, tanto a la ética profesional como a los deberes propios de esta actividad. En la actualidad existen más de 20.000 abogados, número que se duplicará en menos de 10 años. A lo anterior hay que agregar, aún, que no existe obligación legal de colegiarse, por mandato constitucional, quedando muchos abogados marginados del más mínimo control ético. Es cierto que en la última reforma constitucional (Ley N°20.050 de 2005) se contempló el establecimiento de **tribunales especiales,** llamados a juzgar a los profesionales no colegiados, pero ellos sólo funcionarán cuando se dicte la ley respectiva. Me temo que ocurrirá con ellos algo semejante a lo sucedido en la Constitución de 1925 con los "tribunales contencioso administrativos": nunca se dictó la ley que debía regularlos, quedando el mandato constitucional reducido a una norma meramente programática.

El abogado es **"un colaborador de la justicia",** puesto que interviene en el ejercicio de una potestad pública (la jurisdicción), siendo en ella uno de sus más importantes intervinientes. En consecuencia, por razones de interés público, deben adoptarse todas las medidas necesarias para asegurar que su preparación y comportamiento se ajusten al rol que le corresponde desempeñar. Recordemos que el artículo 19 N°3 inciso 2° de la Constitución, a propósito de la garantía de *"Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*, dispone que: *"Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las norma pertinentes de sus respectivos estatutos"*. El inciso 3° complementa este derecho esencial diciendo que: *"La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos"*.

Atendidas las diversas modalidades que puede revestir el ejercicio profesional de abogado, creemos que es útil distinguir entre lo que se ha dado en llamar **"abogados corporativos"** (consejeros, asesores, empleados públicos y particulares, etcétera) y **"abogados forenses"** (que intervienen ante los tribunales de justicia y coadyuvan en la función jurisdiccional).

Los primeros (abogados corporativos) no requieren de un control especial, puesto que su tarea se limita a recomendar, opinar, informar o asesorar, mas no intervienen en el ejercicio de una potestad pública. No puede desconocerse que ellos (abogados corporativos) sí intervienen en el ejercicio de potestades tales como la **"autonomía privada"**, o la **"potestad administrativa"** (derivación a nuestro juicio de la "potestad reglamentaria"), generando actos y contratos y resoluciones administrativas de efectos relativos (que sólo alcanzan a las partes que intervienen en la negociación privada o en el proceso administrativo), pero la demanda y prestación de estos servicios queda entregada a la libre decisión de las personas que recurren a ellos (no es infrecuente, incluso, que esta asesoría se preste por otros profesionales tales como auditores, contadores, ingenieros, psicólogos, etcétera). Como es obvio, este tipo de actividad genera responsabilidad civil (por negligencia, imprudencia o impericia), pero no alcanza a comprometer la función de las potestades públicas (caracterizadas por el atributo de imponer a terceros sus decisiones y hacerlas cumplir con carácter coercitivo). No es necesario, por ende, consagrar un sistema de protección y control de las tareas que desempeñan los abogados corporativos ni ella reviste potencialmente un grado importante de peligrosidad. Todo lo indicado sin perjuicio de la responsabilidad profesional que debe hacerse valer conforme las reglas generales que gobiernan la materia.

No ocurre lo mismo con los segundos (abogados forenses). Estos últimos intervienen activamente en el desarrollo de todo proceso judicial, constituyéndose en intervinientes esenciales. La actividad de este tipo de abogado se encuentra, además, reconocida en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En efecto, al precisarse el contenido del *"debido proceso legal"* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, promulgado el 5 de enero de 1991, y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado el 29 de abril de 1989), se consigna el derecho de toda persona inculpada de la comisión de un delito a *"ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor"*.

De lo señalado se desprende que el abogado forense juega un rol esencial e imprescindible en el juzgamiento de las causas civiles y criminales, por ende, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional definida en el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Desde este punto de vista, no puede resultar indiferente para el Estado su formación profesional, sus aptitudes y sus destrezas, puesto que todas ellas influyen en forma determinante en el respectivo juzgamiento. Prueba irrefutable de lo que sostenemos es el hecho de que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 21, dispone textualmente que: *"El título de abogado será otorgado de la audiencia pública por la Corte Suprema reunida en tribunal pleno, previa comprobación y declaración de que el candidato reúne los requisitos establecidos en los artículos 523 y 526"*. Pongamos énfasis en

el hecho de que el único título profesional que no otorgan las universidades, sino un Poder del Estado, corresponde, precisamente, al título de abogado, lo cual se explica por la naturaleza de la función descrita.

Así las cosas, resulta forzoso otorgar a la Corte Suprema las facultades necesarias para velar por la idoneidad de los futuros abogados, pero sólo cuando éstos intervienen en el ejercicio de la jurisdicción. Para dicho fin existen varias modalidades, entre ellas la adopción de un "examen de barra" (existente en todos los países jurídicamente desarrollados), que bajo la supervisión del Máximo Tribunal, permita asegurar que quienes litigan ante los tribunales de justicia están dotados de las destrezas mínimas que son indispensables para un buen desempeño en el ejercicio de de estas funciones especiales. En otras palabras, debe la Corte Suprema adoptar todas las medidas que resulten necesarias para amparar el buen funcionamiento de la jurisdicción, mandato contenido en el artículo 82 de la Carta Fundamental. Más claramente, tanto la Constitución como la ley confieren a este tribunal las llamadas "facultades económicas", cuyo objeto es adoptar todas las medidas que sean necesarias para el mejor funcionamiento de los tribunales inferiores. Si se advierte –como se ha declarado públicamente por sus personeros más representativos– que la calidad de los abogados no responde a las necesidades que demanda el adecuado ejercicio de la jurisdicción, la Corte Suprema no puede excusar su intervención en esta materia sin que previamente haya representado a los demás poderes del Estado esta insuficiencia y la necesidad de corregirla. Se trata, a nuestro juicio, del debilitamiento de uno de los pilares en que se sustenta el buen funcionamiento de los tribunales, puesto que una torcida asistencia judicial por parte del abogado, hará siempre imposible un buen desempeño de la magistratura.

En consecuencia, asignamos plena responsabilidad al máximo tribunal de la República ante la ausencia de medidas que sirvan para mitigar los daños y desviaciones analizados, todos los cuales constituyen uno de los aspectos más vulnerables en el ejercicio de la jurisdicción.

Si a lo anterior agregamos, todavía, el hecho de que el aumento de la competencia profesional conduce, no pocas veces, al aumento paralelo de las infracciones éticas, lo que reclamamos resulta ser un imperativo para quienes están llamados a velar por el buen funcionamiento de nuestros tribunales.

Como se indicó en lo que precede, el derecho comparado demuestra que no es suficiente la sola preparación académica para el buen ejercicio de la abogacía. A ella deben agregarse el dominio de las habilidades, destrezas y recursos que exige una actividad de esta naturaleza. De aquí la necesidad de comprobar y asegurar que el respectivo postulante al título abogado está dotado de las aptitudes que demanda su buen desempeño en la defensa de los derechos de los litigantes.

Con frecuencia suele imputarse a los jueces la mala calidad de sus sentencias, pero no se repara en la mala calidad de las defensas y la nula contribución que a la tarea del juez prestan los abogados. Para un mejoramiento sustancial de la justicia en Chile, es necesario poner acento en ambos factores, puesto que el aporte del abogado será siempre vital, especialmente en el campo de la justicia civil, ya que el Juez debe pronunciarse sobre las acciones, excepciones y defensas, quedando su competencia circunscrita a las materias comprendidas en la controversia. El crecimiento exponencial de los abogados, desgraciadamente, no ha ido unido a la calidad de estos profesionales, lo cual, a corto o largo plazo, será factor primordial en las políticas de mejoramiento de la judicatura.

4. Mecanismos de designación en la carrera judicial.

Desde hace un tiempo a esta parte se reitera una sórdida protesta de algunos jueces por los mecanismos vigentes para la designación y promoción de los funcionarios judiciales y las calificaciones que corresponden a su desempeño. La sindicalización de los jueces (cubierta o descubierta) no parece ser una experiencia rescatable. En todos los países en que ello ocurre, inevitablemente, factores políticos enturbian la actividad judicial. Particularmente negativo ha resultado la creación de "consejos de la judicatura", integrados por personeros de reconocida inclinación política, encargados de designar a los magistrados. Como se ha demostrado en numerosos estudios, existe una "ley de hierro", conforme a la cual toda potestad política tiende a extender su influjo, abarcando cada vez mayores prerrogativas y poderes.

En Chile –salvo el período comprendido entre 1970 y 1973– no se conocen tentativas destinadas a politizar la judicatura. Sin embargo, un sistema arcaico de designaciones, con intervención directa de los otros Poderes del Estado, cuya génesis y naturaleza es fundamentalmente política (Ejecutivo y Legislativo), sirve, en este momento, a los intentos de dar una proyección de esta especie a reformas que parecen urgentes.

Lo que planteamos está directamente relacionado con el modelo de designación y promoción de los jueces. ¿Deben los jueces ser designados por el Gobierno? ¿Deben los magistrados de los tribunales superiores de justicia ser designados con participación del Ejecutivo y el Senado de la República, como sucede hoy día con los ministros de la Corte Suprema?

Hemos sostenido en el pasado que la única forma de asegurar la independencia absoluta de los tribunales de justicia es dotarlos de facultades para su autogeneración. Se afirma que este sistema conduce a la formación de castas judiciales e incentiva el nepotismo. Se ha sostenido también que el único poder legítimo en una sociedad democrática deriva de la voluntad electoral (sufragio), razón por la cual la instalación de los jueces debe fundarse en el respaldo de los órganos

políticos, vale decir, del Gobierno y del Congreso Nacional. Por cierto, no es este el tema del presente artículo, sin perjuicio de lo cual conviene, desde ya, dejar sentado que estas críticas pueden neutralizarse con una adecuada reglamentación en el mecanismo de designaciones judiciales. En toda profesión existe una especie de "continuidad generacional" que se trasmite entre padres e hijos (incluso en el área política, en que predominan por largos períodos de tiempo algunas familias por la sola influencia de sus progenitores). No es malo, entonces, la existencia de "castas judiciales", como no lo son otras "castas" profesionales, todas las cuales, además, tiene la ventaja de mantener valiosas tradiciones que dignifican la actividad. Respecto de "nepotismo", nada impide adoptar los resguardos necesarios para evitar influencias indebidas. A este respecto, es posible neutralizar cualquier factor que desequilibre la igualdad de oportunidades que debe existir en toda carrera funcionaria. Las críticas, por lo tanto, más bien parecen pretextos para justificar la mantención del régimen actual y, aun, aumentar la participación de las organismos políticos en las designaciones judiciales.

Un paso importante en la dirección correcta, sería proveer todos cargos judiciales por medio de concursos de antecedentes y oposición, de modo de transparentar cualquier designación, dejando en evidencia los méritos de cada candidato. Por lo mismo, todo nombramiento o promoción debería desligarse de potestades ajenas a la judicatura, lo cual conduce a la "autogeneración" que, sin ser perfecta, ofrece mayores garantías y seguridades de independencia e idoneidad. Los indicados concursos carecen, no obstante, de mayor significación en el supuesto de que, en definitiva, sea la autoridad política la llamada a escoger entre quienes han intervenido en esta competencia. La sola circunstancia de que la Constitución y la ley dispongan la intervención de autoridades políticas en la designación y promoción de los jueces, politiza, en medida preponderante, la composición del Poder Judicial.

Se ha afirmado, frecuentemente, que la judicatura nunca, salvo situaciones muy calificadas, ha obrado con independencia del Gobierno. Lo anterior no sería difícil comprobarlo, si se considera que desde siempre los nombramientos, ascensos, recursos financieros y administración de los mismos, políticas de modernización y promoción, etcétera, han operado con intervención decisiva de la Administración. Un cierto grado de sometimiento de los jueces a la voluntad política resulta inevitable atendida la estructura orgánica de la judicatura. Se trata, en consecuencia, no de una crítica destemplada, sino de un efecto susceptible de constatarse a través de nuestra historia. Dicho de otro modo, la influencia de las fuerzas políticas en el desempeño de la jurisdicción no es más que una consecuencia obligada de su estructura institucional. Ello, por lo tanto, no es imputable a los jueces, puesto que éstos están sujetos a un sistema que no pueden modificar y al cual están indisolublemente ligados.

Un cambio profundo en los mecanismos de designación en la carrera judicial, conduce, entonces, a la destrucción de los lazos que amarran a la judicatura a los entes políticos que dominan la estructura del Estado.

Lamentablemente, este laudable propósito se estrella frontalmente con la realidad que nos circunda. No parece posible, al menos en este momento, justificar esta innovación aduciendo la conquista de una real independencia judicial. No creemos tampoco que sea éste el propósito que anima a los sectores que promueven la organización sindical de los jueces, con diferentes nombres y etiquetas.

En síntesis, somos partidarios no sólo de modernizar los mecanismos de designación y promoción de los jueces, sino que unir este propósito al empeño de alcanzar una real independencia de la judicatura de los poderes políticos que integran, como se dijo, la estructura fundamental del Estado.

Poco puede decirse, sin caer en un comentario meramente político, sobre la crítica según la cual la única fuente de legitimidad institucional emana de la voluntad electoral. Por cierto, esta afirmación contraviene la letra, voluntad y espíritu del artículo 5° de la Constitución, conforme al cual *"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece"*. En parte alguna de nuestro sistema jurídico se consagra el principio de que sólo es legítima la autoridad que emana de un pronunciamiento electoral. Por el contrario, como puede constatarse, ejercen la soberanía las autoridades establecidas en la Carta Fundamental, así su instalación sea fruto de una elección popular o se nominen previo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales prescritos al efecto. Representa, por lo mismo, una falacia afirmar a priori que sólo es legítima la autoridad ratificada en procesos electorales, y que esta legitimidad puede trasmitirse a los jueces y magistrados del Poder Judicial.

Como puede visualizarse, tras esta materia se esconden múltiples enfoques de carácter político que enturbian una renovación profunda en lo que dice relación con la estructura judicial.

La opinión pública pudo conocer, en el mes de abril pasado, una serie de comentarios de prensa sobre las deficiencias del mecanismo de designación y promoción de los jueces.[3] Lamentablemente, algunos magistrados que

[3] Particularmente interesante y clarificador fue la opinión sustentada por la ex Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago doña Raquel Camposano Echegaray, quien, como se recordará, no ascendió a la Corte Suprema por haber adoptado resoluciones consideradas contrarias a elevados personeros políticos en un proceso de gran connotación pública. De sobrados méritos profesionales, su carrera se tronchó por la independencia que ella demostró a la hora de adoptar sus resoluciones. No es este, por cierto, el único caso en que ocurre este fenómeno. No obstante lo señalado, no se observa reacción alguna por parte de los movimientos que agrupan a los jueces que critican el sistema de promoción y ascensos.

asumieron la representación de sus colegas se limitaron a destacar aspectos menores, tales como los medios a través de los cuales los superiores conocían a los candidatos a determinados cargos, pero sin tocar los aspectos esenciales del sistema. Este debate, entonces, ha quedado pendiente, pero presentimos que no hay intención de provocarlo, al menos en los sectores que deberían ser más sensibles a esta problemática.

Sobre los procedimientos destinados a la calificación de los jueces, resulta de toda evidencia la necesidad adaptarlos a nuevas técnicas aportadas por especialistas en el área de la administración. Pero no conocemos proyecto alguno sobre la materia ni parece ser esta una bandera de lucha para los movimientos que se agitan al interior del Poder Judicial. Es probable que los actuales mecanismos de calificación, por su desajuste con el progreso que ha experimentado la ciencia administrativa, sea un factor de retraso que profundice la mala calidad de los jueces. Sobre esta materia sólo cabe reclamar un estudio más acabado, la divulgación de las conclusiones y un cierto consenso sobre la forma de darles aplicación.

5. Examen previo de admisibilidad de las acciones deducidas ante los tribunales de primera instancia.

Son cada día más numerosos los casos que bien podrían calificarse de "aventuras judiciales". Se trata de acciones mal planteadas, abusivas o sin fundamento jurídico alguno. Constatadas algunas de estas características, los tribunales carecen de todo recurso para ponerles inmediato fin. En consecuencia, la causa debe ser tramitada íntegramente y concluir en una sentencia definitiva que puede impugnarse por medio de los recursos instituidos en la ley. Por lo general, estos juicios persiguen crear presiones sobre el demandado que, por su parte, debe soportar durante largo tiempo un asedio sin otro fundamento que la abusiva pretensión de su contraparte. Los abogados experimentados conocen estos procedimientos, pero no pueden ofrecer una solución económica y racional a sus clientes. En suma, pierde el Estado, pierde el sujeto pasivo de la pretensión y gana –al menos generando presión– quien se aprovecha indebidamente de resquicios moralmente vedados.

Muchos de estos pleitos concluyen con avenimientos que acceden siempre en provecho de quienes emplean dichos procedimientos, puesto que "algo" se obtiene a cambio a la tranquilidad de la contraparte que se ve forzada a conceder alguna ventaja para evitar que se prolongue la incertidumbre.

Lo que describimos no es exagerado. Existen personas que, junto con celebrar un contrato, por ejemplo, dejan abierta intencionalmente la posibilidad de reclamar con posterioridad mayores beneficios, interponiendo toda suerte de reclamaciones. Me temo, con sobradas razones, que esta política se incrementa-

rá en el futuro en la medida que aumente, como está previsto, la competencia profesional y se incorporen a ella abogados mal preparados, especialmente en el ámbito ético.

¿Cómo resolver este problema?

A nuestro juicio, con todos los inconvenientes que pueden presentarse, es dable establecer un **"antejuicio"** que verse específicamente sobre la admisibilidad de la demanda, cuando ella sea impugnada por la circunstancia de carecer de fundamento plausible, materia que debería resolver el juez, sin más antecedentes que los acompañados, en única instancia cuando rechaza la inadmisibilidad, y en primera instancia cuando la acoge. No se trata, como podría suponerse, de duplicar la actividad judicial. Por el contrario, con este procedimiento podría ahorrarse mucho esfuerzo, liberar a las partes y al tribunal de un juicio extenso, caro, cuyo resultado, con certeza, debería estar sellado desde la interposición de la demanda. De acuerdo a las normas procesales que rigen en la actualidad, no existe un contrapeso razonable para una pretensión descabellada, estando obligados los tribunales a dar curso a la demanda por infundada que pueda parecer.[4]

Además de lo indicado, debe agregarse que con este mecanismo se obligaría al pretensor a elaborar cuidadosamente su demanda, acompañar los antecedentes que la respaldan y justificar así la plausibilidad de su acción, todo lo cual redundaría, a la postre, en favor de las partes y del tribunal.

La falta de un procedimiento previo de admisibilidad se ve magnificada por el hecho de que las **"costas judiciales"**, que deberían desalentar a los litigantes temerarios, son, casi siempre, muy exiguas, no guardan relación con los honorarios de los abogados y los gastos en que se incurre en el litigio, razón por la cual el sistema alienta, en lugar de desincentivar, lo que hemos denominado "aventuras judiciales".

En otras palabras, los tribunales no ponen coto a estos procedimientos inútiles y abusivos, impedidos de hacerlo con los muy limitados recursos de que disponen.

Finalmente, debería considerarse de modo especial el hecho de que ni la admisibilidad o inadmisibilidad (en este último caso cuando lo resuelto se enmiende por el tribunal superior), pueden constituir antecedente o presun-

[4] Salvo lo prevenido en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil (conforme al cual pueden oponerse como excepciones dilatorias y tramitarse del mismo modo "la excepción de cosa juzgada y la transacción; pero si son de lato conocimiento, se mandará contestar la demanda, y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva"), no existe en nuestro ordenamiento otro antídoto para remediar el abuso que analizamos.

ción respecto a lo que deba resolverse en definitiva. Queda a salvo, por ende, el álea (contingencia incierta de ganar o perder) que es propia del juicio, sin comprometer su desenlace.

Nuestro planteamiento, reiteremos, está referido única y exclusivamente a los casos más evidentes, groseros y manifiestos de inadmisibilidad por falta de fundamento, cuestión que no es difícil advertir por parte de un magistrado relativamente experimentado. Por lo mismo, ello no constituye problema alguno para el recto ejercicio de la jurisdicción. Lo que se intenta es evitar un esfuerzo inútil para el tribunal y la parte afectada.

Cabe agregar, aún, que la "certeza judicial" es uno de los valores más esquivos del sistema, en la medida en que nunca puede anticiparse un resultado, quedando casi siempre la impresión de que, tratándose de un juicio, puede ocurrir "cualquier cosa". Ello conspira gravemente contra el prestigio del Poder Judicial. En todos los países culturalmente desarrollados debe existir un cierto grado de seguridad respecto del pronóstico que merece la interposición de una demanda. En este orden de cosas, nuestra judicatura tiene mucho que avanzar. Es nefasta para el orden y buen funcionamiento de la sociedad la imposibilidad de prever una decisión, cuando ella debe adoptarse mediante la aplicación de la ley. Nuestra proposición, si bien no corrige esta anomalía, permitiría, por lo menos, excluir la generación de una incertidumbre cuando ella carece de todo fundamento razonable. Lo que se señala cobra mayor significación e importancia en un mundo globalizado, en el cual confluyen intereses cuya raíz se sitúa en territorios remotos. Las nuevas formas de negociación, principalmente a través de instrumentos tecnológicos, exigen de abogados capaces de anticipar con certeza el resultado de una acción. Sin esta certeza jurídica, el intercambio económico y la inversión se contraen, perdiendo el país oportunidades valiosas. Hoy día, cualquier pronóstico judicial es incierto y ello habla mal de nuestras profesión, de los tribunales y, finalmente, del país.

Ambas cosas, entonces, son de la mayor importancia, tanto la sanción oportuna a las "aventuras judiciales", como la necesidad de dar certeza a la tarea de los tribunales. Debemos reconocer, con todo, que este último aspecto deberá ser fruto no de una medida aislada, sino de un mejoramiento profundo del ejercicio y calidad de la jurisdicción, que lleve aparejado, en lo medular, una preparación óptima de los abogados forenses, una mejor selección de los jueces, procedimientos de calificación más acordes con los progresos de la ciencia administrativa y, sobre todo, una incuestionable independencia de quienes son llamados a administrar justicia.

6. Facultad de la Corte Suprema para avocarse aquellas materias de relevancia jurídica.

Esta cuestión ha sido también largamente debatida. Se trata de habilitar al Tribunal Supremo para que se avoque el conocimiento de aquellas materias que juzgue de relevancia jurídica. La Corte Suprema norteamericana, por ejemplo, goza de esta prerrogativa –denominada "certiorari"–, lo cual permite que apenas el 1% de las cuestiones sometidas a su conocimiento terminen siendo resueltas por ella (claro está que se trata de una Corte Federal que se halla por encima de las Cortes estaduales).

Desde luego, resulta absurdo que un Tribunal Supremo deba resolver todas las materias que se someten a su consideración, incluyendo aquellas de mínima trascendencia jurídica. El costo de esta política es altísimo, al desaprovecharse la capacidad jurídica del Tribunal Supremo, desviándolo de lo que deberían ser los fines a que está llamado.

Por su composición y la naturaleza de sus funciones, el trabajo de la Corte Suprema debe quedar reservado para aquello que efectivamente gravita en todo el ordenamiento normativo. En consecuencia, las sentencias que emanan de tan alto tribunal deben ser modelo de perfección para los demás jueces, lo cual, como es obvio, no se condice con la obligación de resolver anualmente miles de causas, como ocurre entre nosotros. Esta desgraciada circunstancia ha empeorado la calidad de los fallos de la Corte Suprema, lo que provoca críticas y descontento.

El hecho de que nuestro Tribunal Supremo ejerza, por mandato del artículo 82 de la Constitución Política de la República, "la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación", exceptuando el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales y, por cierto, el Tribunal Constitucional, no puede ser un impedimento para reconocerle la facultad que reclamamos, si con ello se racionaliza su funcionamiento y se le permite elevar la categoría y calidad de sus sentencias.

La jurisprudencia de la Corte Suprema debe proyectarse a todo el ordenamiento jurídico. Si nos representamos el "sistema normativo" en su totalidad, resulta más importante este influjo que hacer justicia en un caso particular. Un connotado Ministro de la Corte Suprema, hace algunos años, manifestó públicamente en sus clases en la Universidad, que "el recurso de casación en el fondo no tenía por objeto hacer justicia, sino fijar el verdadero sentido, espíritu y alcance de la ley". A pesar de todos los comentarios adversos que suscitaron sus palabras, creo firmemente que tenía razón. Salvo que se entienda que lo que prescribe la ley es una manifestación de justicia inequívoca, lo que la Corte Suprema debe hacer, a través del recurso de casación en el fondo, es fijar la recta

interpretación de la norma y, por este medio, gravitar en todos los tribunales del país para que haga posible la "igualdad ante la ley", elevada por la Carta Política a la categoría de garantía constitucional. Por lo mismo, una sentencia de la Corte Suprema no está limitada sólo a resolver una controversia temporal, sino a fijar la correcta interpretación de la ley para ése y todos los demás juicios que aquélla haya suscitado.

Desde este punto de vista resulta conveniente facultar a la Corte Suprema para que seleccione aquellas materias que harán posible el cumplimiento de su cometido, lo que no podrá lograr si se le encarga resolver, como se dijo, miles de causas anualmente, independiente de la importancia jurídica de las mismas.

Parte del retraso que acusa la jurisprudencia, fenómeno que se observa desde hace varios años, tiene su causa, creemos nosotros, en el excesivo ingreso de causas a que está sometida la Corte Suprema, lo cual, incluso, la ha llevado a abdicar de algunas de sus facultades más importantes. Así, por vía de ejemplo, digamos que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad –antes de competencia del Pleno de la Corte Suprema–, es materia radicada hoy día en el Tribunal Constitucional (desde el año 2005). Nuestro Máximo Tribunal no fue capaz de velar, como debía, por el principio de "supremacía constitucional", provocando una legítima insatisfacción en el constituyente, que desplazó su control al Tribunal Constitucional con excelentes resultados.

Lo anterior está ocurriendo, en cierta medida, respecto del recurso de casación en el fondo, al cual no se le ha dado la importancia que reclamamos. Otro factor que conspira contra el prestigio de la Corte Suprema y el cumplimiento de la misión que le está confiada.

No se nos escapa el hecho de que entre los jueces inferiores se ha puesto especial énfasis en la defensa de la llamada **"independencia interna"** (que se contrapone a la "independencia externa" consagrada en el artículo 76 de la Carta Política Fundamental). De ello se desprende una especie de "indiferencia" de los tribunales inferiores por los fallos de la Corte Suprema y la interpretación que ésta acoge (la cual se supone inspirada más en razones de justicia que en principios jurídicos). Por lo mismo, no faltan los que proponen como solución dar a la jurisprudencia recaída en recursos de casación en el fondo carácter obligatorio cuando ella es reiterada (dos o más fallos en el mismo sentido). De esta manera, se piensa, sería posible uniformar la interpretación y dar a la ley un mismo sentido, haciendo realidad el derecho de "igualdad ante la ley".

No creemos que sea ésta una buena solución. Imponer a un juez una cierta interpretación frena los avances jurisprudenciales y transforma, en cierta medida, a la Corte Suprema en un órgano legislativo. La única interpretación general y obligatoria es aquella que emana del propio legislador (interpreta-

ción "auténtica" realizada por medio de una ley). La necesidad de uniformar la interpretación no debe llevarnos a extremos indeseado que desvirtúan la lógica de la función jurisdiccional. En consecuencia, sólo existe una solución real: promover el respeto y extensión de lo resuelto por el Máximo Tribunal de la República, en consideración a la calidad de sus razonamientos y de sus decisiones. Agréguese a lo señalado el hecho de que la imposición institucional de lo decidido por la Corte Suprema ahondaría las diferencias entre los estamentos superiores e inferiores del Poder Judicial con una clara desventaja para su armónico funcionamiento.

Por otra parte, se ha criticado ácidamente el número de ministros que componen la Corte Suprema (21, conforme lo señala expresamente el artículo 78 inciso 2° de la Constitución). Lo anterior contrasta con otras cortes similares, como la norteamericana, que se compone de 9 miembros. Lo que destacamos es consecuencia, como se dijo, de que anualmente nuestra Corte Suprema conoce de miles de causas (más de 8 mil), en tanto la norteamericana no alcanza a 100. De aquí que la Corte chilena se divida en cuatro salas que funcionan simultáneamente para conocer de determinados recursos (civil, penal, constitucional, laboral y otras materias). Esta estructura no es propia de un tribunal de casación ni guarda relación alguna con la realización de la misión que teóricamente le está encomendada y a que nos referíamos en los párrafos anteriores.

Como puede observarse, existe, en este punto, un problema que no puede soslayarse y que, a juicio nuestro, debería comenzar por reconocerle la facultad de avocarse aquellas materias de relevancia jurídica y que inciden el todo el ordenamiento, como se explicó.

Antes de cerrar este capítulo debemos reconocer que la incorporación de la "facultad de avocarse" que reclamamos para la Corte Suprema, debería llevar aparejado dos consecuencias necesarias. Por una parte, la disminución (a lo menos a la mitad) del número de miembros de la Corte Suprema, ya que esta prerrogativa implicaría una disminución automática de sus tareas. Por la otra, la adaptación de los recursos que el nuevo Código de Procesal Penal consagra en favor de los imputados cuando son condenados por el Tribunal Oral en lo Penal. Todo ello sin perjuicio de otras reformas de menor entidad.

7. Eliminación de los llamados "árbitros arbitradores o amigables componedores".

Es probable que muchos lectores se sorprendan con esta proposición, habida consideración de que son cada día más numerosas las personas que recurren a este tipo de servicios, probablemente con el ánimo de zanjar en corto plazo sus diferencias. Sin embargo, creemos que esta clase de tribunal atenta contra el sistema jurídico y rompe la unidad del ordenamiento normativo, provocan-

do un daño de consideración. Se trata en la especie de tribunales en que se sobreponen la equidad (sentido intuitivo de justicia) y la prudencia por sobre el mandato de la ley que regula la situación intersubjetiva que da origen a la controversia.

Como es sabido, en virtud de la justicia arbitral, que se encuentra regulada en el Título IX del Código Orgánico de Tribunales (artículos 222 y siguientes), pueden las partes –voluntariamente en ciertas materias y forzosamente en otras– sustraer una contienda de los tribunales ordinarios de justicia para que sea resuelta por un juez designado por ellas y, en ciertos casos (arbitraje forzoso), por el juez en desacuerdo de los interesados. Se trata, entonces, de tribunales **"privados"** que los interesados nominan y remuneran libremente. Ahora bien, existen tres categorías de jueces árbitros: **de derecho, mixtos y arbitradores**. Los primeros tramitan y fallan con arreglo a la ley (en el fondo, salvo contadas excepciones, simplemente reemplazan al juez ordinario cumpliendo el mismo rol); los segundos tramitan de acuerdo a las normas que a este respecto les fijan las partes y, en subsidio, de acuerdo a las normas mínimas contempladas en el la ley (Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil), y fallan ajustándose a derecho; los terceros tramitan conforme a las normas dadas por las partes o las reglas mínimas contempladas en la ley (ya referidas), y fallan obedeciendo "a lo que su prudencia y equidad les dictaren y no estarán obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes han expresado en el acto constitutivo del compromiso", según reza el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales.

De lo manifestado se desprende que en Chile puede un conflicto jurisdiccional resolverse al margen de la ley, sobre la base de la prudencia y equidad de una persona, conceptos ambos esencialmente relativos y subjetivos, cuyo alcance no puede conocerse en forma anticipada y que varían de modo radical entre un sujeto y otro. Aun más, los jueces árbitros de derecho y mixtos deben ser letrados (abogados), sin que ocurra lo mismo respecto de los arbitradores, que no requieren detentar título profesional de ninguna clase.

Es difícil concebir esta institución que echa por la borda todo el contenido y significado del "estado de derecho", que se funda primordialmente en la majestad y pleno imperio de la norma jurídica. ¿Qué seguridad puede brindar un arbitrador si, como se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, puede fallar, incluso, contra el mandato legal, puesto que no está sujeto más que a aquello que le dictan su prudencia y equidad? Salta a la vista que en la forma indicada se lesiona la seguridad jurídica y la vigencia de la ley, sustituyéndose el mandato normativo por una concepción muy genérica de la equidad (en cuanto sentido intuitivo de justicia más allá del marco establecido en la ley) y la prudencia del fallador. Todo ello nos parece inaceptable y un contrasentido en

la medida que el sistema jurídico se desenvuelve en función del cumplimiento del mandato contenido en la norma o, cuando ella no existe, de la analogía, los principios generales de derecho y de la equidad natural del abogado (la que está condicionada por efecto de la internalización del sistema como consecuencia de la formación profesional).

No puede dejarse de lado el hecho de que toda situación intersubjetiva regulada por el derecho supone un conocimiento anticipado de las consecuencias que se siguen de un acto o conducta humana. Allí radica, a nuestro juicio, una de las grandezas de la ciencia jurídica, puesto que es posible prever lo que sucederá (o debe suceder más exactamente) en el futuro, teniendo como antecedente lo que ocurre en el presente. Todavía más, la totalidad de los comportamientos sociales del hombre están regulados (directa o indirectamente) en el sistema normativo (plenitud del derecho), de suerte que la regulación jurídica cubre íntegramente la vida de la comunidad y de cada uno de sus miembros. ¿Puede subsistir esta característica tan valiosa y propia del derecho si un juez es autorizado para separarse del mandato normativo y resolver de acuerdo a lo que le dictan su prudencia y equidad?

La justicia, a nuestro juicio, en el marco del "estado de derecho", se alcanza necesariamente en el ámbito de la "norma jurídica" (constitución, ley o reglamento), puesto que por medio de su aplicación es posible forjar una "regla jurídica" (sentencia judicial, resolución administrativa, acto o contrato). No se llega, entonces, al mandato particular y concreto (que es aquel que debe cumplir efectivamente el imperado sea en forma espontánea o por medio de la coerción), sino a través del cumplimiento (interpretación) de la norma jurídica. La circunstancia de autorizar a un creador de derecho (el árbitro arbitrador) a generar una "regla" al margen de las "normas" constituye, entonces, una aberración, puesto que se niegan las bases fundamentales del ordenamiento jurídico. Forzoso es concluir, por consiguiente, que la existencia de este tipo de jueces implica legitimar una regla jurídica (sentencia que se pronuncia), que rompe la unidad del sistema al contravenir sus mandatos formales y principios fundamentales. Lo que denunciamos no sería tan grave si el encargo que se confía a los árbitros arbitradores recayera obligadamente en abogados. Esta afirmación se funda en el hecho de que la "equidad natural" de quien detenta el grado de licenciado en ciencias jurídicas está condicionada por sus estudios y conocimientos de derecho. En cierta medida, el abogado ha **internalizado** las nomas y principios jurídicos estudiados de suerte que su intuición intelectual de justicia es fruto de aquellos conocimientos. Sin embargo, los jueces árbitros arbitradores pueden no ser abogados, razón por la cual el problema se profundiza.

Lo curioso, a nuestro juicio, es que son los arbitradores los que han conquistado la preferencia de contratantes y litigantes, interesados, de esta manera, en

eludir la intervención de los tribunales ordinarios de justicia. Esta tendencia, por lo tanto, implica un cierto repudio y desconfianza en la judicatura ordinaria –como se señaló en la primera parte de este trabajo–, lo cual obliga a plantearse muy seriamente todo lo que concierne a la cultura jurídica de los chilenos, que parecen no comprender la importancia del "estado de derecho" y la proyección del mismo en todas sus actividades. No puede ignorarse, tampoco, que conspira contra la confianza que inspira la judicatura ordinaria la circunstancia de que los juicios ante ella se extienden exageradamente en el tiempo, lo cual implica desembolsos, preocupaciones y retardo en todo emprendimiento, función o iniciativa. A lo anterior debe sumarse, todavía, que la justicia ordinaria proyecta una mayor incertidumbre sobre las resultas de la litis, sujeta a una sucesión de circunstancias de la más diversa índole, incluso a factores tales como la opinión pública, la imagen de los litigantes, las campañas propagandísticas, los acontecimientos anexos, etcétera. Como puede comprobarse, el problema es complejo, atendida la multiplicidad de factores que intervienen en él. Pero de algo puede estarse seguro, la existencia en Chile de jueces que actúan legítimamente al margen de la ley o abiertamente contra la ley, debilita todo el ordenamiento jurídico y, en medida nada despreciable, lo niegan y contradicen.

Desde otra perspectiva, parece no haberse reparado que una decisión arbitral, si bien alcanza a las partes que litigan, puede afectar gravemente a los terceros, en la medida que la sentencia influya en el patrimonio de las partes aumentando o disminuyendo el "derecho de prenda general" de que gozan todos los acreedores (artículo 2465 del Código Civil). Si una persona ha aceptado vincularse jurídicamente con otra en el ámbito civil en tal carácter (acreedor), es porque ha confiado en su solvencia y porque le asiste la certidumbre de que ella está amparada por el sistema jurídico que evita despojos, confiscaciones o gravámenes ilegítimos. Al introducirse una judicatura (arbitradores) que puede resolver en contravención a la ley, se introduce un factor de inseguridad que deja sus expectativas y pretensiones sujetas a un riesgo sobreviniente ajeno a todo posible control. Por lo tanto, fuerza concluir que la judicatura que impugnamos reviste un alcance que va muchísimo más allá del solo interés de quien se somete a ella.

Atendidas estas razones, consideramos de alta conveniencia poner fin a la existencia de los árbitros arbitradores, sin perjuicio, incluso, de ampliar el campo de acción de la justicia arbitral, pero siempre que ella se ciña al mandato legal. No contradice lo expuesto sobre los arbitradores la tendencia a aumentar los casos de arbitraje forzoso. A la inversa, la extensión de la justicia privada aliviaría la sobrecarga que pesa sobre los jueces ordinarios, haciendo posible que conflictos representativos de cuantiosos intereses se resuelvan sin costo para el erario nacional.

8. Competencia de la Corte Suprema.

Cualquier reforma que se introduzca en el futuro deberá redefinir el rol que asiste a la Corte Suprema, sin perjuicio de la superintendencia sobre todos los tribunales del país que le asigna el artículo 82 de la Carta Fundamental. No es fácil precisar cuál debería ser su rol, partiendo de la base de que se le permitiera avocarse –según se señaló precedentemente– aquellas materias de mayor relevancia jurídica.

Creemos nosotros que existen tres áreas en que las funciones del Tribunal Supremo son absolutamente imprescindibles. Mucho perdería nuestro sistema al negársele cualquiera de ellas.

a. La Corte Suprema debería seguir siendo un tribunal de casación, esto es, encargada de fijar la recta aplicación (interpretación) de las normas jurídicas. Se ha postulado, como se analizó en lo precedente, la incorporación de algún mecanismo destinado a hacer obligatoria la interpretación que ella determine cuando existan, por vía de ejemplo, a lo menos, tres sentencias en el mismo sentido. El problema planteado se relaciona directamente con el cumplimiento de la garantía de "igualdad ante la ley" y "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos" (artículo 19 N°s 2° y 3° de la Constitución Política de la República). Obligar a los jueces a acatar los precedentes de la Corte Suprema, si bien no implica infracción constitucional alguna, sin perjuicio de dejar consignado en sus fallos las discrepancias que sostengan para los efectos de su revisión por el Tribunal Supremo cuando corresponda, indudablemente limita sus facultades y, en cierta medida, enmarca el ejercicio de sus funciones a un área prefijada. No creo, por lo tanto, que en esta materia deban introducir reformas de tanta envergadura con el laudable fin de mejorar la respetabilidad que merecen los fallos de la Corte Suprema, lo cual sólo puede lograrse con solidez y calidad de sus sentencias y no con el cambio de sus estructuras. Nos remitimos a lo manifestado en lo precedente sobre esta materia.

b. De la misma manera, atendida la importancia que ha cobrado el reconocimiento y plena aplicación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República y tratados internacionales sobre derechos esenciales de la persona humana, debería la Corte Suprema conocer de un nuevo recurso, destinado a asegurar el respeto y cumplimiento de estos derechos. Este recurso de **"afectación de garantías constitucionales"** procedería contra toda sentencia que implique vulneración o quebrantamiento de una cualquiera de las indicadas garantías. No es difícil justificar esta proposición, si se tiene en cuenta la importancia de la llamada "constitucionalización del derecho", una de las tendencias más importantes de nuestra disciplina en los últimos años y que cubre todas las ramas de la ciencia jurídica. En el fondo ella consiste en la aplicación del principio de **"supremacía constitucional"**, en

virtud del cual se sobrepone a toda norma y principio jurídico aquel contenido en la Carta Fundamental. Asimismo, debemos admitir que el mencionado fenómeno se desencadena a partir del reconocimiento e influencia de los **"derechos fundamentales"**, todos los cuales gravitan hoy en las diversas ramas del ordenamiento jurídico. No es un misterio para nadie que no se trata de una tendencia nacional, sino universal, y que es perfectamente previsible que ella se profundice en los próximos años. Así parece desprenderse de los conflictos que afectan a la humanidad en este momento.

c. Finalmente, la Corte Suprema no puede abdicar de la superintendencia correctiva que expresamente le asigna la Constitución. Se trata, ciertamente, de situaciones excepcionales en que se comprueba una irregularidad grave, un abuso, un error manifiesto que ha servido para consumar un estropicio. En la práctica profesional estos hechos, lamentablemente, ocurren y no deben quedar impunes, a riesgo de provocar un desprestigio para todo el sistema judicial. Por lo mismo, no debe la Corte Suprema eludir esta responsabilidad a pretexto de que existen instancias inferiores llamadas a sancionarlas. No abogamos por volver al período en que reinaba el llamado "recurso de queja", que, en el hecho, había sustituido al recurso de casación en el fondo, generándose una verdadera "justicia de equidad". Creemos que esta experiencia debilitó considerablemente la confiabilidad de los tribunales, extendiéndose la desconfianza y suspicacia ante decisiones mal fundadas o sin fundamento suficiente. Pero este tenor no puede llevarnos a amparar aberraciones jurídicas, casi siempre fruto de desidia y falta de estudio, que atentan con igual gravedad contra el prestigio de los tribunales ordinarios. En consecuencia, este procedimiento debería hallarse reservado para casos excepcionales en que sea evidente el error, falta o abuso en que incurre una sentencia.

Creemos que son éstas las funciones primordiales de un Tribunal Supremo moderno, capaz de encarar las aspiraciones y exigencias que se evidencian en la base social y que satisfaga las inquietudes predominantes en el mundo de las ciencias jurídicas.

9. Administración profesional del tribunal.

En numerosos comentarios se ha señalado, con acopio de antecedentes, la conveniencia de que los tribunales sean administrados por especialistas en la materia. Las primeras experiencias –derivadas de la reforma procesal penal– parecen positivas. Los jueces y funcionarios judiciales no están llamados a asumir responsabilidades administrativas, sino a ejercer la jurisdicción, vale decir, administrar justicia. No es bueno, por lo mismo, imponerles tareas que no corresponden a su función exclusiva y preferente.

No hay duda de que estas tareas, ajenas a la función judicial, corresponden a otra época. En el día de hoy la masificación de la sociedad, el alto porcentaje de la población que se ha incorporado a la demanda por servicios judiciales, la existencia de recursos tecnológicos que han transformado las tareas administrativas y la especialización que demanda el uso de estos recursos, hacen ilusorio que puedan los jueces o el personal del tribunal asumir estas tareas. Todo tribunal requiere de un administrador especializado que mantenga un servicio adecuado, seguro e idóneo técnicamente.

Este punto, creo yo, no merece dudas. Podrá estudiarse una estructura administrativa óptima, pero ya nadie sostiene que sean el juez y sus subordinados quienes deban cargar con el peso de la gestión administrativa del tribunal. La experiencia que se sigue de asignar a los funcionarios judiciales tareas de orden administrativo es nefasta. Basta con recordar el desorden, falta de medios, irregularidades y demás anomalías producidas en los antiguos tribunales del crimen, para comprender en toda su magnitud la necesidad de esta reforma en el área de la justicia civil. Suponemos, en consecuencia, que no tardará mucho una innovación de esta importancia.

10. Programación de los alegatos en las Cortes.

Se trata, aparentemente, de un punto menos importante que, sin embargo, tiene efecto en la eficiencia de la justicia. Comencemos por señalar que el "tiempo" en todas las actividades de la sociedad moderna es un bien escaso. En cuanto mejor se aproveche una jornada laboral gana la comunidad toda. Los abogados –en este marco– desperdician parte de esa jornada esperando ser llamados a alegar ante un tribunal colegiado. No pocas veces esta espera cubre varias horas de una mañana.

¿Es posible programar el funcionamiento de una Corte de manera de señalar una hora de audiencia, con la latitud que, por cierto, es dable admitir en una actividad de esta índole? Creemos que ello es perfectamente factible sin alterar en absoluto el desarrollo de las audiencias programadas.

Para estos efectos no es necesaria una reforma legal, ni siquiera un auto acordado, bastaría con el buen propósito de mejorar y facilitar el ejercicio profesional de los abogados.

Durante muchos años se ha pensado que los jueces, a pesar de compartir su título profesional con los abogados, no tienen para con ellos la deferencia y el respeto que corresponde. De aquí que no extrañe que esta clase de innovaciones menores, pero importantes, no se concreten. Ignoro cuánto de verdad tiene esta aseveración, pero lo cierto es que una programación como la sugerida sólo

acarrea beneficios y una mejor organización. ¿Qué impide, me pregunto yo, que el presidente de la Sala respectiva, el día anterior a la audiencia, programe los alegatos, fijando horas tentativas para la intervención de los abogados? Nada, salvo la indiferencia por la pérdida del tiempo de quienes intervienen ante la magistratura.

Se ha señalado, por otra parte, que los alegatos de los abogados no constituyen, por regla general, un aporte efectivo para el tribunal, atendido el hecho de que no se advierte en ellos un estudio adecuado y responsable de sus causas. Esta parece ser la opinión generalizada de los falladores cuando se plantea el problema. Sin embargo, esta deficiencia es perfectamente subsanable con un simple expediente: interrogar al abogado sobre la causa, fijar los puntos que interesa conocer y desarrollar al tribunal, representar los aspectos más vulnerables de la defensa, etcétera. Lo que se propone implica que el tribunal ante el cual se alega pasa a desplegar una conducta activa y no pasiva, como sucede hasta el día de hoy. De esa manera, es posible enriquecer la participación de los abogados en la tramitación del proceso y asignarles una función más proactiva.

Hasta aquí los comentarios que nos merecen lo que podríamos llamar algunas reformas más urgentes y necesarias a la actividad de nuestros Tribunales de Justicia. Todas ellas con miras a acelerar la tramitación de las causas y mejorar la calidad de las resoluciones judiciales.

II. Evolución del Poder Judicial.

No podríamos cerrar estas reflexiones sin reconocer que en los últimos 30 años el Poder Judicial ha experimentado una transformación muy significativa, sin espectacularidad, pero de efectos positivos. Como es habitual entre nosotros, se dirá que falta mucho y que no se han encarado cuestiones de fondo que los teóricos suelen sobreponer a lo cotidiano y práctico. Como quiera que se miren las cosas, la realidad judicial hoy día es otra.

Costó muchos años incorporar a la mentalidad de los chilenos que el Poder Judicial es, como su nombre lo indica, un Poder del Estado que no está subordinado a ninguno de los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo). Atenta contra su independencia, sin duda, la designación, ascenso y promoción de los jueces, como se explica en las páginas anteriores. Cuando bajo la vigencia de la Constitución de 1980 se estableció una bancada de senadores institucionales (se les bautizó como "senadores designados" para debilitarlos), las diversas fuerzas políticas protestaron por la injerencia que otros organismos tenían en la composición de la llamada Cámara Alta. La campaña concluyó, como era de esperar, modificando la Constitución y eliminando a los senadores institu-

cionales. Cabe preguntarse, entonces: ¿Por qué en la designación de los jueces y ministros de corte interviene el Poder Ejecutivo? ¿Por qué en la designación de un ministro de la Corte Suprema intervienen el Presidente de la República y el Senado, que debe aprobar el nombramiento por los dos tercios de los senadores en ejercicio? La razón es política y puede la respuesta circunscribirse a una sola cosa: porque predomina en Chile la idea de que la única fuente de legitimidad de las potestades es la voluntad electoral.

Por consiguiente, mientras se mantenga esta tendencia no existirá posibilidad alguna de que nuestros tribunales sean efectivamente independientes, ya que su composición estará siempre condicionada por las corrientes políticas predominantes.

Un estudio comparativo entre el Poder Judicial del año 1960 y el Poder Judicial del año 2010 depararía sorpresas en todo orden de cosas. Es indudable que el campo que abarca la actividad judicial ha crecido considerablemente; que se ha reconocido y reforzado su independencia; que cuenta en el día de hoy con mayores recursos; que su infraestructura ha crecido considerablemente; que se le reconoce su carácter de Poder del Estado; que sus sentencias se cumplen sin necesidad de la intervención de las autoridades del Poder Ejecutivo; etcétera. Pero, a nuestro juicio, lo principal radica en el mejoramiento de los medios con que se cuenta para desempeñar sus funciones y los incentivos económicos para estimular la carrera judicial. Es difícil que las nuevas generaciones puedan medir en toda su magnitud lo que señalamos, porque este país, lamentablemente, parece no tener memoria histórica. Pero, como quiera que sea, se trata de dos realidades totalmente diferentes que no admiten parangón.

El Poder Judicial, como todos los demás órganos institucionales, debió soportar, en estos últimos 50 años, crisis y trastornos que comprometieron sus bases y cimientos. Lo importante y valioso es el hecho de que salió de ello fortalecido. Subsiste, no obstante, un peligro siempre latente que deberá neutralizarse a medida que avance el tiempo: el debilitamiento de sus escalafones por razones extrajurídicas (políticas). Cuidar la independencia judicial es un deber insoslayable que pesa sobre toda la comunidad jurídica, especialmente sobre quienes se incorporan a esta noble actividad.

No puede perderse de vista, desde otro ángulo, que el mundo sigue evolucionando y que no parece posible, en este momento, anticipar qué sorpresas en el terreno científico y tecnológico nos depara el futuro. Las ciencia jurídica no puede quedar rezagada, razón por la cual es dable anticipar que seguirá adecuando sus estructuras, perfeccionando los mecanismos de que se vale, y extendiendo su influencia hasta hacer realidad la plenitud del sistema normativo.

Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes

Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Aprovechando este muestreo, que revela lo que piensan los chilenos de sus principales instituciones jurídicas, analizamos a continuación los perfiles más destacados del estudio de opinión pública que citamos.

***

Como es sabido y es ya tradicional, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo realiza anualmente una encuesta, a fin de conocer la opinión ciudadana respecto de problemas estrechamente vinculados al mundo jurídico. Este esfuerzo se funda en la convicción de que el hombre de derecho no puede prescindir de las tendencias que se gestan en el seno de la sociedad, porque, al fin de cuentas, de ello depende la orientación que tome en el futuro el sistema normativo. Cada pregunta de esta encuesta apunta, por ende, a una materia específica que se relaciona, directa o indirectamente, con lo jurídico, y que tiende a develar de qué manera se percibe el funcionamiento de las instituciones y la evolución de los valores que predominan en la sociedad, todos los cuales inciden en la renovación y aplicación del derecho.

I. Los sectores más debilitados

La encuesta aludida, correspondiente al año 2011, acusa varias sorpresas sobre las cuales conviene reflexionar. Tres sectores aparecen como los más debilitados de apoyo ciudadano: la **Iglesia Católica**, los **Tribunales de Justicia** y algunas **áreas de la legislación** vigente. Lo que señalamos revela, paralelamente, una anemia progresiva de la escala de valores que ha predominado durante largos años en nuestro país, y un explícito descontento con el funcionamiento del **"estado de derecho"**. Lo que advertimos, creemos nosotros, debería constituir un estímulo poderoso tanto para gobernantes como legisladores, a fin de encarar, con la debida antelación, anomalías que pueden desencadenar, en el futuro inmediato, una crisis de insospechadas consecuencias.

Las últimas acusaciones en contra de sacerdotes y los procesos judiciales abiertos en su contra, han golpeado fuertemente el prestigio y autoridad de la Iglesia Católica (el 77% de los encuestados estimaron que éste ha empeorado y sólo el 18% estima que se ha mantenido igual). En un país que se declara mayoritariamente católico y en que la Iglesia ha sido tradicionalmente el más sólido referente moral, esta cifra debe despertar inquietud por el desconcierto que ha debido sembrar entre sus fieles. No puede omitirse el hecho de que en el pasado reciente cupo a la Iglesia Católica una participación activa en la vida política (especialmente en lo concerniente a la denuncia y defensa de los derechos humanos). Aquella intervención mejoró su credibilidad y adhesión en ciertos sectores sociales, pero, tratándose de materias de índole política, aquel respaldo se esfumó con rapidez, como da cuenta el antecedente que invocamos, sin que una reacción oportuna de la Iglesia evitara este verdadero descalabro. Para ilustrar sobre este punto conviene recordar que en **octubre de 2009**, el 64% de los chilenos pensaba que la Iglesia Católica "contribuía efectivamente a la paz social y hacía un aporte" y sólo el 24% estimaba que "perturbaba la tranquilidad y agitaba el descontento".

En materia judicial, el descontento es también manifiesto. Así, el 30% de los consultados atribuyó a los tribunales de justicia la mayor responsabilidad en el nivel de delincuencia (en tanto el 46% menciona el riesgo social en que se forman los niños). Ante la consulta sobre la confianza que merece el Poder Judicial en los últimos 10 años, el 55% manifestó que ha disminuido, el 33% que se ha mantenido igual y sólo el 12% que ha aumentado. Cuando se pregunta sobre qué preferencias sirven de base a la justicia, sólo el 25% señala que ella actúa "imparcialmente", el 70% en favor de los "ricos" y sólo el 4% en favor de los "pobres". Lo anterior deja en evidencia que subsiste un sesgo claro de confrontación social en todo cuanto se relaciona con el funcionamiento de la jurisdicción, lo cual no es extraño en un país en que durante decenios se instó a profundizar la lucha de clases.

Confrontado a la nueva justicia penal –materia especialmente sensible para los abogados en el día de hoy–, el 39% piensa que ella es mejor que la justicia antigua y el 54% que no lo es. Sin embargo, al interrogarse al entrevistado que ha tenido una experiencia personal o próxima con la nueva justicia, el 21% señala que la experiencia ha sido buena, el 42% regular y el 35% mala. La contradicción salta a la vista. Como puede comprobarse, no obstante todos los esfuerzos desplegados para mejorar la "imagen de la justicia", los resultados son magros y la ciudadanía sigue descontenta con la actividad de este Poder del Estado. Especialmente significativo nos parece el juicio que se hace del nuevo sistema procesal penal, atendidos los ingentes recursos destinados a estos efectos y el colapso que experimentó el antiguo régimen, cuyos perniciosos efectos parecen haberse difuminado en la conciencia ciudadana. Empero, cuando se consulta sobre si el encuestado conoce cuál es la función del Ministerio Público

y los fiscales en el nuevo proceso penal, el 66% admite que no lo sabe y el 30% que sí lo sabe. Este antecedente nos induce a pensar que muchas de las opiniones que se vierten sobre la estructura orgánica del Poder Judicial y sobre su funcionamiento no pasan de ser imágenes intuitivas, formadas a través de los años en que han predominado "consignas" desprovistas de fundamento, pero que han dejado huella en la opinión pública.

Si las cifras indicadas se comparan con la de años anteriores, se constata que el Poder Judicial no ha conseguido remontar la mala apreciación que despierta su misión, fruto de los factores antes mencionados. En efecto, en el mes de **octubre de 2002** se consultó si "los tribunales de justicia son corruptos", entonces el 67% respondió afirmativamente. En **julio de 2004** se consultó sobre "si en los procesos judiciales en que se investigan irregularidades y delitos cometidos en el MOP, en las plantas de revisión técnica, en INDAP, etc., la justicia actúa libre e independientemente": el 64% contestó que no y sólo el 33% que sí. En **junio de 2005** se consultó sobre si creía el encuestado que "en el último año ha aumentado el desprestigio de los Tribunales de Justicia": el 85% respondió afirmativamente y apenas el 14% negativamente. En **julio de 2006** se consultó sobre la reforma procesal penal: el 47% respondió que ella constituía un "avance efectivo y rendiría frutos verdaderos", en tanto el 53% opinó que tenía "deficiencias graves atendido el nivel cultural de la población y los índices delictuales". En **septiembre de 2007** se consultó "si la reforma procesal penal había sido positiva para el país": el 26% respondió que sí había sido positiva y el 68% respondió negativamente. En **octubre de 2009** se volvió a consultar sobre la reforma procesal penal en cuanto a la "situación de delincuentes y víctimas": el 2% la estimó "muy buena"; el 14% "buena"; el 44% "mala" y el 37% "muy mala". Salta a la vista que las respuestas sobre esta materia son erráticas, a veces contradictorias, pero casi regularmente la opinión desfavorece la tarea de nuestros tribunales.

La encuesta denota una cierta insatisfacción con la legislación vigente. No hay duda sobre que la mala imagen del sistema normativo conlleva un juicio adverso de todo cuanto se relaciona con el ámbito jurídico. Sin embargo, muchas de las opiniones parecen desprovistas de fundamento, habida consideración del desconocimiento natural de la población sobre aspectos esenciales del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el 71% estima que los delincuentes "no deben permanecer en libertad mientras se tramita el proceso" (lo que implica negar el "principio de inocencia") y sólo el 21% opina que este beneficio debería "concederse a quienes no hayan delinquido con antelación". Tratándose de delitos de menor connotación social, el 73% considera que deben aplicarse "penas alternativas a la cárcel", lo cual contrasta con declaraciones, casi siempre destempladas, cada vez que se deja en libertad a un imputado por la comisión de un delitode baja trascedencia social. En relación a la pena de muerte, el 49% es partidario de "restablecerla para los delitos de mayor

gravedad", contra el 44% que la rechaza. Sobre la justicia civil la mayoría piensa que debe modificarse para que sea "más rápida" (31%), "mejorar la calidad de los jueces" (30%), "simplificar los trámites" (21%) y "hacerla accesible a los sectores más modestos" (12%).

II. Problemas valóricos

En materia valórica, curiosamente, los encuestados se presentan como liberales en ciertas áreas, pero, en general, víctimas de numerosos prejuicios. Así, por ejemplo, el 48% estima que "debe legalizarse la eutanasia"; el 65% que "no es conveniente que la ley limite o prohíba fumar o el consumo de ciertos alimentos o la lectura de libros o la proyección de programas de televisión"; y el 53% que "los movimientos ecologistas tienen razón al oponerse a proyectos hidroeléctricos o termoeléctricos". Paralelamente, la ciudadanía percibe varios factores de discriminación que contradicen su perfil liberal, tales como prejuicios "raciales" (53%), "sociales" (66%), "sexuales" (54%), "madres solteras" (33%), "ex presidarios" (84%), "homosexuales" (68%), "extranjeros" (34%). En suma, los chilenos se observan a sí mismos como discriminadores, respecto de personas y conductas que, en una perspectiva individual, no se condenan. Ello trasluce un descontento de los ciudadanos con la sociedad en que vivimos, lo cual, ciertamente, nos transforma en desadaptados sociales, con toda las consecuencias que de ello implica.

Se consulta sobre si los casos de corrupción que afectan a los empleados públicos son aislados, o corresponden a redes que involucran a varios casos, o situaciones generalizadas que se presentan en todas partes: el 51% se inclina por esta última alternativa, lo cual demuestra una desconfianza manifiesta en los servidores públicos. Sin embargo, la desconfianza no es un antecedente nuevo, ya que en **noviembre de 2003** se consultó sobre "si los empleados públicos son honestos y los delitos (que entonces se investigaban) constituían una excepción: el 40% respondió que eran honestos y el 58% lo contrario. En cierta medida ha habido una opinión constante sobre la calidad moral de quienes ejercen funciones públicas.

Llevados los entrevistados a situaciones puntuales de especial connotación, se preguntó sobre quién era el principal responsable en la tragedia de la Cárcel de San Miguel. El 34% atribuyó la responsabilidad al "sistema carcelario", el 29% a "los reos", el 16% "al gobierno" y el 11% al "personal de gendarmería". La opinión mayoritaria contrasta con la intención de asignar mayores responsabilidades a Gendarmería de Chile, no obstante la escasez de personal y de elementos y del aumento desmesurado y progresivo de la población penal.

Atendido el hecho de que en el último tiempo se ha observado un severo castigo físico a los delincuentes cuando son atrapados por los transeúntes sin intervención de la fuerza pública, se consultó qué opinión merecía esta actitud al entrevistado. El 31% la calificó como "muy bien", el 40% "bien" y sólo el 29% o "mal o muy mal". Creemos que estas respuestas denotan una cierta impotencia de quienes por años han sido víctimas de la delincuencia y que ahora, peligrosamente, han tomado la justicia en sus manos.

Finalmente, se consultó sobre qué le parecía al encuestado más importante en lo inmediato: la construcción de nuevas cárceles y los planes de rehabilitación de los delincuentes, o el mejoramiento en salud, vivienda y educación. El 77% respondió que esto último, lo que denota que la opinión pública subestima uno de los problemas más graves que afectan al país y que incide directamente en el crecimiento de la delincuencia.

III. Lo social y lo institucional

Para medir el nivel de satisfacción de los trabajadores con la realidad que vivimos, se preguntó si el encuestado creía que los trabajadores estaban contentos o descontentos con su trabajo. Sorpresivamente, sólo el 12% respondió que "contentos" y el 85% que "descontentos". Esta cifra proyecta la imagen de un país insatisfecho y sometido a fuertes tensiones sociales. Se consultó también cuál era, a juicio del entrevistado, el sector que más ha aumentado (en número de personas) en los últimos cinco años. El 50% dijo que los "pobres", el 34% la "clase media" y el 14% los "ricos". Vuelve en esta respuesta a visualizarse una acendrada crítica a la sociedad en que vivimos, toda vez que se percibe un aumento sustancial de los pobres, como si viviéramos bajo los efectos de una política económica abiertamente regresiva.

Frente a la pregunta de quién contribuye más a que exista una verdadera democracia, el 43% respondió que los "partidos políticos", el 27% el "gobierno" y apenas el 6% los "jueces". Al parecer la población une estrechamente la democracia a la existencia y funcionamiento de los partidos políticos, no obstante el hecho de que los encuestados son lapidarios a la hora de juzgar su rol y las funciones que ellos cumplen en el sistema institucional.

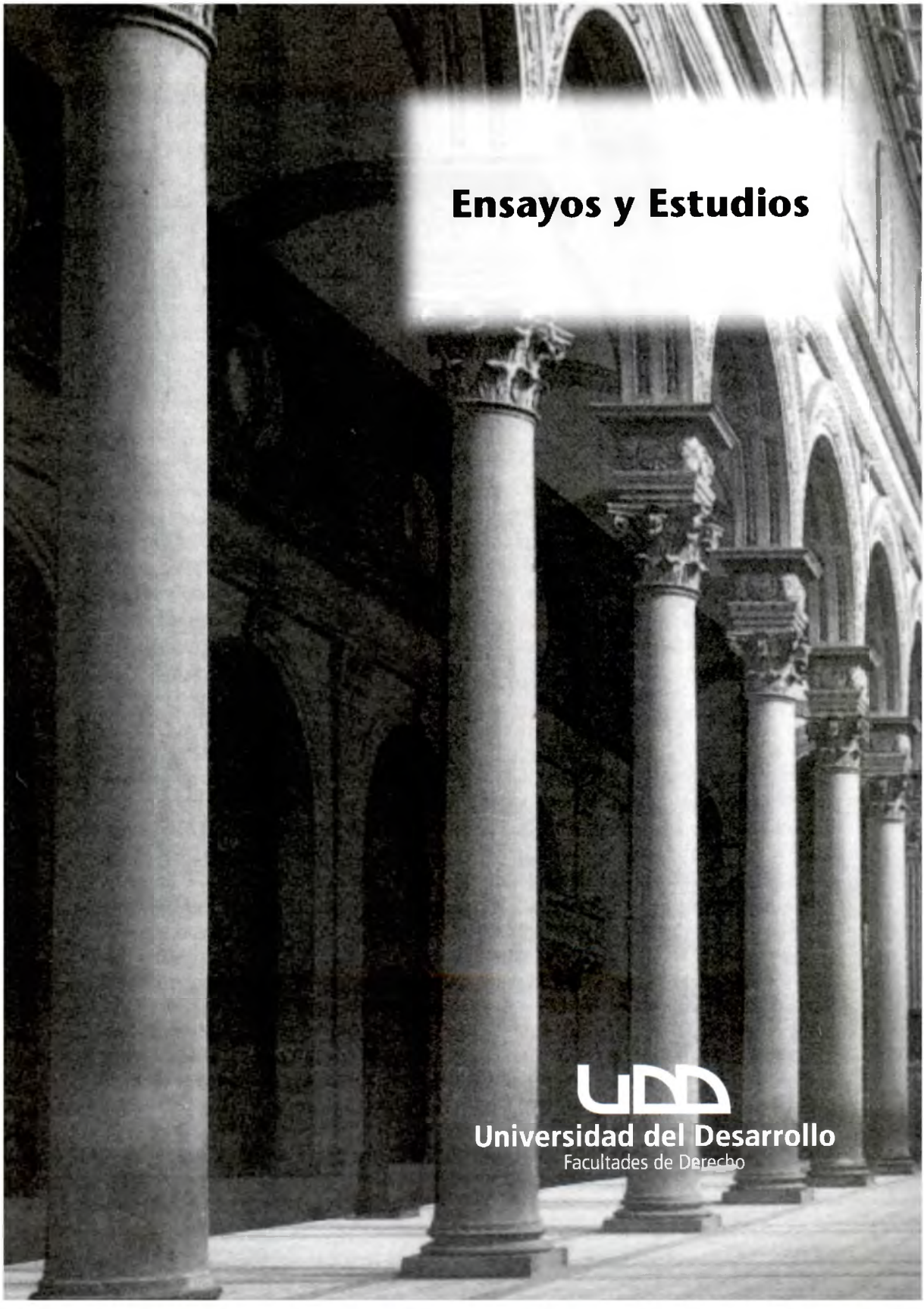
Finalmente, sobre los abogados el 58% cree que "no son colaboradores de la justicia ni actúan correctamente" y sólo el 35% piensa lo contrario. Asimismo, el 54% piensa que los abogados "están bien preparados para ejercer la profesión" y el 39% opina lo contrario.

IV. Apreciación general

La encuesta que analizamos retrata un país en gran medida desconcertado. Parecen influir en sus apreciaciones una multitud de factores que no obedecen a un padrón común susceptible de proyectar la reacción social frente a problemas específicos. Es evidente, entonces, que el país se halla desideologizado. Se juzga a sí mismo discriminatorio, desconfía de sus tribunales, de sus empleados públicos, de reformas que en su hora se juzgaron fundamentales, presiente que han aumentado desmedidamente los "pobres" (lo que no es efectivo) y que la inmensa mayoría de sus trabajadores vive "descontenta". Todo apunta a una peligrosa desconexión entre la realidad y la apariencia, entre las aspiraciones personales y los escollos que se presentan para alcanzarlas. Se diría que Chile es un país deprimido, no obstante los avances que comparten, en medida nada despreciable, todos los sectores nacionales.

No cabe duda que los niveles culturales de nuestro pueblo han crecido considerablemente, fruto, entre otras causas, de la apertura de nuevas universidades e institutos profesionales y del aumento masivo y vertiginoso de los modernos recursos tecnológicos al alcance de gran parte de la población. Lo que vivimos, en consecuencia, no es ajeno al choque entre estas nuevas generaciones y una estructura social que comienza a agrietarse, no sin antes trasmitir sus frustraciones. Se abre así una interrogante que desafía a sociólogos, politólogos, dirigentes políticos y, fundamentalmente, profesores y estudiantes.

Cualquier proposición que se relacione con el mejoramientos de la estructura y el funcionamiento del Poder Judicial, debe partir no sólo de la realidad imperante, sino de la opinión mayoritaria de la población, puesto que es su aprobación tácita, a través de la "realización espontánea del derecho", lo que legitima, en definitiva, su establecimiento y la consolidación de cualquier reforma de esta índole. Las encuestas que se citan constituyen, por lo tanto, un factor que no puede desatenderse.


Ensayos y Estudios
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto

Cecily Halpern Montecino
Vicedecana
Directora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El actual debate parlamentario recaído en la propuesta de reformas al sistema nacional de protección a la maternidad, presentado recientemente por el Ejecutivo, constituye una oportunidad para el logro de los objetivos sociales de compatibilizar los roles actuales de la mujer trabajadora. Lo anterior nos obliga a reflexionar con rigurosidad y nos exige claridad respecto de la información que se detente. El propósito de esta monografía es presentar un esquema de la situación actual y situar en el contexto internacional el sistema regulatorio chileno.

***

Una de las principales fuentes del conflicto del rol familiar y laboral que soporta actualmente la mujer es su creciente incorporación a las fuentes remuneradas de empleo. Lo anterior hace necesario abordar el fenómeno con una visión amplia y además renovada, tanto desde la regulación como desde el ámbito cultural y social. La magnitud en que se ha alterado la vida femenina, por su ya imparable incorporación al mundo del trabajo, exige respuestas adecuadas, principalmente, desde el ordenamiento jurídico laboral.

En este trabajo se revisa la normativa vigente referente a la protección de la maternidad en Chile. Se analiza la compatibilidad que dichos preceptos otorgan a la mujer para ejercer simultáneamente sus funciones de madre y de trabajadora, sin desatender ni una ni otra. A la vez, se cuestiona si la legislación agrega restricciones o limitaciones adicionales en lo referente al acceso al empleo. Incluye una visión comparada del tema general y se contrasta la realidad chilena respecto de una selección de países, en ciertos beneficios relacionados con la maternidad. Culmina con la formulación de alcances al proyecto de reforma legal presentado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, en el mes de marzo de este año, al Parlamento de nuestro país.

I. Un nuevo escenario laboral para la mujer.

En un mayoritario segmento del mundo familiar persiste hoy la visión del tradicional rol femenino. Los asombrosos cambios ya cimentados en el ambiente laboral, consecuencia de la progresiva incorporación de la mujer al mismo, no han cambiado ni la propia visión de su rol familiar ni la que los demás tienen de ella, lo cual resulta verdaderamente paradójico, en circunstancias que su incorporación al mundo del trabajo es evidente. A nivel global, las labores femeninas representan hoy cerca de un 50% de la fuerza de trabajo. Sin embargo, en lo social, cultural y familiar, la expectativa que se mantiene es que la mujer continúe desempeñando su papel clásico. Desde esta óptica, es ella la principal –si no la única– obligada al cuidado familiar, al de los dependientes con incapacidad y del hogar en general. Lo anterior le exige a realizar –simultáneamente– trabajo remunerado y no remunerado, generándole fuertes tensiones entre ambas responsabilidades.

Los efectos de la angustiosa situación descrita se acentúan, las más de las veces, con una oferta de empleos de menor calidad, o con la necesidad de trabajar en la economía informal, o incluso a aceptar que sus ingresos en trabajos remunerados sean equivalentes a un 70 por ciento de los que reciben los hombres, lo que oscurece aun más el panorama de la mujer trabajadora. Resulta diáfana, entonces, la necesidad de otorgar un cauce adecuado al conflicto de roles femeninos, de modo que la mujer pueda compatibilizar su rol familiar con su autonomía y libertad personal, mediante el ejercicio de una actividad laboral remunerada.

No obstante, para que lo anterior suceda, es menester un profundo cambio cultural, que redistribuya las funciones en el seno de la familia. Asimismo, se requiere la aceptación, a nivel empresarial, de la evidencia que la mujer está preparada para asumir roles permanentes y de responsabilidad en su interior.

II. Un necesario cambio conceptual: las políticas de conciliación.

Con el propósito de lograr la compatibilización antes enunciada se requiere de nuevas propuestas y estrategias, considerando especialmente que ellas también producen el efecto de combatir la pobreza al interior de las familias. Por lo tanto, las evidencias nos urgen a implementar **políticas de conciliación** apropiadas, con soluciones que permitan la participación femenina, sin desequilibrar su protagonismo laboral y su necesario e ineludible rol en la vida familiar.

A estas estrategias se las ha conceptualizado como *"actuaciones públicas encaminadas a que hombres y mujeres puedan compatibilizar la gestión compartida del*

hogar y el cuidado de las personas dependientes con su participación en el plano laboral". No son otra cosa que políticas gubernamentales de **corresponsabilidad parental**, orientadas a que ambos padres puedan concordar los roles familiares y laborales, mediante el necesario cambio cultural, primeramente en el plano de las ideas y actitudes, y luego, en el plano normativo. En el contexto global, aparece la **legislación** como el instrumento necesario –por excelencia– del logro del establecimiento de estas políticas. Sin embargo, lo anterior demanda, antes que nada, la conquista de un consenso mayoritario al interior de cada país y la reeducación de los miembros de la familia, a fin de otorgarle legitimidad a la normativa. Nuestra opinión es que ello debe iniciarse tempranamente, en la educación escolar. A continuación revisaremos los avances logrados en algunos países en el sentido propuesto.

En primer lugar destacaremos ciertas **iniciativas o propuestas privadas** de conciliación, tanto a nivel internacional como local, que comparten este énfasis, pero que –debemos reconocer– son, aun, de excepcional aplicación. Estas iniciativas corresponden al ámbito de la **autonomía contractual** de los sujetos y tienen como fundamento la comprobación de que el rendimiento y la productividad laboral son robustamente impactadas por la satisfacción laboral de los integrantes de la empresa. Ejemplo de ello son los **acuerdos colectivos**, de carácter obligatorio para ciertos grupos, o también **pactos individuales,** entre el empleador y un trabajador, orientados a que ambos padres asuman roles protagónicos al interior de la familia. El camino mayormente utilizado es el diseño de **jornadas** pactadas de menor duración, los **descansos** estructurados en torno a las necesidades familiares y **permisos** orientados estratégicamente hacia el objetivo de que la empresa contribuya a la más igualitaria distribución de las responsabilidades familiares.

Por otra parte, algunas instituciones legales han respondido con una nueva mirada, principalmente en sociedades más desarrolladas. El **Estado** ha intervenido en variados ámbitos y vías de acción. En efecto, en ocasiones, en estos países se regulan aspectos legales vinculados directamente al trabajo, estableciendo **beneficios y derechos obligatorios e irrenunciables** para la mujer trabajadora; en otras, se dispone la prestación de **servicios socio–comunitarios de colaboración** al trabajo doméstico de la mujer. En un tercer tipo de acciones, se encuentran aquellas que actúan sobre la **sensibilización social**. Esto último implica resaltar el papel de ambos padres en la familia y abordar la promoción de la necesidad de compartir quehaceres que, culturalmente, se han atribuido preferentemente a la mujer, bajo una novedosa visión de corresponsabilidad social.

III. La acción internacional: estándares mínimos a nivel mundial.

A nivel universal, los principios orientadores de la legislación laboral relacionados con responsabilidades familiares provienen fundamentalmente de **instrumentos emanados de órganos internacionales,** como las Naciones Unidas, la OEA, la OCDE u otros. De singular importancia son la Declaración sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Esta última contiene una norma que indica que el Estado debe prestar asistencia a los padres para el desempeño de sus funciones de crianza y cuidado.

Además, especial mención cabe a la **OIT**, ya que, en esta materia, este organismo ha contribuido en forma significativa, mediante la elaboración de diversos Convenios, Recomendaciones y Declaraciones. Concretamente, esta entidad ha aprobado nueve convenios internacionales, entre los años 1919 hasta el 2000, relacionados con el tema; asimismo, ha publicado la "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo", 1998; la declaración relativa al "Trabajo Decente", y la "Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social", entre otros instrumentos atingentes al punto que nos preocupa.

La "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998), que trata sobre derechos humanos fundamentales, constituye la plataforma sobre la cual se elabora, más tarde, el concepto de "trabajo decente". Específicamente, esta declaración abarca cinco temas: la libertad de asociación y la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo obligatorio o forzoso, la eliminación de todas las formas de trabajo infantil, además de la eliminación de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación. En su publicación "Trabajo Decente", la OIT enumera las aspiraciones de la vida laboral, las cuales se pueden resumir en los siguientes postulados: ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo, protección social para las familias, perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad de opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan la vida de las personas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

La protección de la maternidad también ha sido y continúa siendo una cuestión relevante para la OIT. Una de las acciones concretas ha sido la aprobación del Convenio N° 183 (15 de junio 2000), el cual revisó el anterior (N° 103), publicado en 1952. Posteriormente también aprobó la recomendación N° 191, aun más ambiciosa que el nuevo convenio. La razón por la que se emprendió una reforma de las normas fue la constatación del nuevo mundo del trabajo femenino y principalmente porque el anterior Convenio sobre la protección de la maternidad, de 1952, no había sido ratificado por un gran número de

países. En el nuevo Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, del año 2000, se refuerza la protección en varios sentidos, con respecto a los anteriores instrumentos de la OIT y se amplía también el alcance de la misma. Nuestro país no ha ratificado este convenio, pero sí el anterior (N° 103).

Este instrumento se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente –inclusive en el sector informal–, mientras que el Convenio anterior (N° 103) abarcaba una categoría más reducida de trabajadoras. También autoriza a excluir total o parcialmente a "categorías limitadas de trabajadoras o empresas", previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, cuando la aplicación del Convenio a esas categorías o empresas "plantee problemas especiales de singular importancia".

Este nuevo instrumento también contiene una disposición destinada a proteger la salud de la madre y del hijo; en el anterior Convenio no había ninguna disposición similar. La duración de la licencia de maternidad, de acuerdo con este documento, se extiende de 12 a **14 semanas**, con inclusión de un período de **seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto,** a menos que se acuerde otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Se amplía el período en el cual se prohíbe el despido de la trabajadora: embarazo, licencia maternidad (o por enfermedad en consecuencia del embarazo o parto) y asegura el reintegro al trabajo. Se garantiza a la mujer el derecho de retornar al mismo puesto de trabajo con la misma remuneración al término de la licencia maternidad.

Asimismo, con el fin de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo señala que las prestaciones relativas a la licencia deberán financiarse mediante un **seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos**, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. La idea matriz es que un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee, sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando esté previsto en la legislación o en la práctica nacional.

El **Convenio 183** establece la obligación de que los Estados Miembros que lo ratifiquen **adopten medidas destinadas a garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, incluyendo el acceso a éste** (entre ellas la prohibición de exigencia de test de embarazo para admisión, excepto cuando se trate de trabajos que, en virtud de la legislación nacional, estén total o parcialmente prohlbídos para las mujeres embarazadas o lactantes o que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo).

En síntesis, este convenio del año 2000 tiene como objetivos promover la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo; asegurar la salud y la seguridad de la madre y el niño; reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados, la diversidad de empresas y de la evolución de la protección de la maternidad en la legislación. No obstante, a nivel de América Latina y el Caribe, al año 2011, el número de países que ha aprobado este convenio ascendía sólo a 2 de un total de 33 países del área. El índice de ratificaciones a nivel global no es mucho mejor: a la fecha del presente trabajo solo lo habían ratificado 20 países. Un mejor panorama encontramos frente al convenio 156 de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, en el que las ratificaciones de los países ascienden a 10 en la misma región. Chile lo hizo en el año 1994; sin embargo, debemos reiterar que nuestro país (a esta fecha) no ha ratificado el convenio 183, referente a la protección de la maternidad, en circunstancias que, en nuestra opinión, la legislación nacional está en perfecta consonancia con sus orientaciones y mandatos.

Por otra parte, un organismo que aporta orientaciones a la legislación laboral, sobre todo a partir del año en que Chile ya es integrante oficial de dicha organización, es la **OCDE**. El Informe del año 2009 de este organismo aconsejó a nuestro país invertir más en servicios de empleo, en capacitación, en expansión de las políticas activas de empleo y en reforzar la aplicación del sistema de certificación de competencias. También planteó el aumento de la eficacia de los subsidios laborales con diseños sencillos, pero dirigidos estrictamente a grupos definidos de trabajadores. Con el fin de promover la oferta de mano de obra femenina, este informe esbozó el diseño de un esquema de subsidios al ingreso laboral que debiera estar vinculado **al apoyo del cuidado de los hijos**. El presente año 2011, este organismo ha renovado estas consideraciones respecto de nuestro país en el documento denominado "Mejores Políticas para el Desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile". Este documento analiza específicamente el tema de la participación de la mujer y señala que nuestro país tiene mucho que ganar mejorando la participación de la mujer en el mercado laboral. Denuncia que la tasa de actividad femenina sigue muy por debajo de la media de la OCDE; en el 2011 sólo el 47% de mujeres tenían un empleo, frente al 62% en la zona OCDE. Al respecto el documento indica que para atacar realmente las raíces de la baja participación femenina en la población activa el Gobierno deberá invertir más en servicios de guardería, así como asegurar altos niveles de calidad en la educación inicial de los niños. En los países de la OCDE, el promedio de la duración de la licencia maternal es de 18 semanas, incluyendo obligadamente un período exclusivo para el padre.

IV. La legislación laboral relativa a trabajadores con responsabilidades familiares. Tendencias en el derecho comparado y en el nacional.

En el derecho internacional del trabajo, no obstante que se observa gran diversidad de normativas, la tendencia de la legislación laboral relativa a trabajadores con responsabilidades familiares apunta hacia variados caminos, como ya se adelantó en esta trabajo: primeramente, hacia compartir la responsabilidad familiar y el cuidado de los hijos entre el gobierno y la sociedad, principalmente, por la incorporación del padre, a fin de evitar el mercado laboral estructurado por género.

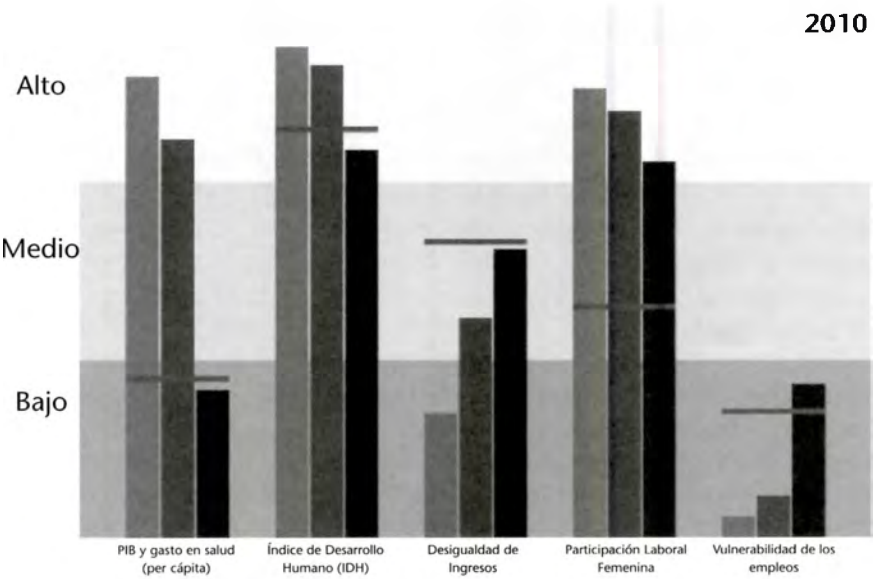
En general, se transita hacia la reducción de jornadas; a reconocer que la tutela del rol maternal incumbe tanto al Derecho de la Seguridad Social como al Derecho del Trabajo, y a explorar que el financiamiento de las prestaciones debe ser mediante un sistema de **seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos.** No necesariamente, en forma única, al empleador, para no rigidizar el acceso al empleo. Ejemplo de ello son los programas de orientación y formación profesional, la creación de empleos destinados a los cuidados familiares; la adaptación de los horarios y la ampliación geográfica de los servicios que colaboran con el trabajo doméstico, el otorgamiento de servicios de salud en las escuelas, y fundamentalmente la prevención y sanción de actos discriminatorios derivados de las responsabilidades familiares, en los procesos de contratación, despido, promoción o fijación de salario, entre otros.

Con el objeto de visualizar en mejor forma la situación internacional, podemos señalar que en los países de Europa Central y Sudoriental, sin considerar a la UE, el 7% tiene un descanso postnatal entre 14 y 17 semanas y el 93% tiene más de 18 semanas. En los países de la UE, un 8% tienen un postnatal de entre 12 y 13 semanas y el 46% lo tiene entre 14 a 17 semanas y la misma cifra lo tiene de una duración de más de 18 semanas. En América Latina, un 6% tiene un postnatal de menos de 12 semanas, un 72% lo tiene entre 12 y 13 semanas, un 13% lo tiene entre 14 y 17 semanas y sólo un 9% lo tiene de una duración de más de 18 semanas. Chile está dentro de este último porcentaje, y si se llegase a aprobar el aumento contenido en la actual propuesta legal, el postnatal será de 24 semanas, lo que situará a nuestro país en el rango de los países de la Europa Sudoriental, que ostentan los niveles más altos de duración de los descansos maternales. A nivel mundial, sólo un 20% de los países tiene un descanso postnatal superior a 18 semanas. Asimismo, el 59% de los países o no remuneran el descanso o si lo hacen es menos de 2/3 de de la remuneración en actividad o remuneran menos de 14 semanas. Un 34% de los países remunera el 100% de las ganancias durante al menos 14 semanas.

El análisis que se presenta a continuación atiende a una diversa gama de indicadores que permiten agrupar y comparar a ciertos países y contrastarlos con

Chile. El estudio se ha hecho tomando países que tienen similares índices en cinco variables y se han agrupado según su mayor similitud: PIB y gasto en salud, índice de desarrollo humano, desigualdad de ingresos, participación laboral femenina y vulnerabilidad de los empleos. Se ha destacado con una línea roja la situación chilena en las variables seleccionadas.

Comparativa de grupos



Fuente: elaboración propia a partir de un informe.

1er Grupo	Dinamarca, Suecia y Holanda.
2do grupo	Australia, Estados Unudos, Bélgica, Canadá, Francia, Reino Unido y España.
3er grupo	México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú.
	Chile

Del gráfico anterior se puede concluir que nuestro país se sitúa de diversa manera según la variable que se analice. Respecto del PIB, Chile está en un nivel bajo, casi igual que el grupo integrado por México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú. En lo referente al Indice de Desarrollo Humano, que considera una serie de variables, nuestro país está muy por sobre dicho grupo; en la variable desigualdad de ingreso, Chile se sitúa por sobre este grupo más afín; en el ítem Participación laboral femenina, su situación es más baja que los países

latinoamericanos. La vulnerabilidad de los empleos en Chile es inferior a la de los países del área más cercana.

A continuación, presentamos un cuadro que refleja otras variables directamente relacionadas con el tema maternal, también agrupados según los mismos países.

		Edad Promedio de la Madre al 1er Nacimiento	Tasa de Fertilidad Promedio	Descanso Maternal (Promedio)	Descanso Parental	Derecho a Amamantar	Fuero Laboral	Derecho a Sala de Cuna	Remuneración	Financiamiento
1° Grupo	Dinamarca, Suecia y Holanda	34	1,7 hijos	10 semanas	12 meses	Si	Si	Si	80-100% con tope	Seguro de Salud, Seguridad Social o Fondo de Desempleo
2° Grupo	Australia, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Reino Unido y España	29	1,8 hijos	16 semanas	2 semanas. No en EEUU	Si. No, en Alemania ni Reino Unido	Si. No, en España	Si. No, en Alemania ni Reino Unido	55-100% con tope. No en Australia ni EEUU	Seguridad Social
3° Grupo	México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú	28	2 hijos	12 semanas	5 días	Si	Si	Si. No, en Perú	100% sin tope	Seguridad Social
Chile		28	1,9 hijos	18 semanas	5 días	Si	Si	Si	100% con tope	Seguridad Social

Del gráfico anterior podemos concluir que nuestro país presenta una duración actual superior del descanso maternal, si se la compara con todos los grupos de análisis; sin embargo, debemos considerar que al primer y segundo grupo debe agregársele un periodo exclusivo de descanso ya sea parental o masculino, lo que en definitiva aumenta la duración de los descansos. En materia del financiamiento de los subsidios maternales, se observa que sólo en el primer grupo interviene sistema mixto, integrado por un seguro de salud, un fondo de desempleo y la seguridad social. En los tres restantes, el subsidio es financiado por la Seguridad Social.

En relación con el descanso del padre, ya sea en exclusividad o compartido, podemos señalar que nuestro país se inserta en el contexto de la normativa del grupo latinoamericano.

A continuación desarrollaremos, en particular, las instituciones que nuestro derecho ya consagra y que, en alguna medida, pretenden compatibilizar los roles femeninos que le impone la sociedad actual.

1. Modalidades de contratos compatibles:

El **trabajo a domicilio, que** es aquel prestado en el propio domicilio de la persona que lo realiza, pero, por cuenta ajena, por lo que integra una modalidad del trabajo subordinado. Es compatible con roles familiares. Contiene normas especiales, como por ejemplo la excepción en la limitación del máximo de duración de la jornada de trabajo.

El **teletrabajo** constituye el trabajo que se desarrolla a distancia, a través del uso de la tecnología de información y comunicación (TICS). Su regulación es

escasa en nuestro ordenamiento jurídico laboral; sólo en el artículo 22, en su inciso final, nuestro Código del Trabajo se refiere al mismo y señala, al igual que en el caso anterior, que está exceptuado de la limitación de jornada de trabajo. La realidad actual demuestra que este trabajo se ejerce desde la casa, *callcenters* u oficinas virtuales. Principalmente, se utiliza en los sectores financiero, comercial y telecomunicaciones. El actual gobierno del Presidente S. Piñera ha propagado que se encuentra trabajando en un proyecto de reforma laboral relativa a esta modalidad de trabajo, probablemente instituyendo un nuevo tipo de contrato especial, que regule prioritariamente esta modalidad de prestación laboral. A la fecha no se ha enviado este proyecto al Parlamento, por lo que no podemos pronunciarnos acerca del mismo.

El trabajo transitorio (versus trabajo permanente): A este respecto, es necesario considerar las disposiciones introducidas al Código del Trabajo por la Ley de Subcontratación y Servicios Transitorios, las que se refundieron en el artículo 183 del Código del Trabajo. Según estas normas, el contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido. Con relación a las trabajadoras contratadas bajo el régimen de servicios transitorios, es el artículo 183–AE del Código del Trabajo el que dispone que ellas gozan del fuero maternal. Sin embargo, este beneficio **cesa, de pleno derecho, al término de los servicios en la usuaria**. En consecuencia, llegado el plazo de finalización de la "puesta a disposición", no se requerirá de la autorización judicial para dar por concluido el contrato. Sin embargo, si por alguna de las causales que establece la ley se asignare la calidad de empleador a la empresa usuaria, el fuero maternal se **extenderá por todo el período que corresponda,** conforme a las reglas generales del Código del Trabajo.

El **contrato por trabajo por obra o faena** es aquel que se celebra para la ejecución de una obra o trabajo específico, el que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de temporal, que tiene un claro inicio y un fin, circunstancia que deberá ser determinada en cada caso particular. En este contrato, el trabajador se obliga a ejecutar una obra material o intelectual concreta y determinada. Su vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. La temporalidad de este contrato hace que sea una prestación laborativa compatible con responsabilidades familiares, aunque a menudo de corto plazo.

2. Modalidades de jornadas de trabajo compatibles:

Jornada tiempo parcial o reducida (versus *full time*): es aquella que no supera las 30 horas semanales. Se reguló en el año 2001, para el fomento de su utilización. En términos generales, esta jornada se puede dar en trabajos

permanentes o temporales. Puede ser continuo o discontinuo, en el marco de tiempo de una semana. Usualmente, se pactan jornadas reducidas diarias o semanales. De la misma forma, no hay limitaciones legales en cuando al mínimo de horas. No obstante, el importe hora debe respetar el valor del ingreso mínimo legal proporcionalmente al número de horas laborales pactadas.

Regulación legal del trabajo a tiempo parcial o reducida: La normativa se encuentra principalmente en artículos 40 bis y siguientes del Código del Trabajo. En síntesis, se prescribe lo siguiente:

se permite el pacto de horas extraordinarias sólo en caso de existir una necesidad o situación temporal que afecte a la empresa;

la jornada diaria debe ser continua y no puede exceder de 10 horas, debiendo interrumpirse por un lapso no inferior a media hora ni superior a una hora para la colación;

el límite máximo de 4,75 ingresos mínimos para los efectos de la gratificación que se establece en el artículo 50 del Código puede reducirse conforme a la relación que exista entre el número de horas convenidas en el contrato de tiempo parcial y el de la jornada ordinaria;

las partes pueden pactar alternativas de distribución de jornadas; el empleador, con una antelación mínima de una semana, está facultado para determinar entre una de las alternativas, la que regirá en la semana o período superior siguiente;

genera "antigüedad", pero se establece un procedimiento especial para el cálculo de la indemnización por años de servicios;

los trabajadores gozan de los demás derechos que contempla el Código del Trabajo para los trabajadores de tiempo completo (amamantamiento, horas extras, descanso intermedio, feriados, negociación colectiva, sindicato, etc.). El principio que se recoge es que la jornada reducida no debe provocar discriminaciones.

Respecto de las modalidades de jornadas de trabajo compatibles, y específicamente de la jornada parcial, algunos comentarios servirán para complementar lo ya señalado. Como modalidad del trabajo principal, es un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial y su mayor uso se da en países altamente industrializados. Se trata de una modalidad casi inevitable para quienes están en situación de pluriempleo, esto es, del ejercicio activo de más de un trabajo. Algunos sectores no comparten su fomento, pues hay movimientos que indican que los trabajos a tiempo parcial son empleos inferiores, de poca responsabilidad

y que no ofrecen expectativas de promoción. El resultado de esto sería que la mujer se integra poco al mundo del trabajo y por ello este género constituiría un elemento marginal de la mano de obra. Es decir, en términos generales, desvaloriza el trabajo de la mujer.

Por los motivos anteriores, esta corriente promueve la idea, más bien, que sea el trabajo doméstico el beneficiado, mediante salas cunas y guarderías, viviendas, participación del padre, etc., de modo de otorgar más tiempo a la mujer para ejercer un trabajo remunerado. No obstante, existe otro sector que lo fomenta decididamente, pues sostiene que favorece a las mujeres con responsabilidades familiares, a los jóvenes estudiantes y a los trabajadores de mayor edad.

Trabajo de fines de semana: este tipo de prestaciones laborales se rige por las normas generales si existe una secuencia permanente en la prestación de servicios. Lo anterior implica que se configura un contrato de trabajo, aun cuando las horas laboradas sean inferiores a una jornada ordinaria de trabajo. Posibilita el trabajo femenino desde esta perspectiva.

3. Formas particulares de tutela o protección del trabajador con responsabilidades familiares.

Como cuestión previa, debemos señalar que el marco legal vigente establece un amplio ámbito de aplicación de las normas de protección a la maternidad en nuestro país. (art. 194 C.T.). En efecto, el universo de sujetos sometidos a la aplicación de estas reglas excede de aquel establecido para las demás del Derecho Laboral. Es de carácter universal, en el sentido que es aplicable a todas las mujeres que trabajan, con la única condición que se **encuentren afiliadas a algún régimen previsional**.

A continuación desarrollaremos algunas ideas vinculadas a las formas específicas de tutela o protección del trabajador con responsabilidades familiares en la ley chilena actual. Este análisis abarca tanto la legislación laboral propiamente tal como aquella de seguridad social. Comenzaremos con un enunciado de los tipos o categorías de derechos o beneficios, para desarrollarlos más acabadamente más adelante. Ellos son: licencias (descansos) o permisos pre y postnatal; prestaciones pecuniarias durante dichos permisos; estabilidad en el empleo y no discriminación; mecanismos para el cuidado del hijo pequeño y otros derechos conexos. Abordaremos, asimismo, los principales aspectos regulados por la Seguridad Social, especialmente a partir de la reforma previsional del año 2007.

Entre los **descansos y permisos,** destacan los referentes al descanso de maternidad (permisos de prenatal y postnatal, además de la flexibilidad y/o aumento del postnatal). Por regla general, el titular del derecho es la madre.

Sin embargo, también lo puede ser el padre, en caso de muerte de la madre durante el parto o el descanso postnatal, quien cuenta con derecho a subsidio y fuero. Otro titular con derecho es el tutor judicial o la persona a cargo del cuidado personal de un menor de 6 meses. En este caso, cuenta con permiso y subsidio por un plazo de 12 semanas. En materia de descansos, existen también aquellos por enfermedad del niño y los permisos especiales, que se dan por nacimiento y muerte. En caso de solicitar el permiso por enfermedad del niño, debe tenerse presente que éste se otorga por dos causantes: el menor de un año o el menor de 18 años. En el primer caso, es decir, aquel que corresponde al niño menor de un año, la causa debe ser una "enfermedad grave" de éste y la duración del permiso estará definida por el período que determine el Servicio de Salud. Respecto de los titulares del derecho a permiso, éstos son la madre trabajadora, y si ambos padres son trabajadores, también el padre, a elección de la madre. También puede serlo el trabajador tutor judicial o al cuidado personal, y al fallecimiento de los titulares, su cónyuge (con derecho a subsidio: Dto. N° 210 de 1985). En el caso de los niños menores de 18 años, las causales son "accidentes o enfermedad terminal o grave, con probable riesgo de muerte". La duración del permiso establece el número de horas equivalente a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año; distribución a elección del titular con imputación a feriados u otras formas de restitución. Los titulares son los mismos que en caso de los niños menores de un año.

Respecto del **permiso por nacimiento** del hijo para el padre (art. 125 inc 2° C.T), la duración es de 5 días, los cuales se pueden distribuir a elección del titular (padre o padre adoptivo, desde la sentencia que la conceda) desde el momento del parto (días corridos o dentro del primer mes).

El **permiso laboral por muerte** (art. 66 Código del Trabajo Ley N° 20.137 de 2006) puede otorgarse por dos motivos: por la muerte de un hijo o del cónyuge y por la muerte de un hijo en período de gestación o muerte del padre o la madre. Este permiso por muerte de un hijo o del cónyuge corresponde a 7 días corridos, adicionales al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. En caso de solicitar fuero laboral, éste es por un mes, a contar del respectivo fallecimiento. En contratos de trabajo a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero rige sólo durante la vigencia del respectivo contrato, si éste fuera menor a un mes, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos. El permiso por muerte de un hijo en período de gestación o muerte del padre o de la madre es por 3 días hábiles. En ambos casos, los días de permiso no podrán ser compensados en dinero.

Respecto de los **subsidios a los ingresos femeninos**, destaca el correspondiente al pre y postnatal. La OIT establece que serán 2/3 de las ganancias anteriores y financiados con fondos públicos. En el caso de Chile (DFL 44), los descansos y permisos de origen familiar tienen derecho a subsidio actualmente

con el tope legal de la remuneración imponible, es decir, 66 UF, o a remuneración, si ello se ha convenido; del mismo modo, el permiso por enfermedad grave del menor de 18 años se entiende trabajado, pero debe restituirse. Se establecen multas en caso de infracciones, más el pago directo de los subsidios por parte del empleador. Es menester recordar que la Ley N° 18.418 traspasó el financiamiento de los subsidios de reposo maternal al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía.

Del análisis legal de la protección del empleo y la no discriminación de la mujer, podemos concluir que la ley vigente en nuestro país da derecho a la conservación del puesto (el mismo o equivalente); protege de la discriminación por causa del embarazo (igualdad de trato), prohíbe la realización del test preocupacional; otorga fuero maternal a la trabajadora de servicios transitorios durante la vigencia de su relación contractual (art. 183 AE), y contempla otros fueros por causas familiares (1 mes posterior al fallecimiento cónyuge o hijo, y al padre cuando la madre muere en el parto). Observamos que son titulares del fuero las madres o padres adoptivos y se aplica también a trabajadoras de casa particular y a personas que manifiesten su intención de adoptar un niño. Entre las causales, debemos hacer notar que no procede nunca la causal de las necesidades de la empresa ni el desahucio como motivo fundante del despido.

Otra situación reglamentada es la que se aplica frente a un despido por ignorancia del estado de embarazo. Si el empleador solicita judicialmente el desafuero y éste se produce mientras la mujer se encuentra gozando del descanso post natal, continuará percibiendo el respectivo subsidio hasta la conclusión del respectivo periodo. Si hubiere lugar a subsidio de cesantía, se entenderá para tales efectos que el contrato ha expirado en el momento en que la mujer deja de percibir el subsidio maternal.

En relación con la obligación de sostener **salas cuna y los derechos conexos** a esta obligación, la legislación chilena dispone, respecto de los sujetos obligados, la norma siguiente, que distingue tres situaciones:

1. Empresas que, particularmente consideradas, ocupan 20 o más trabajadoras

2. Establecimientos de las empresas que, individualmente consideradas, ocupan 20 o más trabajadoras.

3. Centros comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica; asimismo, los establecimientos educacionales en vacaciones podrán tener uso como sala cuna.

La evidencia nacional vinculada al trabajo femenino y a los beneficios maternales, y específicamente las salas cuna, nos demuestra lo siguiente: la tasa de ausentismo por licencias propias es similar en ambos sexos. Las licencias de la trabajadora, por enfermedad del hijo, triplica el promedio del hombre. La utilización efectiva del derecho a sala cuna es escasa. Asimismo, se observa poco uso e insuficiente exigencia por parte de la mujer. Sólo un 4,6% lo usa. Por otro lado, se observa frecuente incumplimiento de las normas sobre tenencia de salas cunas. Las empresas contratan menos de 20 mujeres y muchas de ellas no cumplen con la obligación, teniéndola. La modalidad más utilizada son los convenios externos con salas cuna y también el otorgamiento de bonos para el cuidado de los menores.

Derechos o garantías complementarias de la ley laboral y del Derecho de la Seguridad Social :

Podemos identificar los que a continuación se explicitan, entre otras garantías que no desarrollaremos in extenso en este trabajo por escapar a su finalidad.

En primer término, la prohibición de desempeñar trabajos perjudiciales para la salud de la madre o del niño; la interrupción de la jornada por lactancia: una hora de permiso, aun si el menor no está en sala cuna, según forma acordada con el empleador. (Ley N° 20.166 de 2007 modificó el artículo 206 del C.T.). El cambio de funciones perjudiciales para la salud, por ejemplo, horario nocturno o aquellos que exijan esfuerzo físico, etc., y finalmente el derecho al cobro de pensiones alimenticias de los menores a su cargo y de las asignaciones familiares.

Por otra parte, los principales aspectos abordados por la **Seguridad Social** son la asistencia médica de la mujer durante el embarazo y el otorgamiento de prestaciones de carácter pecuniario. En este último punto, debemos hacer una especial mención a la reforma previsional de 2007 (Ley N° 20.255, de 17.03.08), que incorporó las pensiones solidarias, la afiliación de los independientes al sistema de pensiones y respecto del tema que nos preocupa, mayor equidad para la mujer, en virtud de diversas herramientas. Los aspectos abordados por esta reforma previsional son los siguientes:

1. Bono por hijo.

2. Pensión de sobrevivencia cónyuge hombre.

3. Separación del seguro de invalidez y sobrevivencia.

4. Aumento de la cobertura del SIS hasta los 65 años.

5. División de la cuenta individual en caso de nulidad o divorcio.

6. Ingreso mínimo trabajadoras de casa particular.

1. **Bono por hijo:** implica un aporte de carácter estatal, que aumenta el monto de las pensiones de las mujeres. Tanto las madres biológicas como las adoptivas tienen derecho a recibirlo. Además, éste se otorgará sin importar la condición económica y se otorga por cada hijo nacido vivo. Se entrega al cumplir 65 años a todas aquellas mujeres que se pensionen después del 1 de julio de 2009.

2. **Pensión de sobrevivencia cónyuge hombre:** La mujer originaba pensión a los hijos y al cónyuge inválido. Ahora se incluye al cónyuge hombre no inválido como beneficiario de pensión de viudez de la mujer. También tendrán derecho los padres de hijos de filiación no matrimonial que vivan a expensas de la mujer. Está vigente desde el 1° de octubre de 2008.

3. **Separación del seguro de invalidez y sobrevivencia:** La licitación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS) se separó por género dado que hombres y mujeres pagaban lo mismo. La prima del SIS de las mujeres es inferior a la de los afiliados hombres, porque tienen menor siniestralidad. Este menor costo (diferencia) será devuelto a la cuenta individual de la mujer. Ello implica un aumento del saldo de la cuenta y mejores pensiones. Primera licitación del SIS se realizó en abril de 2009.

4. **Aumento de la cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia hasta los 65 años:** Se amplía hasta los 65 años la edad máxima de cobertura del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia. Respecto de mujeres no pensionadas, que continúan trabajando. Actualmente la mujer sólo tiene cobertura hasta los 60 años. Se iguala cobertura a la que tienen los hombres. Mayor protección. Vigencia desde el 1° de octubre de 2008.

5. **División de la cuenta individual en caso de nulidad o divorcio:** En caso que la nulidad o divorcio origine una compensación económica para alguno de los cónyuges (Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, artículo 62) el juez podrá ordenar el traspaso de fondos de la cuenta de capitalización individual obligatoria del cónyuge que deba compensar hacia la cuenta individual del cónyuge compensado. Si el cónyuge compensado no tiene cuenta de capitalización individual, se deberá abrir una cuenta de capitalización individual voluntaria para tales efectos. El traspaso podrá ser hasta el 50% de los fondos acumulados durante el matrimonio. Esta disposición afecta a los juicios de nulidad o divorcio que se iniciaron después del 1 de octubre de 2008.

6. **Ingreso mínimo trabajadoras de casa particular:** Se iguala ingreso mínimo imponible de trabajadoras(es) de casa particular con el resto de

los trabajadores, en forma gradual. 1 de enero 2009: 83%; 1 de enero 2010: 92%. El 1 de enero 2011 alcanzó el 100% del ingreso mínimo para trabajadores mayores de 18 años de edad. El efecto de lo anterior es un aumento en los saldos acumulados, lo que finalmente incrementa la pensión de este tipo de trabajadoras.

V. Conclusiones y comentarios finales

Tanto a nivel global como nacional, existe una tendencia legal evidente de incorporar al hombre en la responsabilidad por la familia y de introducir el concepto de "parental" en lugar de maternal en los cuidados familiares. No obstante, barreras culturales, de comportamiento social o desconocimiento de la ley inhiben la implementación real y efectiva de esta directriz.

Asimismo, contribuye al problema la escasa jurisprudencia judicial sobre el tema, salvo en materias de fuero, causas que hoy son tramitadas rápidamente, gracias a la reforma al proceso laboral chileno. Sin embargo, existe abundante jurisprudencia administrativa.

Finalmente, considerando el proyecto de ley actualmente en debate parlamentario, que entre otros temas incluye la extensión del descanso postnatal a un total de 6 meses, nuestra opinión es que los acentos deben colocarse en los siguientes puntos específicos, con el propósito de **evitar el efecto perverso de las normas de protección del trabajo de la mujer**, considerando que el mundo competitivo en el cual está inmersa la empresa de hoy requiere flexibilidad y adaptabilidad:

No afectar la empleabilidad femenina por el efecto de insertar un mayor costo de contratación de la mujer, sobre todo de los sectores más vulnerables; debe acrecentarse la corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado de los hijos.

Insistir en la relevancia de la capacitación y la reconversión profesional. Asociar el incremento de las remuneraciones a la mejora en la productividad de las personas en general.

Continuar con la certificación de buenas prácticas laborales, ya que aumenta el capital laboral de los trabajadores y trabajadoras y por tanto colabora en el mejoramiento de las condiciones de contratación, especialmente de la mujer con escasa especialización laboral.

Regular el descanso postnatal bajo la modalidad de **compartido**, pero con un período exclusivo del padre. De esta forma, ambos progenitores

pueden disfrutar de la crianza y el derecho no queda radicado solo en la madre, disminuyendo a la vez la discriminación que se pudiere generar por este concepto. Postulamos que la opción de la madre de transferir al padre es de limitado efecto, por lo que el proyecto es débil en esta parte.

En relación con el fuero maternal, postulamos disminuir su duración a 6 u 8 meses después de expirado el descanso postnatal, si es que su duración se aumenta a 6 meses, como se ha propuesto por estos días en nuestro país. O bien, extenderlo a ambos padres, frente al nacimiento de un hijo. Asimismo, nuestra opinión es que urge adecuar la regulación del fuero maternal en los contratos por obra o faena y en aquellos a plazo fijo, con el propósito de fomentar el empleo de la mujer en estas modalidades de contratación.

Establecer un seguro de familia. Constituye un hecho innegable que la gran mayoría de las mujeres adquieren responsabilidades familiares en algún momento de su vida laboral. Frente a tal evento, proponemos analizar la factibilidad de establecer un seguro, semejante al seguro de desempleo, que cubra los gastos de maternidad y remuneración posterior al parto, obligatorio para hombres y mujeres, con un financiamiento compartido, pero sustancial de parte del Estado.

Finalmente, creemos que es posible modificar la fórmula de cómputo relativa a la obligatoriedad de contar con salas cunas por parte de los empleadores, reemplazando la base de cálculo actual. Proponemos no calcular sobre el número de trabajadoras mujeres, sino que sobre el total de trabajadores empleados. Además, respecto de la empresas de menor tamaño, proponemos el financiamiento estatal de las salas cunas.

En síntesis, postulamos un trabajo amigable para la familia, que potencie el valor y el aporte social de la mujer, permitiéndole ejercer los roles que la vida de hoy le demanda, con dignidad y satisfacción, sin desconocer la radical relevancia del sistema de la seguridad social, que combine mecanismos de cobertura eficientes, en un marco de solidaridad.

Finalmente, es indudable sostener que avanzar en la conciliación parental con corresponsabilidad social es una ecuación compleja, que combina el desarrollo personal, el diseño de instrumentos de política pública y las estrategias culturales que la hagan realidad.

Bibliografía:

OIT:

La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda edición, 2010.

Trabajo decente y equidad de género en América Latina. 2006.

Informe *Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social.* Primera edición. 2009.

Informe sobre trabajo en el mundo. Primera edición. 2008.

La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Primera edición. 2007.

OCDE:

Informe OECD en lo relativo al mercado del trabajo chileno.

Mejores Políticas para el desarrollo: perspectivas sobre Chile. 2011.

Libros

Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile, Perú. Maria Paz Garafulic. Proyecto Fundación Ford. 2001.
Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Johana Chaura L y Karen Fuentes V.; Profesora guía Cecily Halpern M. 2011.

Informes;

Biblioteca del Congreso Nacional; trabajo presentado por el equipo de asesoramiento parlamentario. Marzo. 2011.

Páginas web:
www.ilo.org/travail/database.

Dirección del Trabajo. Temas Laborales N° 27. *El derecho a ganar lo mismo.* Ley 20.348.

Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Diciembre 2010.

Fundación Jaime Guzmán. Ideas & Propuestas N° 76, 11 de mayo de 2011. *Hombres y postnatal: experiencias comparadas.*

Mensaje del Proyecto de Ley. Marzo 2011.

Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa

Enrique Alcalde Rodríguez
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: En este artículo se aborda la vigencia de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, así como las implicancias prácticas que se derivan de la aplicación de tales principios en dicho ámbito. En especial se destacan las consecuencias que en materia de infracciones administrativas se siguen de los referidos principios en temas como la reserva legal y observancia del mandato de determinación de la conducta prohibída, la admisibilidad del error de prohibición como causal de exención o atenuación de la responsabilidad y la necesidad de valorar la intensidad del ataque o lesión del bien jurídico protegido como limitaciones al *ius puniendi* estatal.

***

Con ocasión del fallo del Tribunal Constitucional en la causa rol N° 244, del año 1996, pareciera que, en lo sustancial, ya no cabe controvertir en nuestro sistema jurídico acerca de cuál es el modelo normativo que debe presidir la actividad punitiva de la Administración. Y es que dicho fallo determinó, a la letra, que "*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del* ius puniendi *propio del Estado*". De este modo, dicho Tribunal confirmaba pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema, la cual, desde hace varias décadas, venía sosteniendo que *"las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales de justicia"*.[1]

A nivel doctrinario, la moderna tendencia se pronuncia en igual sentido fundándose en la tesis que postula la igualdad cualitativa entre la sanción penal

[1] Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos, CS 27.12.1965 en RDJ 62 (1965) 2.3, 114-119. Idem., casos Daniel Yarur en RDJ 63 (1966) 2.1, 94-110; Valdés Freire en RDJ 63 (1966) 2.3, 88-91; Banco de Crédito e Inversiones en RDJ 63 (1966) 2.3, 93-95; Bolumburu Pin en RDJ 63 (1966) 2.3, 105-109, entre otros.

y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías a la imposición de una y otra clase de sanción. Así lo sostienen, v.gr., autores como Roxin, Jescheck, Weigend, Tiedemann, Maurach, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra, Gavier, Levene, Zanobini, Zaffaroni y Aftalión y, entre nosotros, Cury, Feliú y Aróstica.[2]

Si no se aceptara esta tesis, el resultado sería evidente: se podrían desconocer, cuando no infringirse abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal. Dicho de otro modo, aquello que no podría hacer el juez por hallarse "atado" por la garantía constitucional, sí podría hacerlo el funcionario público a través del burdo recurso de traspasarle o encomendarle la función punitiva.[3]

No obstante, subsiste la amenaza de quienes se oponen a considerar la identidad sustancial entre injusto administrativo y penal, a través de una actual tendencia a menospreciar la observancia de los principios y garantías reconocidos por el derecho penal clásico o tradicional, no ya en el plano administrativo sancionador, sino que incluso en la misma esfera criminal. Una de las vías predilectas para tal menoscabo ha sido la denominada anticipación de la tutela penal, básicamente mediante la creación de los llamados delitos de peligro abstracto, con ocasión de los cuales se han postulado doctrinas que propugnan, por ejemplo, (a) la supresión de todo elemento subjetivo en el tipo, o la igualación entre el dolo y la culpa (a pretexto de la dificultad de prueba que ellos entrañan); (b) la introducción, a veces indiscriminada, de elementos normativos (con la consiguiente restricción sustancial de las hipótesis de error de prohibición y su reducción sólo a los casos de error de tipo); (c) la proliferación de leyes penales en blanco (asilándose para ello en la pretendida necesidad de flexibilizar la reacción estatal en estas materias); (e) el establecimiento de presunciones de responsabilidad; etc.[4]

El ámbito del llamado "derecho penal económico" ha sido, quizás, aquel en que mejor se constata la realidad descrita, apreciando que detrás del discurso sobre la "desformalización" del derecho criminal a veces subyace –o derechamente se esconde– una concepción claramente ideológica que se esmera en

[2] Jiménez de Asúa (2002) p. 25. Para Zaffaroni, el hecho de que las penas penales y las administrativas no sean del todo idénticas, no implica que a las segundas no deban serles aplicadas las mismas garantías a que se somete la imposición de las primeras". Zaffaroni (1998) p. 115; Jescheck y Weigend (2002) pp. 55, 63 y 64; Maurach y Zipf (1994) pp. 23 y 24; Roxin (1997) pp. 71-73; Tiedemann (1993) pp. 425 y ss.; Cury Urzúa (2005) pp. 104 y ss. En esta misma línea se ubican otros autores, v.gr., Feliú (2003); Aróstica (1987), y, entre los autores extranjeros, Merkl, García de Enterría, Marienhoff, Fernández de Oliveira, citados por Lorenzo (1996) pp. 27 y ss.; Stratenwerth, Moreno, Gómez, Ramo, Peco, Soler, citados por Righi (1991) pp. 300 y 301; así como Rodríguez Mourullo y Maurach, quien en un comienzo adhería a la opinión contraria, citados por Goti (1981) pp. 55 y 57.

[3] Aróstica (1987) p. 78.

[4] En los sentidos expuestos, Bustos (1994) pp. 8 y 9.

borrar ese "viejo y decente derecho penal liberal", como lo ha llamado más de algún autor.[5] Se suma a lo anterior el hecho de que una proliferación de figuras delictivas en los ámbitos societario y económico –comúnmente acompañada del establecimiento de una profusa y generalmente inadecuada reglamentación administrativa– en muchas ocasiones importa también un quebrantamiento de la unidad y coherencia que indispensablemente debe guardar el ordenamiento jurídico, lo que repercute directamente en la aplicación de principios como el *non bis in idem*. Lo anterior, en razón de la usual descoordinación que se introduce entre los diversos remedios que el conjunto de la legislación ha previsto para evitar o reprimir una conducta indeseable, v.gr. los contemplados en las normas administrativas, por un lado y, por el otro, los previstos en las disposiciones civiles y mercantiles.[6]

Ahora bien, la consecuencia lógica y, a nuestro juicio, necesaria que deriva de sostener la igual naturaleza jurídica entre sanciones penales y administrativas, en lo que interesa a estas notas, obliga a reconocer la aplicación –entre otros– de los *principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad* de las penas al específico campo de la sanción administrativa.

Conforme a la fórmula de *Maurach*, la primera garantía esencial frente al *ius puniendi* estatal puede resumirse en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta y certa. Praevia*, en términos de impedir que se sancione por un hecho que no se hallaba tipificado al tiempo de verificarse la infracción; *Scripta*, en cuanto a que la tipificación de la conducta ilícita debe encontrarse en una norma que formalmente tenga el rango de ley; *Stricta*, con lo cual se

[5] Al introducirnos a la teoría de Ferrajoli, Norberto Bobbio comenta que la batalla en defensa del garantismo, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, consiste en una batalla de minorías, por lo cual ha de librarse con armas templadas y afiladas; advirtiendo también que usualmente el adversario nos ofrecerá dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. "La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito..., cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista". Ferrajoli (1997) p. 15.

[6] Respecto de la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales en bienes jurídicos colectivos de carácter socioeconómico, como, por ejemplo, los intereses de los consumidores, Muñoz Conde destaca que a efectos de su tutela o protección puede con frecuencia ser suficiente una reforma de algunos delitos patrimoniales tradicionalmente contemplados en los códigos penales. Con todo, si resultare indispensable recurrir a figuras delictivas, precisa el que su creación "debe regirse por un criterio de excepcionalidad, en atención al principio fundamental jurídico-penal de intervención mínima y con el fin de evitar una "funcionalización inadmisible del Derecho Penal". En este punto señala, entre los criterios restrictivos, la necesidad de identificar siempre un bien jurídico determinado, la exigencia de lesión efectiva o, como mínimo de puesta en peligro concreto del bien jurídico previamente identificado, así como la incriminación excepcional de comportamientos imprudentes. Sánchez García De Paz (1999) p. 78. También relacionado con los aspectos que se comentan, cabe consignar los serios reparos que, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena aplicable al infractor, se advierten al sancionar conductas que, en sí mismas, son irrelevantes para causar un daño a determinado bien jurídico –p.ej. en el orden medioambiental o económico–, pero que, de reiterarse por un número significativo de personas, encierran el peligro de causar un perjuicio mayor.

quiere prohibir la aplicación de la analogía, y *Certa*, de modo que se cumpla con el mandato de determinación en la descripción de la conducta.

En lo relativo a la aplicación de los principios de *legalidad* y *tipicidad* en el Derecho Administrativo Sancionador, su observancia importa, primeramente, rechazar todo intento de establecer sanciones mediante normas de jerarquía inferior a una ley, v. gr. reglamentos, decretos, circulares o instrucciones.[7] Aun más, ninguna ley puede permitir a un reglamento prever infracciones y sanciones *ex novo* (sería una ley inconstitucional por vulnerar la reserva de ley) y ningún reglamento puede contener una regulación sancionadora sin autorización de la ley o ir más lejos de su simple desarrollo.[8]

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que *"La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta."* (causa rol N°240). En otro fallo relevante referido al tema (causa rol N°480-2006), el mismo Tribunal Constitucional, fundándose en el tenor literal de la Constitución y en la historia fidedigna de su establecimiento, precisa que basta para satisfacer esta exigencia con el hecho de que la norma legal establezca el *"núcleo esencial"* de la conducta prohibída, pudiendo éste ser complementado en la norma administrativa a través de la potestad reglamentaria de ejecución. En todo caso, dicha magistratura ha precisado que la descripción que la ley haga de la conducta prohibída –y a la que después puede remitirse el Reglamento– debe cumplir con la *"densidad normativa"* suficiente como para que el destinatario pueda comprender cabalmente el alcance de su comportamiento.

Considerando los parámetros y limitaciones reseñados, estimamos repudiable aquella práctica legislativa por la cual, junto con la descripción de la conducta constitutiva de la infracción administrativa que se crea, suelen establecerse sanciones, a menudo *multas*, cuya cuantía resulta a todas luces imprecisa. Para salvar una tal ausencia de tipicidad, creemos que no es posible recurrir a criterios *civiles*, v. gr., estimar que en dichos supuestos la cantidad es *determinable*, máxime si se trata de sancionar conductas y su imposición –aunque sea revisable por un tribunal de justicia– ha sido directamente entregada a la

[7] Coincidiendo con esta idea, se ha fallado, por ejemplo, que "la petición de giro de patente municipal hecha por un contribuyente fuera del plazo fijado al efecto por vía reglamentaria, no es susceptible de sanción administrativa, ya que carece un reglamento de la virtud de imponer multas, las que sólo pueden tener por fundamento una ley". (Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de agosto de 1989, "Pesquera Loa Sur Ltda. con Municipalidad de Coronel", recurso de protección).

[8] Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005) p. 33.

"competencia" de un empleado público.[9] De igual modo, consideramos que las exigencias derivadas del *principio constitucional de legalidad*, en cuanto impide castigar penalmente si la pertinente conducta no ha sido previamente tipificada en la ley, alcanzan no sólo a la *fuente* de la respectiva sanción, sino que también al *proceso interpretativo* que conduce a la misma. Ello es puesto de relieve, v.gr., por *Rodríguez Collao*, para quien resulta evidente que la interpretación que se haga de un determinado precepto legal sin duda puede tener influencia en la pena que se estime adecuado aplicar. Por ello también ha de vedarse a la Administración la posibilidad de asumir una labor interpretativa de las leyes penales –y, según hemos visto nosotros, también de aquellas que prevean sanciones administrativas– siendo inconstitucional aquella ley que le entregara tal atribución.[10]

Los criterios reseñados, empero, no son siempre respetados por los organismos administrativos a los cuales la ley ha dotado de la potestad para imponer sanciones. Un ejemplo de ello podemos apreciarlo a la luz de ciertas actuaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros en lo que respecta a la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, por ejemplo, dicha Superintendencia pareciera, a ratos, considerar que las obligaciones que este último cuerpo legal impone a sus destinatarios constituyen, en sí mismas, una suerte de "ley penal en blanco" que la faculta para imponer sanciones independientemente que el incumplimiento que imputa no se halle configurado como una infracción administrativa.[11]

Para los efectos indicados, el referido organismo se ha basado en las potestades que le confiere el artículo 27 del DL 3.538, que contiene su propia ley orgánica. No obstante, estimamos que no cabe la invocación de tal precepto respecto de aquellas normas de la Ley de Sociedades Anónimas que no son tipos sancionatorios administrativos, ni aun en virtud del "envío" que realizan los incisos 1° y 3 ° de la citada norma legal.[12] En otras palabras, pensamos que no es posible imponer sanciones administrativas genéricas por infracciones a normas de la Ley de Sociedades Anónimas que no dicen relación con la observación de un deber de conducta típico descrito expresamente en la misma ley.

[9] Una posición contraria a la nuestra puede verse en Bermúdez Soto (1998), p. 333.

[10] Rodríguez Collao (1992), p. 387.

[11] Así, por ejemplo, lo ha entendido, en sus Resoluciones Exentas N°s 859 y 860, de 31.12.09, respecto de una infracción al "deber de cuidado" que el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los directores.

[12] "Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones"; "Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a las sociedades, directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia".

Para ilustrar lo anterior, imaginemos el siguiente ejemplo:

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas, *"los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas"*. Supongamos, asimismo, que determinado accionista incurre en una conducta que implica un quebrantamiento de tal deber. De acuerdo a la laxitud del criterio que en ocasiones se ha seguido por la Superintendencia, el artículo 27 de su ley orgánica le habilitaría para imponer una sanción a tal accionista.

Creemos que lo anterior es absolutamente improcedente desde una perspectiva jurídica, ya que la violación del mencionado deber no se encuentra configurada en la ley como una infracción susceptible de ser sancionada por la vía administrativa y, por lo mismo, únicamente da lugar al ejercicio de acciones civiles y, en su caso, criminales. En definitiva, por ilícita que sea una conducta que implique que un accionista no respete los derechos de otro accionista o de la misma sociedad, ello no permite sancionarla por la vía administrativa ya que en el derecho sancionador "no se admiten fórmulas genéricas y abiertas que conviertan en infracción cualquier conducta antijurídica".[13]

Estimamos, en consecuencia, inadmisible el razonamiento del ente fiscalizador no sólo en razón de no hallarnos en presencia de una norma prohibitiva, sino porque no se trata en la especie de un "tipo administrativo infraccional", como sí ocurre, por ejemplo, con aquellas normas del Título XI de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045,14 en que expresamente se previene tal posibilidad y luego se enumera un catálogo pormenorizado de conductas típicas.

Pensamos, en efecto, que importa una contradicción con el principio constitucional de *tipicidad* la posibilidad de cursar infracciones administrativas por conductas no tipificadas como tales, rechazando la interpretación según la cual el tenor de los artículos 27 del DL 3.538 y 133 de la Ley 18.046 implique que toda la Ley de Sociedades Anónimas sea, ella entera, constitutiva de un "tipo" genérico de derecho administrativo sancionador.

Tratándose, ahora, del *principio de culpabilidad*, y a propósito del moderno derecho europeo, *Tiedemann* expresa que la garantía se encuentra recogida expresamente en el derecho comunitario, por lo que en principio no está permitida ninguna clase de responsabilidad objetiva, agregando que el aspecto procesal del mismo principio ha conducido de modo consecuente en

[13] Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005), p. 35.

[14] Artículo 58 inciso 1° de la Ley 18.045: "La Superintendencia aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos que los rigen y de las resoluciones que dicte conforme a sus facultades, las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley".

el derecho penal y sancionador administrativo alemán a la supresión de las presunciones de culpabilidad, que en otros países aun se conservan, precisamente en el derecho sancionador administrativo. El mismo autor advierte que en el derecho comunitario, el TJCE (p. ej. en el caso Thyssen) ha declarado la necesidad de constatar la *culpabilidad*, todo lo cual determina que "las nuevas codificaciones del derecho sancionador administrativo, sucesoras de antiguas teorías del derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales".[15]

Entre nosotros, la igualdad cualitativa entre la pena penal y la administrativa –reconocida por autorizada doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Contraloría General de la República[16]– induce al enérgico rechazo de los criterios basados en la responsabilidad objetiva, los que, a nuestro entender, implicarían consagrar verdaderas presunciones de derecho –expresamente repelidas por la dogmática penal y nuestra propia Constitución– respecto de la responsabilidad de quienes incurren en infracción administrativa. Pero no sólo eso. Desde el momento que nuestra Constitución Política reconoce la libertad y dignidad de toda persona como basamento de sus derechos, ello constituye el "presupuesto normativo constitucional" que toda autoridad debe respetar al establecer, o bien excluir, la responsabilidad.[17] Dicho en otros términos, en dicha concepción antropológica del hombre reside el fundamento material de la culpabilidad.[18]

Ahora bien, la cul*pabilidad* puede ser apreciada bajo dos puntos de vista. Desde la perspectiva *cualitativa*, el principio implica que aquella es un requisito ineludible para la configuración de la infracción, así como para la aplicación de la sanción, lo cual supone, a su turno, que deban concurrir todos los componentes *subjetivos* de la culpabilidad respecto de todos los resultados que originan el castigo, ya que sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que las personas respondan por aquello que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar. Bajo un prisma *cuantitativo*, en cambio, la exigencia se traduce en que la culpabilidad debe ser el factor determinante de la medida de la pena, de manera que ésta guarde estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al infractor.[19]

[15] Tiedemann (1993), pp. 425 y ss.

[16] Respecto de los pronunciamientos de este organismo en tal sentido, puede verse, por todos, el dictamen N° 14.571 de 22.03.05.

[17] Y recuérdese que los principios de orden penal recogidos por nuestra Carta Fundamental deben aplicarse "no sólo a las sanciones penales, sino a toda sanción de otra naturaleza, aplicada por los tribunales o la Administración". Evans De La Cuadra (1999), pp. 149 y 150.

[18] Náquira Riveros (1995), p. 200.

[19] Rodríguez Collao y De la Fuente Hulaud (1989-1990), p. 126.

Se colige de lo expuesto que la responsabilidad por la comisión de un injusto administrativo, al igual como acontece tratándose de la responsabilidad penal, únicamente podrá predicarse respecto de quien, teniendo capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico.

Una de las mayores implicancias prácticas que derivan de lo dicho se relaciona con la admisión del error de prohibición en el Derecho Administrativo Sancionador, debiendo, por tanto, también distinguirse entre aquel que fuese vencible o invencible, en cuanto tal error o ignorancia de un precepto legal puede afectar la conciencia del infractor acerca de la ilicitud de su conducta y determinar, por tanto, la ausencia de responsabilidad o bien su atenuación.[20] En efecto, el error o ignorancia, cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, ora porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, ora por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye la culpabilidad. Y es que la justificación del error como causa de exclusión de la culpabilidad deriva de la necesidad de que el infractor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada.[21]

Otros autores arriban a igual conclusión que la recién consignada, aunque no por la vía de la culpabilidad, sino que a través del recurso que proporcionan los elementos subjetivos del tipo infraccional. Así, por ejemplo, se señala que la relevancia del error en el Derecho Administrativo Sancionador es corolario del principio de dolo o culpa, determinando, la presencia del error, la exclusión absoluta o relativa de responsabilidad. El punto de partida de su admisibilidad como causal de exoneración de la responsabilidad administrativa se ha recogido, v.gr. por la Sentencia 76/1990 de 26 de abril, del Tribunal Supremo español en los siguientes términos: "Si no hay responsabilidad objetiva, no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho como causa que exonere de dicha responsabilidad, mas ello no significa que resulte irrelevante (...). Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho –singularmente el error invencible– podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva".[22]

Lo expuesto en precedencia es particularmente relevante en diversos ámbitos de actividades económicas que se caracterizan por la presencia de un cúmulo de reglamentaciones que difícilmente una persona puede, en la práctica, si-

[20] En este sentido se pronuncian, Jescheck y Weigend (2002), p. 494.
[21] Pemán Gavín, (1998).
[22] Fernández De Araoz Gómez-Acebo (1999), p. 129. En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, Quintero Olivares (1991), pp. 267 y 268; y Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005), p. 37.

quiera llegar a conocer.[23] Piénsese, por ejemplo, en la profusa reglamentación y circulares que son aplicables a una sociedad anónima sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. ¿Tiene acaso, algún director o gerente, la posibilidad de conocer, en todo su detalle y extensión, las numerosísimas obligaciones y plazos, de la más variada naturaleza, que aquellas normas le imponen? Y ello, sin entrar todavía a examinar la complejidad técnica que muchas de ellas exhiben. No obstante ello, sabemos que la misma Superintendencia, así como otros organismos fiscalizadores en la órbita de su respectiva competencia, en la práctica tratan una infracción a tal reglamentación prescindiendo absolutamente de cualquier factor subjetivo, bastándoles sólo con acreditar (cuando no optan por simplemente presumir) que la norma no fue formalmente cumplida a fin de imponer una sanción.

Como bien se ha expresado entre nosotros, no existe un motivo atendible para independizar la sanción administrativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo deben ser impuestas a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibída.[24] Y tal "reproche personal", como se sabe desde antiguo, no es posible de formularse respecto de quien no podía conocer –por la razón justificada que sea– la antijuridicidad o ilicitud de la acción u omisión constitutiva de la infracción administrativa que le haya sido imputada.

En definitiva, el principio de culpabilidad constituye una barrera infranqueable a la pretensión preventiva del *ius puniendi* del Estado, el cual, trabajando sólo con el criterio funcional y utilitario de la necesidad de pena, bien podría llegar a establecerla con prescindencia de la culpabilidad. En dichas hipótesis, si bien podría ser 'funcionalmente útil' la imposición de una sanción, por estar ausente la culpabilidad del autor, carecería de legitimidad en un Estado de Derecho (baste recordar las presunciones de dolo o de responsabilidad objetiva, excluidas gracias al principio de culpabilidad).[25]

Junto a la implicancia que conlleva, en materia de error, la aplicación del principio de culpabilidad en la imposición de sanciones administrativas, también

[23] En el derecho comunitario europeo pueden verse casos de admisibilidad del error en el ámbito de las sanciones administrativas en los siguientes casos fallados por el TJCE: Suiker Unie y otros; Ferriere San Carlo; Estel; y Hoffman-La Roche.

[24] Cury (1979-1980), p. 91. "Al reconocer el principio de culpa como antecedente de la responsabilidad penal se establece una fuerte restricción al principio utilitarista que inspira la teoría de la prevención. En efecto, de conformidad a esta teoría, es perfectamente imaginable una especie de responsabilidad penal objetiva que prescinda de todo juicio de culpabilidad e, incluso, de antijuridicidad ..."; siendo que no hay un bien social global, por trascendente que sea, que autorice aplicar sanciones con independencia de los presupuestos generales de la responsabilidad penal. El mismo autor lo resume diciendo que "aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable". Barros (1983), pp. 64 y 65.

[25] Náquira Riveros (1995), pp. 189-200.

dimana de tal principio la imposibilidad de seguir criterios de retroactividad en la materia. Por ello, con razón se ha dicho que "la noción de culpabilidad es de tal modo inherente al principio de irretroactividad, que no puede concebirse una violación de éste sin que se vulnere también aquélla".[26]

La plena vigencia del principio de irretroactividad en el campo del Derecho Administrativo Sancionador se reconoce entre nosotros desde la vigencia de la Constitución Política de 1925. Así, por ejemplo, se ha fallado por nuestro máximo tribunal que: *Quebranta la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal, precepto cuya amplitud comprende toda condena o sanción de cualquier carácter que sea y cualquiera que sea la autoridad competente para imponerlas, y no es posible restringir su alcance solamente a las multas de carácter penal porque ni el claro texto de la norma constitucional permite hacerlo, ni existen otros elementos de interpretación que puedan abonar esa limitación que la ley fundamental no contempla.*[27]

A consecuencia de lo anterior, se hace menester reconocer, en la órbita del Derecho Administrativo Sancionador, la necesidad de imponer al infractor aquella sanción que contemple una ley posterior a la fecha en que se incurrió en aquella, si la sanción contemplada en esta segunda ley le resulta menos gravosa. Ello también ha sido explícitamente reconocido por nuestros más altos tribunales de justicia. En este sentido, se ha fallado que "corresponde aplicar la multa dentro de los márgenes que señalaba el primitivo texto legal toda vez que éste le era más favorable que los indicados en la ley vigente".[28]

A modo de síntesis, y en lo que respecta a las restricciones de retroactividad en relación con la sanción administrativa a aplicar, *Tozzini* destaca tres prohibiciones, a saber: (a) Que se aplique una pena a un hecho que con anterioridad no configuraba infracción alguna; (b) Que a una infracción configurada como tal con anterioridad se le aplique retroactivamente una pena de naturaleza más grave; y (c) Que en el mismo supuesto anterior, se le pueda gravar con retroactividad el *quantum* de la pena.[29]

[26] Rodríguez Collao y De La Fuente Hulaud (1989-1990), p. 132.

[27] C. Suprema – 5 de julio de 1966, Valdés Freire (inaplicabilidad). Igual consideración se contiene en otros fallos posteriores, v. gr., C. Suprema – 13 de agosto de 1966, Bolumburu Pin, Exequiel (inaplicabilidad). En armonía con dicha jurisprudencia, también la Contraloría General de la República se ha pronunciado en el sentido de hacer regir el principio de irretroactividad en el caso de las sanciones administrativas. Así, por ejemplo, puede verse tal doctrina en los dictámenes N°s 45.905 y 88.303, (1976), 20.991 (1984), 25.961 (2000), 3.858 y 6.926, (2001), y 38.075 (2002), entre otros.

[28] Corte de Apelaciones de Santiago, 06.07.2000, confirmada por la Corte Suprema en sentencia de 11.09.2000, Hidroeléctrica Aconcagua con SEC. La CGR: el principio pro reo (dictámenes N°s 81.058 de 1974, 16.141 de 1977; y 20.991 de 1984), entre otras materias.

[29] Tozzini (2005), p. 74.

Por último, estrechamente vinculado a todo lo comentado con ocasión de la culpabilidad, cabe también aplicar, en el campo de la infracción administrativa, el principio de proporcionalidad de las sanciones.

La importancia del tema ha cobrado cada día mayor vigencia si se tiene presente que las atribuciones que actualmente se otorgan a ciertos organismos fiscalizadores, como las Superintendencias, les permiten aplicar sanciones pecuniarias de montos a todas luces exorbitantes, cuando no expoliatorios. A este respecto, con acierto acota *Cury* que confiar a la Administración, como lamentablemente ocurre entre nosotros, la facultad de fulminar multas confiscatorias debe considerarse un atentado en contra del principio de legalidad y, por tanto, una violación de las normas constitucionales que lo consagran. Esta conclusión, por lo demás, también encuentra confirmación en la legislación positiva. En efecto, el artículo 501 del Código Penal dispone que *"en las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales"*. Sobre la base de la disposición trascrita, queda en claro que para los autores del Código las sanciones administrativas no debían exceder las de las faltas, para las cuales, tratándose de multas, se previó una cuantía no superior a cinco UTM. Si bien la norma dejó abierta la posibilidad de contemplar excepciones en el futuro, sin duda da cuenta de un criterio orientador que, desgraciadamente, entre nosotros no se respeta de modo alguno.[30]

El mismo principio de culpabilidad, entendido en sentido amplio, impone al Estado no sólo la obligación de acreditar todas y cada una de las categorías de imputación penal y únicamente una vez que ello ocurra asignar al comportamiento reprochado una consecuencia jurídica *proporcionada*, sino que también, en el ámbito de la antijuridicidad, especialmente relevante resulta el análisis de la *intensidad del ataque al bien jurídico* que se protege, tanto desde la perspectiva del desvalor de acción como del desvalor de resultado. Luego, al realizar la valoración subjetiva de ese acto, para determinar si es atribuible al infractor, deberá determinarse tanto el grado de culpabilidad con que actuó como la necesidad de sancionarlo *proporcionadamente*.[31]

Así las cosas, este principio exige una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Su aplicación y vigencia importan, en consecuencia, que se observen criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios, como la in-

[30] Cury (2005), p. 110.
[31] Muñoz Díaz (2007), p.122.

tencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados, etc.[32]

En definitiva, el *principio de proporcionalidad* debe ser tomado en cuenta en dos fases o etapas. En un primer momento, por el legislador, al establecer el marco sancionador (decidir qué son infracciones y qué no lo son; qué infracciones son leves, graves o muy graves; cuál es el tipo o cuantía de las sanciones, etc.); y, en un segundo momento, cuando el órgano sancionador tiene que fijar una sanción concreta dentro del marco legal.[33]

Finalmente, apuntemos que la exigencia que se comenta en orden a la necesidad que la sanción impuesta sea proporcionada a la falta no se agota, ni con mucho, en lo que se refiere al *quantum* de la sanción, v.gr. cuantía a que asciende una multa administrativa, sino que también sirve de fundamento para que reciban aplicación, en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador, institutos como el *non bis in idem*. Ello, en el sentido que el principio de proporcionalidad impide el que un *mismo* hecho pueda ser castigado *conjuntamente* con una sanción penal y otra administrativa[34], como también el que se apliquen *dos o más penas administrativas* a una misma conducta o hecho constitutivo de infracción a la ley.[35]

Conclusiones

1 La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República, así como autorizada doctrina, tanto nacional como extranjera, coinciden en predicar la identidad sustancial o cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa.

[32] Vergara Blanco (2004), p. 144. El mismo autor expresa que este principio, en nuestro sistema constitucional, deriva del artículo 19 N° 3 inciso 7° in fine de la Constitución, dado que todo lo que "favorezca al afectado" debe ser considerado.

[33] Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo, (2005), p. 36.

[34] En este sentido, puede verse Corte Suprema, sentencia de 11.01.51 (casación en el fondo), considerandos 13 y 14. En la misma línea de identificar una pena administrativa (multa), concretamente la impuesta por el Director de Impuestos Internos, con una sanción de naturaleza penal, se había ya pronunciado la Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de 11 de abril de 1934. La doctrina expuesta ha sido también sentada por las cortes internacionales. Así, por ejemplo, al menos en tres casos se ha recogido esta opinión por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[35] Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 01.09.2000, Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A. con SEC; Corte Suprema, 21.09.2000, Corte de Apelaciones de Santiago,18.07.2000, Compañía Eléctrica San Isidro S.A. con SEC; Corte de Apelaciones de Santiago, 14.09.2000, Empresa de Electricidad S.A. con SEC; Corte Suprema, 20.09.2000, Sistema de Transmisión del Sur S.A. con SEC; Corte Suprema, 22.06.2000, Corte de Apelaciones de La Serena, 28.04.2000, Transnet con SEC; Corte Suprema, 16.10.2000, Compañía Nacional de Transmisión Eléctrica S.A. con SEC.

2 La conclusión anterior implica aceptar que rigen, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, las mismas garantías y principios del derecho penal clásico o tradicional; entre ellos, los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

3 La aplicación del *principio de tipicidad* importa, entre otras cosas, rechazar todo intento por crear tipos infraccionales mediante normas de jerarquía inferior a una ley, v,.gr. reglamentos o circulares, así como la necesidad de que dichos tipos cumplan con el *mandato de determinación* de la conducta constitutiva de infracción.

4 El imperio del *principio de la culpabilidad* se traduce, en lo fundamental, en la necesidad de valorar –como requisito previo a la imposición de una sanción administrativa– la posibilidad efectiva que tenía el infractor de conocer la ilicitud de la conducta que se le reprocha y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento. Ello implica rechazar cualquier forma de *responsabilidad objetiva* en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, así como admitir, en este campo, la alegación del *error de prohibición* y, en consecuencia, la posibilidad que un yerro o ignorancia en cuanto al carácter antijurídico de la conducta reprochada opere como una causal de exención o atenuación de la responsabilidad, según el caso.

5 La vigencia del *principio de proporcionalidad*, también aplicado a la órbita de la infracción administrativa, supone, por un lado, que la medida de la sanción impuesta tome en consideración, entre otros factores, la intensidad del ataque al bien jurídico protegido y el grado de culpabilidad del infractor y, por el otro, que no sea jurídicamente posible el que un *mismo* hecho pueda ser castigado *conjuntamente* con una sanción penal y otra administrativa, o bien que se apliquen *dos o más penas administrativas* a una misma conducta o hecho constitutivo de infracción a la ley.

Bibliografía

Aróstica, Iván (1987): "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 182, año LV, julio-diciembre: pp 71-82.

Barros, Enrique (1983): "Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos", *RDJ*, T. LXXX, N° 2: pp. 45-65.

Bermúdez Soto, Jorge (1998): "Elementos para Definir las Sanciones Administrativas", *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial: pp. 323-334.

Bustos, Juan (1994): *"Bien Jurídico en los Delitos Económicos"*, Charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile el día 29 de Septiembre de 1994, 19 pp.

Cury Urzúa, Enrique (1979-1980): "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, N° 44-45: pp. 86-94.

Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.

Evans De La Cuadra, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) T. II.

Feliú, Olga (2003): Coloquio Preparatorio XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Fernández De Araoz Gómez-Acebo, Alejandro (1999): "La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del mercado de valores", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 76, octubre-diciembre: pp. 65-133.

Ferrajoli, Luigi (1997): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Valladolid, Editorial Trotta (con prólogo de *Norberto Bobbio*), 991 pp.

Goti, Malamud (1981): *Persona Jurídica y Penalidad* (Buenos Aires, Ediciones Depalma), 123 pp.

Jescheck, Hans-Heinrich, y Weigend, Thomas (2002): *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Granada, Editorial Comares), 1112 pp.

Jiménez De Asúa, Luis (2002): *Introducción al Derecho Penal* (México, Editorial Jurídica Universitaria), vol. I.

Lorenzo, Susana (1996): *Sanciones Administrativas* (Montevideo, Julio Cesar Faira Editor), 151 pp.

Maurach, Reinhart, y Zipf, Heinz (1994): *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires, Editorial Astrea), 720 pp.

Muñoz Díaz, Patricio (2007): "Los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad de las penas", *Ius Publicum* N° 18: pp. 101-124.

Náquira Riveros, Jaime (1995): "Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22 N° 2: pp. 189-200.

Pemán Gavín, Ignacio (1998): *Error invencible. El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)* Id. vLex: VLEX-IW349

Quintero Olivares, Gonzalo (1991): "La autotutela, los límites al poder sancionador público y los principios inspiradores del derecho penal", *Revista de Administración Pública* N° 126, septiembre-diciembre: pp. 253-296.

Armijo, Antonio (2005): "Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España", Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá, vol. 7, N° 1: 23-74.

RIGHI, Esteban (1991): *Derecho Penal Económico Comparado* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.), 380 pp.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe (1989-1990): "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIII, pp. 125-153

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1992): "La Interpretación Administrativa de las Leyes Penales", Ponencia presentada en el Congreso sobre "*Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Traduc. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas) t. I

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999): *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Pena* (Valladolid, Universidad de Valladolid).

TIEDEMANN, Klaus (1993): "El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 50, Lima (Traduc. Adán Nieto Marlín), pp. 417-436.

TOZZINI, Carlos (2005): *Garantías Constitucionales en el Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), 201 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo*, Año 11 - N° 2: pp. 137-147.

ZAFFARONI, Eugenio (1998): *Manual de Derecho Penal* (México, Eugenio Cárdenas Editor Distribuidor).

Jurisprudencia

Judicial (Chile)

Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos en RDJ 62 (1965) 2.3, 114-119.

Yarur Daniel en RDJ 63 (1966) 2.1, 94-110.

Valdés Freire en RDJ 63 (1966) 2.3, 88-91.

Banco de Crédito e Inversiones en RDJ 63 (1966) 2.3, 93-95.

Bolumburu Pin en RDJ 63 (1966) 2.3, 105-109.

Judicial (Unión Europea) TJCE

Suiker Unie y otros.

Ferriere San Carlo.

Estel

Hoffman-La Roche.

Administrativa CGR

81.058 de 1974.

45.905 de 1976.

88.303 de 1976.

16.141 de 1977.

20.991 de 1984.

25.961 de 2000.

3.858 de 2001.

6.926 de 2001.

38.075 de 2002.

La participación ciudadana y el derecho de asociación en la Ley N° 20.500 de 2011[1]

Hugo Rosende Álvarez
Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Nicolás Enteiche Rosales
Profesor investigador
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo.

Resumen: El presente artículo define el concepto de *participación*, vinculado con el derecho de asociación, desde una preceptiva constitucional, mediante un análisis jurídico del antedicho término. En seguida, procura analizar en forma sistemática y pedagógica las múltiples modificaciones que tienen lugar por la Ley N° 20.500, entre ellas al Código Civil. Se inserta, luego, una tabla comparativa que ilustra los cambios introducidos a este último cuerpo normativo. Finalmente, se indican las conclusiones del estudio.

***

1. Introducción

En la Constitución Política de la República de 1980, la injerencia de los ciudadanos en la vida pública no está limitada a los actos de elección popular de Presidente de la República, diputados y senadores o alcaldes y concejales.

La Carta Política aspira a que los ciudadanos intervengan organizadamente en los asuntos de interés general para cuyo efecto contempla el mecanismo del plebiscito, reservando al ámbito de la ley otras formas de *participación* en la vida pública, ya sea en el orden nacional, regional o comunal. Entre ellas se inserta el derecho de asociación contemplado en la Ley N° 20.500, sobre asociaciones y *participación* ciudadana en la gestión pública (en adelante, indistintamente "ley modificatoria" o la "Ley N° 20.500"), sin perjuicio del pleno respeto de otras organizaciones establecidas en leyes especiales, como, por ejemplo, las juntas de vecinos.

[1] Agradecemos a la ayudante de la Dirección de Investigación, Srta. Paula Bagioli Coloma, por su valiosa colaboración en el examen de las fuentes bibliográficas de este trabajo y en la preparación de los cuadros comparativos de la legislación vigente bajo el Código Civil sobre personas jurídicas y las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.500.

En este artículo se analiza y define el concepto de *participación*, con el fin de aclarar sus bases constitucionales y los aspectos jurídicos relevantes que le conciernen, todo ello con motivo de la dictación de la Ley N° 20.500, que modifica el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil.

Se debe precisar, desde luego, que el estudio se limita al análisis de la *participación* en las decisiones públicas que inciden o afectan la vida de las personas en sus derechos e intereses. De ahí que sean materias ajenas a este trabajo las relativas a la *participación* política-representativa, esto es, acerca de la forma de elegir autoridades públicas u órganos, así como la *participación* en el Derecho Internacional[2], y el estudio de las vías procedimentales a través de las cuales tiene lugar la *participación*.

Se estructura este artículo, primeramente, delimitando el concepto en estudio, luego se describe la Ley N° 20.500, y los cambios que ella introduce, concluyendo con nuestra opinión en cuanto a la plausibilidad de los cambios que esa ley ha producido en el ordenamiento jurídico interno.

2. Participación, en cuanto a las decisiones públicas[3]

En Derecho, es relevante la pregunta sobre el real sentido y alcance de los conceptos, normas jurídicas e instituciones en general. Lo expuesto tiene especial importancia porque las normas jurídicas, que son generales y abstractas, van descendiendo a través de un proceso de concreción y de validez derivada, respetando el principio de coherencia (lógica, axiológica o teleológica, orgánica y jurisprudencial) a transformarse en disposiciones particulares y concretas, denominadas reglas, que son en definitiva las que se aplican cotidianamente en las relaciones jurídicas intersubjetivas.[4] De lo expuesto, se infiere que de una adecuada interpretación de los conceptos, instituciones y normas jurídicas podrá fluir una regla que satisfaga la finalidad del cuerpo normativo y se aplique con ese alcance auténtico a la realidad o cotidianeidad.

El concepto de *participación*, vinculado con la decisión de la autoridad pública, es, tanto en Derecho Público como en Derecho Privado, un elemento jurídicamente trascendente. Así, el constituyente y el legislador lo han establecido de forma expresa. Aunque hallamos la palabra *participación* en múltiples normas

[2] En cuanto al Derecho a la *Participación* Política y su contenido en el Derecho Internacional, DIAZ DE VALDÉS (2010), pp. 83-124.

[3] Agradecemos al profesor Iván Aróstica Maldonado por sus ideas y comentarios relativos al concepto *participación*.

[4] Cfr. RODRÍGUEZ (2006) (2001) (1999) (1995)

de rango infraconstitucional, su alcance es diverso, siendo éste determinado casuísticamente por la finalidad de la ley específica[5].

Así, a modo de ejemplo, existen mecanismos de *participación* que son de rango legal, tales como los previstos en la Ley N° 19.253, sobre *Pueblos Indígenas*[6], complementados por el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo[7]; o en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente[8], relativos a la *participación en el sistema normativo ambiental*; o en el DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido de La Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional[9], en materia de *participación regional*, entre otras[10].

También hay reglas de rango infralegal, como las denominadas "*normas de carácter general de participación ciudadana*" dictadas por jefes de servicios públicos, en cumplimiento de un Instructivo Presidencial[11]. Estas disposiciones intentan explicar la forma en que un servicio específico se relacionará con la ciudadanía. En este sentido, se pueden citar la Resolución N° 3230, del Ministerio de Educación[12]; la Resolución N° 3, de la Dirección Nacional del Servicio Civil[13], o la Resolución N° 6, de la Comisión Chilena del Cobre[14]; entre otras. También es posible encontrar mandatos edilicios, tales como las "*ordenanzas de participación ciudadana*", dictadas por ciertos alcaldes de diversas comunas,

---

[5] Así encontramos que las diversas normas que se refieren al concepto de participación no son uniformes, DE LA MAZA (2009), p. 22.

[6] Dentro del Título V, "*Sobre la participación*", el artículo 34, inciso primero, establece que "*Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley*". En similar sentido, abordan la participación los artículos 35, 39 inciso primero, 46 letra c), y 74 letra a).

[7] Decreto 236, promulga el Convenio 169, "*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo*". Este instrumento, alude a la participación en el artículo 2°, N° 1: "*Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*", como también en los artículos 5 letra c), 7 N° 2, 22 N°s 1 y 2, 23 N° 1, y 27 N° 2.

[8] El artículo 4°, inciso primero, señala que "*Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente*". Además comprende, en su Párrafo 3°, Título II, la "*Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental*"; por otra parte, respecto a otros aspectos relativos a la *participación* se refieren los artículos 32 y 44, 54, y 70 letra d), entre otros.

[9] El artículo 14, inciso segundo, afirma que la Administración Regional, sometida al Gobierno Regional habrá de fundarse, entre otros, en el principio de *"(...) la efectiva participación de la comunidad regional (...)"*.

[10] Véase punto 3.1.3.

[11] El Instructivo Presidencial N° 008, de 27 de agosto de 2008, sobre "*participación ciudadana en la gestión pública*", este acto administrativo es la principal motivación de otros con carácter general, pero acotados al fin de cada servicio público, pues según su punto 6° es "*un deber para cada órgano de la Administración del Estado (...) establecer una norma general de participación. Ésta debe contemplar la forma en que las personas pueden incidir en el desarrollo de las políticas públicas que son de su competencia*".

[12] De 15 de abril de 2009.

[13] De 22 de mayo de 2009.

[14] De 16 de junio de 2009.

el ejercicio de las facultades contempladas en el inciso 1° del artículo 93 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades[15]. Estas ordenanzas poseen el mismo fin que las anteriores normas de carácter general, aplicadas ahora a las "*características singulares de la comuna*"[16].

Por la multiplicidad de fuentes descritas, estimamos imperativo para entender el sentido de la *participación*, apreciarlo desde la Constitución Política de la República, indagando sus bases normativas y conceptuales. A estos respectos, el estudio se dividirá en torno a las siguientes interrogantes (2.1) ¿qué es la *participación*? (2.2); ¿porqué se participa? (2.3); ¿quién participa?, y (2.4) ¿cómo se participa? (2.5). Se concluirá entregando nuestra opinión sobre las materias planteadas.

2.1 ¿Qué es la participación?

La *participación* es la "acción y efecto de participar", o vía por la que se "toma parte en algo"[17], ella emana de la propia Constitución Política de la República.

En la Constitución patria se distinguen dos fuentes del concepto de *participación*; una directa, que se encuentra en el artículo 1°, inciso quinto, y otra indirecta consagrada en la parte primera del inciso cuarto de su artículo 1°. La primera de estas normas establece que "*es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y* ***asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional***" (énfasis agregado). La segunda disposición citada prescribe que "*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común* (...)".

Estos preceptos, vinculantes en toda decisión, de cualquier autoridad, indican que la satisfacción de las necesidades públicas posee un necesario complemento, cual es la consideración de los sujetos destinatarios de éstas[18].

[15] La Ley N° 19.602, que incorporó a la Ley N° 18.695, mediante el ARTÍCULO 1° N° 44, el Título IV "*de la Participación Ciudadana*", dentro del cual, el artículo citado, señala "*Cada municipalidad deberá establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio comunal, la localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, la conformación etárea de la población y cualquier otro elemento que, en opinión de la municipalidad, requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna y que al municipio le interese relevar para efectos de su incorporación en la discusión y definición de las orientaciones que deben regir la administración comunal*".

[16] Para observar más casos de normas particulares relativas al tema, puede consultarse la base de datos con normativa vigente de la Biblioteca del Congreso Nacional www.bcn.cl

[17] RAE (2001) p. 1687, en el mismo sentido BULNES y VERDUGO (2008), p. 90.

[18] Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 47ª, especialmente, p. 10.

Estimamos que la *participación* se justifica por la necesidad que tiene la autoridad de ***conocer aquellos hechos***, que sean relevantes y concernientes a las necesidades del público en general y las personas en particular. Así, pues, una decisión pública siempre debe considerar múltiples elementos de juicio, de cuyo conocimiento se desprenderá la razón por la cual actúa el Estado o prescinde de una acción determinada. De esta manera, la actuación u omisión del Estado o de la autoridad tendrá siempre una justificación en aras de la necesidad que se procura satisfacer y no será arbitraria en caso alguno.

En razón de lo expuesto, por la *participación* se incorpora a los miembros de la comunidad, dentro del proceso cognitivo de un órgano estatal competente, a fin de que este adopte una decisión acertada sobre una materia de relevancia social.

2.2 ¿Por qué se participa?

La autoridad debe conocer y entender la realidad a través de todos los datos, oficiales o no, a los que pueda acceder, auscultando incluso aquellos emanados de particulares, a fin de adoptar una decisión útil para el bienestar general y referido a la materia sometida a su consideración.

El órgano llamado a decidir sobre algún tópico determinado deberá conocer las necesidades de las personas para poder satisfacerlas, y para cumplir su cometido adquiere interés la participación ciudadana en razón del contenido de la información que se requiere. Esta misión de la autoridad aparece expresamente recogida en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Es un hecho indiscutible que no siempre el Estado se encuentra en condiciones de recopilar por sí mismo la información necesaria para saber de las necesidades de las personas. De allí que deba confiar en los antecedentes que aporten las personas que se verán afectadas por la decisión de la autoridad, para que de este modo reúna los elementos de juicio suficientes o datos relevantes para una acertada resolución.

Luego de escuchadas las personas interesadas mediante el respectivo mecanismo de *participación*, la autoridad estudiará la hipótesis jurídica y el contenido de la actuación del órgano, lo que dependerá de la calificación que se haga de los elementos de juicio o datos, ya delimitados y valorados.

La autoridad competente podrá discrecionalmente desechar la información impertinente, siempre que fundamente suficientemente el acto desestimatorio. Así, es posible apreciar que el fundamento de la *participación* no está relacionado con el documento que le sirve de continente a su manifestación –estudio,

informe, encuestas–, sino con su utilidad, en relación a un objeto específico, el conocimiento de la realidad para un caso preciso y concreto.

Por consiguiente, la *participación* no está llamada a constituirse en un factor que sea único y determinante para adoptar una decisión, sino para servir de un elemento de juicio para la autoridad dentro de los elementos que debe considerar en el ejercicio de su competencia administrativa.

Cronológicamente, en un primer momento, el órgano evalúa el contexto en el cual deberá optar una decisión, para lo cual recurrirá a los datos que se encuentran disponibles, pero sin decidir si actuará o no. Es en esta instancia en la que tiene cabida la *participación*. En una segunda fase, la autoridad habiendo constatado la necesidad que se debe satisfacer la contrastará con la hipótesis normativa que la legitima, y en tal momento procederá a actuar o lisa y llanamente omitirá toda actuación administrativa. Una vez que el órgano decida implementar una decisión (en un sentido positivo o negativo), dejará constancia de la *participación* en los considerandos del acto decisorio o de voluntad de la autoridad.

De cuanto se ha expuesto, se advierte que el origen del concepto *participación* está indisolublemente unido a una ***forma de conocimiento de suficientes y pertinentes hechos, por los órganos públicos competentes para decidir***.

2.3 ¿Quién participa?

Toda persona, individualmente o asociada

La titularidad de la *participación* no aparece especificada por la Constitución[19]. El constituyente ha privilegiado siempre a la persona, tanto en su singularidad como en su condición de ser social. En razón de esto último, la Carta Política consagra el principio de subsidiariedad del Estado, propiciando los grados de vinculación de los individuos con miras al bien común, y facilitando y haciendo más expedita la *participación* de ellos en la vida social. Por este motivo, se reconoce el derecho de asociarse sin permiso ni autorización previa, como lo consigna el inciso tercero del artículo 1°, en relación con el inciso primero del N° 15 del artículo 19, ambos de la Carta Fundamental.

[19] Tampoco se vislumbra un criterio claro de la doctrina, ya que las distinciones y subdistinciones, respecto de los distintos grados de *participación*, en razón de la específica materia, no permiten sistematizar un criterio. Por otra parte, es unánime en la dogmática enunciar las características de la *participación*, cuales son su continuidad, viveza y eficacia; o bien el deber del Estado de robustecer la *participación* SILVA BASCUÑAN (1997), pp. 76-78; ERRÁZURIZ (1983), pp. 29-30.

çDe aquí que cobre relevancia el concepto de *asociación*, concebido como un derecho que ilustra la forma en que el constituyente estructuró la *participación* de los grupos o colectividades en las decisiones públicas. El espíritu de la Carta Fundamental es claro, en orden a que toda persona, sea individualmente o asociada (en este último caso, unida voluntaria y permanentemente), está facultada para intervenir en el proceso de toma de decisiones de la autoridad, en el ejercicio de competencias que satisfagan necesidades públicas. Se ha preferido, con todo, vincular más propiamente la *participación* con *asociación, porque en este último caso aquella es más representativa que mediante la actuación individual de las personas.* Por otro lado, el derecho de reunión queda relegado a un papel secundario en relación con la *participación*, pues ese derecho a reunirse sin autorización previa conlleva un lazo precario y eventual, sin un fin estable en común.

El interés para participar

La Constitución Política de la República posee elementos suficientes para especificar quién podrá aportar datos relevantes y útiles para la autoridad en su toma de decisiones.

En primer lugar, siempre que la Carta utiliza la expresión *participación*, lo hace condicionando territorialmente la legitimidad de los participantes[20]. Por otra parte, los elementos que determinan el interés son de naturaleza patrimonial –artículo 19 N° 24 de la Constitución–, o relativo a la integridad física o síquica de los integrantes de una asociación, –artículo 19 N° 1, de la CPR–, o bien del particular que entregará la información, respectivamente. Con todo, la ley también podrá establecer expresamente excepciones a la territorialidad, o al tipo de interés requerido, siempre que no contraríe lo dispuesto en el ordenamiento constitucional.

Ahora bien, ¿qué asociación o persona debiese participar? ¿cómo especificar, aún más, al sujeto de *participación*? Para dar respuesta a esta interrogante, el artículo 21 de la Ley N° 19.880, sobre "Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado", entrega criterios útiles sobre el particular.

La norma citada, general y supletoria, ofrece una respuesta a lo planteado, al especificar quién puede participar en un procedimiento administrativo (N°s 1 al 3 del artículo 21). La legitimidad de la *participación* dependerá de que las asociaciones o personas "(...) *promuevan como titulares derechos o intereses*

[20] Condicional, en la participación regional, a que el Consejo haga efectiva ésta de la "ciudadanía regional" (artículo 113, inciso segundo, CPR); de igual forma condicional, en la *participación* comunal a que el Concejo haga efectiva ésta de la "comunidad local" (artículo 119, inciso segundo, CPR).

individuales o colectivos", o "(...) *tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión (...)*", o "(...) *cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución (...)*"[21-22-23].

Pero ¿qué clase de interés o derecho debiese tener la asociación o persona que pretenda participar? En nuestra opinión, ese interés o derecho debe ser afectar los atributos de la personalidad en su esfera patrimonial o extrapatrimonial, y por lo mismo, debe ser concreto y no meramente difuso.

Por tanto, la *participación* se estructura sólo con los hechos que den cuenta las asociaciones o personas siempre que ellas puedan, al menos, verse afectadas en sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales. Así, *participación* significará ***una forma de conocimiento de suficientes hechos, por los órganos públicos competentes para decidir, entregados por asociaciones o personas, que posean un interés concreto en la cuestión objeto de la decisión***.

2.4. ¿Cómo se participa?

Por regla general, no hay procedimiento establecido en la Constitución Política para la participación. Tampoco existen definiciones sobre los efectos vinculantes de la participación.

Cabe señalar, como está dicho, que no existe una vía constitucional específica a través de la cual se lleve a cabo la *participación*. Ello hace que al existir múltiples órganos del Estado, depositarios de diversas competencias, los procedimientos participativos quedan entregados a cada una de las leyes que regulan las respectivas materias objeto de la *participación*. ***Excepción***

[21] Así la existencia de un derecho o interés y la afectación o incidencia de la decisión de la Administración del Estado, son los parámetros que determinan al sujeto activo en un procedimiento administrativo.

[22] En cuanto al concepto de interés, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, en materia de Derecho Público, no es clara en definir, precisamente, quien está "interesado" en un asunto. Así, en materia de Nulidad de Derecho Público, se ha definido la legitimación activa en el Derecho Procesal Administrativo, como "una situación jurídica subjetiva derivada de la relación jurídica que se establece entre un sujeto de derecho y la Administración Pública con ocasión de un acto administrativo, por ser dicho sujeto de derecho el destinatario del acto o por encontrarse en una particular situación de hecho frente a la conducta de la Administración, que hace que el ordenamiento jurídico proteja particularmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa" CORTE SUPREMA (2009) rol N° 3011-2006, considerando decimotercero. Se agrega, al rechazar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que el interesado en un procedimiento administrativo corresponde "no sólo a los que promuevan una acción como titular de derechos o intereses individuales o colectivos, sino también a los que sin haber iniciado el procedimiento tienen derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte" CORTE SUPREMA (2005) rol N° 392-2005, considerando séptimo.

[23] Relevante resulta una sentencia –acción de inaplicabilidad, respecto del artículo 13, de la Ley N° 18.575– del Tribunal Constitucional. Este fallo aborda, desde una perspectiva doctrinaria, el concepto "interés legítimo" frente a la expresión "los derechos de las personas", concluyendo que el primero está comprendido en el segundo TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) rol N° 634, considerandos decimosexto a vigesimosegundo.

Son excepciones al vacío constitucional sobre vías de *participación* y la fuerza obligatoria del resultado de ésta para el órgano decisor, las siguientes: el Título de "*Gobierno y Administración Comunal*" (artículos 116 a 122), dentro del Capítulo XIV "*Gobierno y Administración Interior del Estado*". Así, los incisos segundo y sexto del artículo 118 de la Constitución estructuran un procedimiento de *participación* de los "ciudadanos" –habitantes del espacio territorial– a través de una consulta no vinculante o un plebiscito[24]. De igual forma, la Constitución, en el inciso sexto del artículo 118, si bien no señala un efecto determinado a la *participación*, deriva éste a la ley[25]. A su turno, el artículo 101, inciso tercero, de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades, trata la obligatoriedad del resultado del procedimiento de consulta para el órgano decisor, en caso de que voten más del 50% de los residentes de la comuna[26].

Lo expuesto no hace más que confirmar la necesidad de que el legislador deba elaborar normas específicas que den lugar a la *participación*, a fin de tener mayor claridad jurídica de las vías existentes a tal fin y de los efectos vinculantes o no de ese proceso participativo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la inexistencia de normas legales sobre estos aspectos no debería petrificar las disposiciones constitucionales. Por esta razón, pensamos que siempre será participar en los procesos de toma de decisiones por la autoridad, pero con las limitaciones antes señaladas.

2.5 Nuestra opinión.

a) Todo órgano administrativo está en la necesidad de decidir, pues posee competencias que son un poder/deber que tienen como finalidad satisfacer una necesidad pública de las personas.

b) Antes de dictaminar, el órgano habrá de recolectar y recopilar los elementos de juicio suficientes a fin de entender y calificar la necesidad existente que se pretende satisfacer. Para tales efectos, la autoridad podrá establecer la vía y la manera en que podrá operar en la *participación*, a fin de adoptar una ulterior decisión sobre la materia comprometida.

c) La *participación* es, pues, una respuesta que el conjunto social, debidamente organizado, da a la autoridad, aportándole todos los antecedentes útiles y

[24] La Ley N° 20.500 sustituyó el artículo 99 de la Ley N° 18.695, relativo a los requisitos a que está sujeto el alcalde para someter una materia a plebiscito.

[25] *"Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos".*

[26] *"Los resultados del plebiscito serán vinculantes para la autoridad municipal, siempre que vote en él más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna".*

pertinentes a la decisión administrativa, sin que se excluya la intervención individual.

d) Para hacer valer la *participación*, no se requiere que la ley o un reglamento especifique la forma o vía de consulta y respuesta. Los miembros de la sociedad participan en esta etapa, de manera individual o bien mediante asociaciones en ejercicio de derechos constitucionales y del principio de subsidiariedad.

e) La *participación* es voluntaria y no vinculatoria para la autoridad, quedando esta última en libertad para acoger o desechar antecedentes y opiniones de las personas sobre la materia de la consulta, salvo disposición legal en contrario.

f) Definimos la *participación* como ***una forma de conocimiento por parte de los órganos públicos competentes de hechos suficientes y relevantes, para adoptar una decisión de interés nacional, regional o comunal, proporcionados por asociaciones o personas que posean un interés concreto en la cuestión objeto de la decisión, exista o no una vía procedimental determinada a este efecto.***

3. La Ley N° 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública

Analizaremos los aspectos más relevantes de treinta y ocho artículos, y cinco disposiciones transitorias, por las que el legislador chileno innovó en materia de la *participación* y asociación, al incorporar (3.1) modificaciones generales, (3.2) y modificaciones a las normas del Código Civil.

Cabe señalar, en este punto, que el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 1868 de 2011 (en adelante, "sentencia rol N° 1868") efectuó el control preventivo de constitucionalidad, a que está llamado en razón del artículo 93 N° 1 de la CPR, si bien el entonces proyecto de ley no fue reparado por esa magistratura, aludiremos a los votos disidentes, en lo pertinente[27].

3.1 Modificaciones generales

En este punto, revisaremos la (3.1.1) ratificación de los mandatos constitucionales relativos al Derecho de Asociación; (3.1.2) la creación de las "*Organizaciones de Interés Público*" y un "*Fondo de Fortalecimiento*" en su beneficio; y la (3.1.3) incorporación expresa del principio de *participación* en múltiples

[27] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011) rol N° 1868.

normas generales, además de la creación de los consejos de organizaciones de la sociedad civil.

3.1.1 Concreción de los artículos 19 N° 15, en relación al artículo 1° inciso tercero de la CPR

La Ley N° 20.500 replica en sus artículos 1° a 7°[28], casi en su totalidad, los incisos primero a cuarto del artículo 19 N° 15, y el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, en cuanto al papel y función de los grupos intermedios de la sociedad.

En lo que concierne a la relación entre los grupos intermedios y el Estado, relativa al derecho de asociarse, sostenemos que ésta ni ninguna otra ley podría alterar el sentido de las disposiciones constitucionales. En otras palabras, esta ley no puede condicionar el ejercicio del derecho constitucional de asociación, ya reconocido por la Carta Fundamental, porque no es posible que una norma de inferior jerarquía desconozca una norma de rango superior.[29]

De conformidad a lo anterior, el cuerpo normativo en análisis, respetuoso de los preceptos constitucionales que no puede alterar, ratifica el contenido constitucional, entre otros, del artículo 1°, inciso primero, que establece: "*todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos (...)*".

El artículo 2°, en sus incisos primero y segundo, ratifica el papel del Estado en su relación con los grupos intermedios, al delimitar expresamente la labor estatal a *promover y apoyar las iniciativas de asociaciones dentro de la sociedad civil*, respetando su plena autonomía y consagrando de forma expresa la prohibición de "*adoptar medidas que interfieran en su vida interna*".

Los artículos 5°[30] y 7°[31] de la ley modificatoria especifican que el ámbito de aplicación de sus normas está limitado al ejercicio de los derechos asociativos,

[28] Título Primero "*De las asociaciones sin fines de lucro*", Párrafo I "*Del Derecho de Asociación*".

[29] A modo de ejemplo, el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 19.296, que "*establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado*", prohíbe constituir asociaciones dentro de "*las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos*". Lo anterior no impide que estos funcionarios, al amparo del artículo 19 N° 15, se asocien "sin permiso previo". En este caso la asociación no tendrá reconocimiento mediante una persona jurídica, sino que a través del propio derecho que se le reconoce por la Carta a los integrantes, cual es conformar una agrupación con un fin común, estable y lícito.

[30] "*Las asociaciones se constituirán y adquirirán personalidad jurídica conforme al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales*".

[31] "*Podrán constituirse libremente agrupaciones que no gocen de personalidad jurídica. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 549 del Código Civil, en procura de los fines de tales agrupaciones podrán actuar otras personas, jurídicas o naturales, quienes responderán ante terceros de las obligaciones contraídas en interés de los fines de la agrupación*".

en su vertiente patrimonial[32-33]. Así, la constitución y adquisición de personalidad jurídica tendrá que ver con las modificaciones al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, quedando a salvo las asociaciones constituidas conforme a leyes especiales[34].

Por último, el artículo 6°[35] posibilita a las asociaciones crear uniones o federaciones, y a éstas les es permitido formar confederaciones. Todo ello es indicativo del interés del legislador de reforzar la asociación entre particulares.

3.1.2 De las organizaciones de interés público y el fondo de fortalecimiento de éstas

La ley modificatoria, en su Título II, incorpora una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico, esto es, las (a) "*organizaciones de interés público*", y (b) además las promueve, al crear un mecanismo de financiamiento de sus actividades, a cargo del "*Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público*".

a) Organizaciones de interés público

Esta nueva clase de personas jurídicas se compone de dos subtipos, las que poseen esta calidad por disposición de la Ley N° 20.500, y aquellas que soliciten poseer tal carácter, atendidos los fines que persiguen. Ambas categorías deberán estar inscritas en un "*Catastro de Organizaciones de Interés Público*" (en adelante "el Catastro").

[32] Así lo señala Alejandro Silva Bascuñan, quien afirma "(...) la personalidad jurídica no es un elemento que pueda confundirse conceptualmente, en su esencia con la realidad de existencia de la asociación. Este es un hecho humano que queda al margen de todo estatuto puramente legal. No hay por qué confundir una y otra cosa, porque la personalidad jurídica, en verdad, es el acceso, en el fondo, da cierta forma de asociación que da algunas garantías para llegar a moverse en el orden patrimonial, pero, al margen de éste, hay una serie de aspectos de carácter general, moral, intelectual, cultural, etcétera, que pueden no traducirse estrictamente en movimientos jurídicos con trascendencia patrimonial y, por lo tanto, debe consagrarse, entonces, la diferencia entre una y otra fase o aspecto", en Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, Sesión N° 127, 5 de junio de 1975, pp. 15 y 16.

[33] El Mensaje de la Ley N° 20.500 indica "(...) con el presente proyecto de ley se pretende superar el vacío en que se encuentra la actual normativa legal que regula el ejercicio de la libertad de asociación y la precaria institucionalidad que confiere a estas el derecho común, particularmente en lo que se refiere al cumplimiento de sus fines específicos y la posibilidad de acceder a recursos públicos para el financiamiento de sus múltiples iniciativas" (boletín N° 3562-06, Mensaje Presidencial, 8 de junio de 2004, páginas 5 y 6).

[34] Al contrario, en la Constitución de 1925 fue ésta la que regulaba la concesión de personalidad jurídica a las corporaciones, el artículo 72, N° 11, otorgaba la competencia al Presidente de la República de "(...) *conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, y cancelarlas; aprobar los estatutos por que deban regirse, rechazarlos y aceptar modificaciones*". La CPR de 1980 optó por eliminar la facultad presidencial, ya que la ley debía tratar el punto.

[35] *"Las asociaciones podrán constituir uniones o federaciones, cumpliendo los requisitos que dispongan sus estatutos y aquellos que la ley exige para la constitución de las asociaciones. En las mismas condiciones, las federaciones podrán constituir confederaciones".*

Son organizaciones de interés público las que tengan como finalidad "(...)*la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado (...)*"[36-37]. De esta forma, el fin de la persona jurídica determina su clasificación como de interés público o meramente privado.

Una primera especie de organización de interés público es aquella a que la ley ordena que tenga tal carácter, estas son las "(...) *organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales constituidas conforme a la ley N° 19.418 y las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la ley 19.253*"[38]. Estas entidades son consideradas de interés público, de pleno derecho, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.500, y poseerán, por una ficción legal, la finalidad y carácter antes descrito[39].

Una segunda especie de organizaciones de interés público está conformada por las personas jurídicas sin fines de lucro, que declaren poseer la finalidad de promoción del interés público, en las materias antes descritas[40].

Todas las anteriores organizaciones deberán estar inscritas en un catastro creado al efecto, que formará el Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público[41], que tendrá el carácter de público y gratuito para su consulta[42]. El trámite de inscripción en el Catastro, en cuanto a la primera especie de organizaciones de interés público, se hará de oficio; por la segunda, previa solicitud de la persona jurídica interesada[43].

Es importante aclarar que este Catastro es absolutamente diverso al Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro[44]. Así, en el primer sistema registral sólo se incorporan aquellas personas jurídicas que tengan "interés público", estando a cargo del Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público; en el segundo, se incorpora a las

[36] Artículo 15, inciso primero, Ley N° 20.500.
[37] También se les caracterizó como organizaciones que tienen una "*finalidad social y pública relevante*" (boletín N° 3562-06, Mensaje Presidencial, 8 de junio de 2004, p. 4).
[38] Artículo 15, inciso segundo, Ley N° 20.500.
[39] El fundamento de esta ficción es incentivar la *participación* de estas personas jurídicas, proporcionándoles herramientas para poder cumplir sus fines, en beneficio de toda la comunidad. Así se señaló por representantes del Ejecutivo: "(...) *lo que singulariza a estas asociaciones, aparte de no tener fines de lucro, es que realizan una labor que va en beneficio directo de la comunidad, es decir, que trasciende a los integrantes de aquéllas*" (boletín N° 3562-06, Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, Primer Informe de Comisión de Gobierno, noviembre de 2006, p. 72).
[40] Artículo 15, inciso tercero, Ley N° 20.500.
[41] Artículo 16, inciso primero, Ley N° 20.500.
[42] Artículo 16, inciso segundo, Ley N° 20.500.
[43] Artículos 15, incisos 2° y 3°, Ley N° 20.500.
[44] Título I, Párrafo 2°, "*Del Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro*", desde el artículo 8° al 14.

"*personas jurídicas sin fines de lucro*"[45], a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

b) Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público

En cumplimiento de los mandatos constitucionales del aseguramiento, tanto de la autonomía de los grupos intermedios, cuanto de la *participación* de la población en igualdad de oportunidades, la ley modificatoria pretende incentivar económicamente a las organizaciones de interés público[46]. Para esto, el Título III de la Ley N° 20.500 creó el "*Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público* (en adelante, "el Fondo"), éste se estructura sobre una singular organización orgánica, y posee atribuciones propias de un Ministerio.

b.1) Composición del Fondo

El Fondo[47] es un conjunto de "aportes"[48], sin personalidad jurídica, coordinado con un Ministerio, sin depender de él, por lo que no es un servicio público[49]. De lo anterior se puede concluir que este Fondo integra la Administración centralizada del Estado, y los actos que se le imputen se atribuyen al Fisco de Chile.

Sin embargo, el Fondo no se encuentra comprendido dentro de la estructura jerárquica de los órganos centralizados que actúan bajo la esfera del Estado (desde el Presidente de la República hasta los servicios públicos centralizados).

El Consejo Nacional estará integrado por diversos subsecretarios; miembros designados por el Ejecutivo, con acuerdo del Poder Legislativo; y "representantes" de personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, siempre que posean interés público[50]. A su vez, el Consejo Regional estará integrado por dos Secretarios Regionales Ministeriales; dos "miembros" designados por el Intendente; y "representantes" de las ya mencionadas personas jurídicas de derecho privado[51].

[45] Artículo 8°, inciso primero, Ley N° 20.500.

[46] Así, se genera una discriminación para con aquellas organizaciones que teniendo una finalidad de interés público no estén inscritas en el catastro, o bien lisa y llanamente, no tengan tal fin.

[47] Artículo 21, Ley N° 20.500.

[48] Cantidades indeterminadas de dinero provenientes indistintamente de la asignación anual de la Ley de Presupuestos, y donaciones de personas jurídicas de Derecho Privado.

[49] Su naturaleza jurídica es más cercana a un patrimonio afecto a un fin determinado, tal como el existente en el artículo 45, de la Ley N° 19.418, relativo al "Fondo de Desarrollo Vecinal", administrado por la respectiva municipalidad.

[50] Artículo 22, Ley N° 20.500.

[51] Un reglamento fijará el modo de selección de éstos en los respectivos Consejos. Esto fue objeto de una disidencia (ministros señores Fernández Baeza y Aróstica), en la sentencia del TC, al igual que la derivación a un reglamento de las "atribuciones" del Consejo Nacional (ministros señores Venegas –presidente–, Fernández Baeza, Navarro y Aróstica) y (ministros señores Fernández Baeza, Navarro y Aróstica) Regionales del Fondo.

Resulta llamativa la integración de personas jurídicas de derecho privado entre aquellas que componen un órgano estatal. Es más, el inciso segundo del artículo 22 de la ley modificatoria señala que el Presidente de la República deberá elegir al presidente del Consejo Nacional de entre aquellas. Así, una autoridad –por ejemplo, un Subsecretario– quedará bajo la "jerarquía" de una persona que ni siquiera es funcionario público. Similar situación acontece en el caso del Consejo Regional.

Lo anterior nos parece violatorio del artículo 33 de la Constitución, en relación al artículo 22, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, pues además de la confusión jurídica entre las competencias y el sentido de la organización administrativa constitucional chilena, existiría un sometimiento de las autoridades superiores del país a otras inferiores, alterándose el principio de la jerarquía de los órganos administrativos centralizados, sin justificación calificada[52].

b.2) Atribuciones de los órganos que integran el Fondo[53]

Los órganos que integran el Fondo entregarán recursos a las organizaciones de interés público, al adjudicarles proyectos y recursos, nacionales o regionales, respectivamente[54].

Dos son los motivos que permiten afirmar que el Fondo podría adolecer de un vicio de inconstitucionalidad. En primer lugar, la función de asignación de fondos se deberá someter, en general, a las bases y requisitos fijados anualmente por el Consejo Nacional, y en particular a los criterios y prioridades, en razón del territorio, calificados por el respectivo Consejo Regional; por otra parte, el mismo Consejo Nacional *fijará* cuotas de recursos para todo proyecto[55].

En idéntico sentido, y en segundo lugar, la ley modificatoria relega al Ministerio Secretaría General de la Presidencia a una función de ejecución de los acuerdos de los Consejos[56].

[52] Esto fue desarrollado en una disidencia (ministros señores Fernández Baeza y Aróstica), en la sentencia del TC.

[53] Además de la reglamentación legal, en razón del artículo 30 de la Ley N° 20.500, un reglamento fijará el funcionamiento del Fondo.

[54] Artículos 26 letra b) y 27 letra b), Ley N° 20.500.

[55] Artículo 21, inciso tercero, Ley N° 20.500. Este artículo fue objeto de una disidencia (ministros señores Venegas –presidente–, Fernández Baeza y Aróstica) en la sentencia del TC, pues en su virtud se trasladan funciones propias de un Ministerio al Consejo Nacional en cuanto a la distribución de recursos públicos.

[56] Artículo 29, inciso primero, Ley N° 20.500.

3.1.3 Incorporación del principio de participación en diversos cuerpos legales

La ley modificatoria, en su Título IV, alteró cuatro cuerpos legales[57] que versan sobre organismos descentralizados y centralizados de la Administración del Estado; la Ley N° 18.593, sobre Tribunales Electorales Regionales, y la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias.

En lo relevante, las alteraciones a estos cuerpos legales implican (a) establecer el principio de la "*participación ciudadana*" para la Administración del Estado[58], (b) y la creación de los consejos de organizaciones de la sociedad civil.

a) El principio de la participación ciudadana en la gestión pública

Si bien el principio de la *participación* ya estaba consagrado en la Constitución, y algunos otros cuerpos legales e incluso infrarreglamentarios[59], con anterioridad al cambio producido por esta ley, la incorporación como principio de la *participación* a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y de un nuevo título, aparecen como un cambio relevante en materia de Derecho Público.

Dicho cambio relevante obedece al establecimiento de la expresa obligatoriedad, para todo organismo de la Administración del Estado, de atender al principio de "*participación ciudadana en la gestión pública*" (incorporado al nuevo artículo 3° inciso segundo de la Ley N° 18.575).

Ilustra el espíritu de este principio el nuevo Título VI, denominado "*participación ciudadana en la gestión pública*". En este apartado se destacan dos elementos, a saber: el primero, se ratifica el hecho que la *participación* sólo se refiere a la información de aquellos ciudadanos interesados, de carácter no vinculante[60] [61];

[57] Se modifica la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Ley N° 18.695 o DFL N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias; Ley N° 19.032, del Ministerio Secretaría General de Gobierno; DFL N° 1, de 1992, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que modifica la organización del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

[58] No se les aplica el Título VI, ni –creemos– el principio de participación, en razón del nuevo artículo 75 inciso primero de la ley modificatoria, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley. Estos organismos podrán dictar sus propias normas de *participación*.

[59] Véase introducción.

[60] Ya que el nuevo artículo 73, inciso primero, de la ley modificatoria obliga a los organismos del Estado a "*señalar aquellas materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la* ***opinión de las personas***" (énfasis agregado), posteriormente, en el inciso tercero del mismo artículo, se afirma "*Las opiniones recogidas* ***serán evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo***" (énfasis agregado). Así pues, la *participación* no es una facultad decisoria de las personas o algún grupo de personas, al contrario, es únicamente un elemento de consulta de la primera etapa, por la que la Administración del Estado actuará u omitirá.

[61] De igual forma al crear los noveles "consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil", en

y el segundo, se obliga a la Administración a dar a conocer la forma a través de la cual las personas habrán de participar, dentro de sus competencias[62], en sus planes, políticas y programas[63-64].

b) Los consejos de organizaciones de la sociedad civil

Los nuevos artículos 74 de la Ley N° 18.575, y 94 de la Ley N° 18.695, ordenan crear los Consejos de Organizaciones de la Sociedad Civil, mediante los cuales se pretende hacer efectiva la vinculación entre grupos intermedios y el Estado.

En el caso de la Ley N° 18.575, estos consejos, de carácter meramente consultivo, carecen de una detallada reglamentación. El artículo 74 sólo afirma que "(...) *estarán conformados de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del órgano respectivo*".

A su vez, la Ley N° 18.695 reglamenta más detalladamente a los Consejos de Organizaciones Civiles, ahora de carácter comunal. Así, la ley modificatoria transforma a los antiguos "*consejos económicos sociales y comunales*" en los nuevos "*consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil*". Más allá de mantenerse los requisitos para ser consejero, y la estructura de este órgano asesor de la municipalidad se innova sobre algunas materias[65].

materia municipal, no se les otorga un carácter decisorio, sino consultivo o de mera opinión ante las decisiones de las autoridades comunales.

[62] Al revisar la normativa infralegal, en el punto II, podemos constatar que al día de hoy existen muchas de estas normas. Avizoramos un conflicto, ya que idénticas resoluciones fueron ya dictadas en razón de un "Instructivo presidencial", fuente competencial no idónea –debiendo ser por ley–, por lo que estos actos administrativos serían susceptibles de ser declarados nulos de Derecho Público; ¿podría estimarse a esta ley como una norma convalidatoria, pudiendo ampararse las resoluciones irregulares en ella para sustentar su validez? Estimamos que no, han de dictarse nuevos actos administrativos que se ajusten ahora a la norma que jurídicamente es la adecuada para hacerlo.
Distinto es el caso de las ordenanzas dictadas en razón del artículo 93 inciso primero de la Ley N° 18.695, que han de modificarse con ocasión del nuevo inciso segundo "(...) *la ordenanza deberá contener una mención del tipo de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas, como también las fechas o épocas en que habrán de efectuarse tales procesos. Asimismo, describirá los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación, entre los que podrán considerarse la elaboración de presupuestos participativos, consultas u otros*". Aquí solo basta una ordenanza modificatoria de la anterior, al haber sido las primeras emitidas en razón de una norma legal.

[63] El nuevo artículo 70, incisos primero y segundo, señala: "*Cada órgano de la Administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia. Las modalidades de participación que se establezcan deberán mantenerse actualizadas y publicarse a través de medios electrónicos u otros (...)*".

[64] Además, en el artículo 74 se impone la obligación a los organismos del Estado de "*establecer consejos de la sociedad civil,* ***de carácter consultivo*** *(...)*" (énfasis agregado). Analizaremos esto, por la letra b), dentro de este punto.

[65] Entre las relevantes, se podrá cambiar el destino de los bienes municipales, condicionando el acuerdo entre el alcalde y el concejo municipal al informe previo de los "consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil" (artículo 79, en la modificada letra k)); los "consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil" podrán solicitar el pronunciamiento e información al concejo municipal, respecto de "materias de relevancia local", y "acerca de la marcha y funcionamiento de la municipalidad", res-

En cuanto a las competencias del "*consejo económico social y comunal*", al igual que su predecesor, quedarán sujetas a un reglamento. Así, el artículo 94 en su nuevo inciso quinto somete la creación de las competencias de este órgano municipal a lo que señale un reglamento aprobado por el alcalde. Más allá del reparo de juridicidad, creemos que un reglamento, por más que sea elaborado sobre la base de un reglamento tipo "*propuesto por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo*", no da certeza jurídica en cuanto a la simetría de competencias entre consejos, en razón de los criterios que primen en cada una de las comunas.

3.2 Modificaciones de las normas del Código Civil sobre las personas jurídicas de derecho privado que no persiguen fines de lucro

A fin de dar a conocer de manera esquemática las modificaciones e innovaciones incorporadas al Código Civil por la Ley N° 20.500, se procederá a ilustrarlas mediante una tabla comparativa que contempla la situación vigente en el Código Civil antes de la Ley N° 20.500 y después de la vigencia de esta última.

pectivamente" (artículo 79, en las nuevas letras n) y ñ), respectivamente); la elección de los miembros de los "consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil" se hará por "las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional, y por las organizaciones de interés público de la comuna. Asimismo, y en un porcentaje no superior a la tercera parte del total de sus miembros, podrán integrarse a aquellos representantes de asociaciones gremiales y organizaciones sindicales, o de otras actividades relevantes para el desarrollo económico, social y cultural de la comuna" (artículo 94, en el nuevo inciso segundo); la periodicidad de sus reuniones será de "a lo menos cuatro veces por año bajo la presidencia del alcalde" (artículo 94, en el nuevo inciso cuarto); sus sesiones serán públicas (artículo 94, nuevo inciso séptimo), etc.

	Situación vigente con anterioridad a la Ley N° 20.500 de febrero de 2011[66]	Situación vigente con posterioridad a la Ley N° 20.500 de febrero de 2011[67]
	a) clases	
a.1 Categorías	Corporaciones y fundaciones de beneficencia pública (artículo 545, inciso segundo, CC), y otras personas jurídicas que participan de uno y otro carácter (artículo 545, inciso tercero, CC). Por otra parte, existen otras personas jurídicas que no tienen fines de lucro, creadas por leyes especiales, cuales son, a modo de ejemplo: las cooperativas[68], las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales[69], las asociaciones indígenas[70], y las asociaciones gremiales[71], etc.	Existen las corporaciones, también llamadas "asociaciones", las fundaciones de beneficencia pública (artículo 545, inciso segundo, CC), y otras personas jurídicas que participan de uno y otro carácter (artículo 545, inciso cuarto, CC). Las antedichas corporaciones/asociaciones pueden formar uniones o federaciones, y éstas, a su vez, pueden constituir confederaciones (artículo 6°, Ley N° 20.500)[72]. No se alteró el estatuto de las otras personas jurídicas que no tienen fines de lucro, con excepción de las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales; y asociaciones indígenas[73], a las que se les otorgó el carácter de organizaciones de interés público por el solo ministerio de la ley.

[66] Fuentes: Código Civil (CC), y Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, Decreto Supremo N° 110 de 1979, del Ministerio de Justicia (Reglamento).
[67] Fuentes: Código Civil (CC), y Ley N° 20.500.
[68] Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, texto refundido de la "Ley General de Cooperativas".
[69] Ley N° 19.418.
[70] Ley N° 19.253.
[71] Decreto Ley N° 2.757 "Establece normas sobre Asociaciones Gremiales", en relación al Decreto Ley N° 3.621 "Fija Normas Sobre Colegios Profesionales".
[72] Véase punto 3.1.1.
[73] Véase recuadro a.2).

a.2 Interés	Existen las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro; en cuanto a las corporaciones y fundaciones, éstas tienen como interés el beneficio de sus miembros o de un objeto señalado por su fundador, respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, a las mencionadas personas jurídicas se les permite fomentar, practicar y desarrollar, por todos los medios a su alcance, cualquier obra de progreso social o de beneficio para la comunidad y colaborar con las instituciones legalmente constituidas en todo lo que tienda al cumplimiento de sus fines (artículo 6° del Reglamento).	Se crea una nueva clasificación, dentro de las personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo parámetro es la existencia de una finalidad de "interés público". Así, existirán las personas jurídicas sin fines de lucro con "interés público" o aquellas "cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado" (artículo 15, inciso primero, Ley N° 20.500), y residualmente las demás organizaciones que no tienen tal objeto. El sentido de la distinción dice relación con la entrega de fondos públicos por el Consejo Nacional del Fondo de Organizaciones de Interés Público[74] Dentro de las organizaciones de interés público existen aquellas a que la ley otorga dicho carácter, y por otra parte, aquellas que declaren al momento de su constitución tener tal fin.
b.1 Acto constitutivo	En las fundaciones, el acto constitutivo proviene de la sola voluntad del fundador, o sí éste la hubiere manifestado incompletamente, se suplirá por el	En las corporaciones/asociaciones y fundaciones, el acto constitutivo constará en escritura pública o privada suscrita ante notario, Oficial

[74] Véase recuadro anterior.

	Presidente de la República (artículo 562 CC), su manifestación puede realizarse mediante un acto unilateral, sea éste una donación o asignación testamentaria. En las corporaciones, el acto constitutivo proviene del acuerdo de sus miembros, su constitución debe realizarse mediante instrumento privado reducido a escritura pública (artículo 2° del Reglamento), de formarse éstas por uno de los estatutos tipo del Ministerio de Justicia, se sujetará a normas especiales (artículo 29, del Reglamento).	del Registro Civil, o bien ante funcionario municipal autorizado por el Alcalde (artículo 548, inciso primero, CC)[75].
b. 2 Reconocimiento	Las corporaciones y fundaciones se reconocen en razón de una ley, o bien por un decreto supremo (artículo 546 CC). En este último caso, el Presidente de la República las reconocerá siempre que no fueren contrarias al orden público, las leyes o las buenas costumbres (artículo 548 CC). El procedimiento a fin de obtener el reconocimiento presidencial consiste en el depósito, en el Ministerio de Justicia o uno de sus SEREMIS (artículo 3° y 27, del Reglamento), dirigido	Las corporaciones/asociaciones y fundaciones se reconocen en razón de la inscripción del acto constitutivo en el Registro de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, llevado a efecto por el Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 548 inciso final)[76]. El procedimiento a fin de ser registrados/reconocidos consiste en: El depósito, en la Secretaría Municipal, dentro del plazo de 30 días desde fecha de sus-

[75] Por otra parte, se reconoce la existencia de agrupaciones sin personalidad jurídica "en procura de los fines de tales agrupaciones podrán actuar otras personas, jurídicas o naturales, quienes responderán ante terceros de las obligaciones contraídas en interés de los fines de la agrupación" (artículo 7° Ley N° 20.500), véase punto 3.1.1.

[76] Con esto se termina la denominada concesión graciosa, por parte del Presidente de la República. Ahora existe un procedimiento, donde incluso la omisión de respuesta por parte del órgano administrativo competente –Secretario Municipal– puede ser suplida por la inscripción en el Registro. En este sentido véase CORRAL (2011).

al Presidente de la República, de copia autorizada del acto constitutivo.

cripción del acto constitutivo, quedando reconocida;

Si dentro de 30 días el Secretario Municipal no objeta la constitución, deberá, dentro de quinto día, archivar copia de los antecedentes de la persona jurídica, y remitirlos al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción, quedando reconocida;
Si dentro de 30 días el Secretario Municipal objeta la constitución, el solicitante puede subsanar los vicios observados y/o ejercer todo recurso administrativo (Ley N° 19.880, artículos 59 a 62) o judicial (constitucionales o legales), contra el acto denegatorio del Secretario Municipal.

Si el solicitante, dentro de 30 días, subsana los vicios observados, el Secretario Municipal deberá nuevamente evaluar la petición, en la forma y plazos anteriormente señalados.

Si el Secretario Municipal, no tuviera nuevas objeciones, se hubiese vencido el plazo para formularlas, o bien los recursos administrativos o judiciales fueran acogidos, el antedicho órgano deberá, de oficio, dentro de quinto día, archivar copia de los antecedentes de la persona jurídica y remitirlos al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción, quedando reconocida.

	Las corporaciones y fundaciones se organizan según lo establezcan sus estatutos, pero siempre han de existir dos órganos: a) Un Directorio, cuya principal atribución es dirigir a la persona jurídica y administrar sus bienes[77], se compone por un Presidente, un Secretario y un Tesorero (artículo 11 del Reglamento). b) La "sala" (artículo 550, CC) o "asamblea" (artículos 16 y 18 del Reglamento)[78], órgano por el cual la mayoría de los miembros, con derecho a voz y voto, manifiesta su voluntad. Esta asamblea se reúne ordinaria o extraordinariamente, de acuerdo a la periodicidad que determinen los estatutos, o bien cada vez que lo exijan las necesidades de la persona jurídica, respectivamente.	Se mantienen los órganos creados con anterioridad, sólo se sustituye la denominación "sala" del CC, por "asamblea"; y, se condiciona la periodicidad de la reunión por la asamblea ordinaria, a un plazo mínimo de un año (artículo 550 CC). Se crea un nuevo órgano –comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza–, que ha de ejercer las facultades disciplinarias sobre sus miembros (artículo 553, inciso segundo, CC).
b.4 Representación y voluntad	Las corporaciones y fundaciones manifiestan su voluntad a través de la sala. La voluntad de la mayoría de la sala será la voluntad de la persona jurídica.	No existe innovación en la materia, salvo en cuanto el cambio de la denominación del órgano "sala" por "asamblea" (artículo 550 CC).

[77] Otras atribuciones del directorio son: citar a la Asamblea General Ordinaria, y a las extraordinarias cuando sean necesarias o lo soliciten por escrito la tercera parte de los miembros de la corporación, indicando el objeto; someter a la aprobación de la Asamblea General los reglamentos que sea necesario dictar para el funcionamiento de la corporación y todos aquellos asuntos y negocios que estime necesarios; cumplir los acuerdos de las Asambleas Generales, y rendir cuenta por escrito ante la Asamblea General ordinaria correspondiente de la inversión de los fondos y de la marcha de la corporación durante el período en que ejerza sus funciones.

[78] Los conceptos "sala" y "asamblea" se refieren al mismo órgano.

	Las corporaciones y fundaciones son representadas judicial y extrajudicialmente por su presidente (artículo 11 del Reglamento).	
b.5 Nombre	Las corporaciones y fundaciones deberán tener un nombre señalado en sus estatutos (artículo 4° y 31 del Reglamento), éstas pueden llamarse como sus miembros o su fundador deseen, pues no existe norma alguna que condicione la voluntad de los constituyentes. El nombre no podrá coincidir con el de una persona natural o su seudónimo -salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, o que hubieren transcurrido más de 20 años desde su muerte-, o bien tengan similitud al de otra existente en la misma provincia (artículo 5° del Reglamento).	Las corporaciones/asociaciones y fundaciones deberán tener un nombre señalado en sus estatutos (artículo 548-2) que haga referencia a su naturaleza, objeto o finalidad. El nombre no podrá coincidir o tener similitud, susceptible de provocar confusión, con alguna otra persona jurídica, organización vigente, ni persona natural, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, o que hubieren transcurrido más de 20 años desde su muerte. (artículo 548-3 CC).
b.6 Domicilio	Las corporaciones y fundaciones deberán señalar un domicilio en sus estatutos (artículos 4° y 31 del Reglamento).	No existe innovación en la materia (artículo 548-2).
b.7 Nacionalidad	El Código Civil no se refiere a la nacionalidad de las personas jurídicas sin fines de lucro.	No existe innovación en la materia.
b.8 Patrimonio	Las corporaciones y fundaciones deben tener un patrimonio distinto y separado de la(s) persona(s) que la(s) constituyen o componen (artículo 549, CC; artículo 31, letra c), del Reglamento).	No existe innovación en la materia (artículo 548-2, y 549).

b.9 Capacidad	Las corporaciones y fundaciones son capaces ser titulares de derechos y obligaciones, y de ejercerlos, mediante la representación de su presidente (artículos 545, 551, 556 CC; y artículo 11 del Reglamento).	No existe innovación en la materia (artículo 545, inciso cuarto, 551 y 556 CC).
b.10 Principio de la especialidad u objeto y fines de la persona jurídica	Las corporaciones y fundaciones estarán destinadas a alcanzar su fin, determinado en los estatutos. No podrán proponerse fines sindicales, de lucro, o la misma finalidad de entidades que se rijan por un estatuto legal propio (artículo 6° del Reglamento). Tampoco podrán realizar actividades que sean contrarias a la seguridad y el interés del Estado, la ley y las buenas costumbres (artículo 559 CC; y artículo 25 del Reglamento).	Las corporaciones/asociaciones y fundaciones estarán destinadas a alcanzar su fin, determinado en los estatutos (artículo 559, letra c), N° 1). Por lo anterior, podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines, o que tengan como objeto incrementar su patrimonio (artículo 557-2 CC).
b.11 Responsabilidad	Las corporaciones y fundaciones poseen patrimonio propio y distinto al de sus miembros, por esto, los miembros o administradores no se obligarán por deudas de la persona jurídica, salvo en cuanto los miembros expresamente se hayan obligado junto con éstas, de forma colectiva, debiendo responder de forma solidaria. Dicha responsabilidad no se extiende a los herederos, sino en el evento que los miembros de la corporación lo hayan estipulado expresamente (artículo 549 CC).	No existe innovación en la materia (artículo 549), ahora bien, se agrega una norma expresa relativa al grado de diligencia que han de cumplir los directores de las corporaciones/asociaciones y fundaciones, en el ejercicio de sus funciones, cual es la culpa leve, por los perjuicios que causaren a la persona jurídica, salvo en cuanto hagan constar su oposición (artículo 551-2 CC).

	El director que quisiere salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo, deberá hacer constar su oposición (artículo 15 Reglamento).	
b.12 Reforma y extinción.	**Reforma**	**Reforma**
	Las corporaciones y fundaciones reforman sus estatutos conforme a lo señalado en estos, o en defecto de aquello, por lo dispuesto por la asamblea extraordinaria.	No existe innovación en la materia, salvo en cuanto a la aprobación de la reforma, que ahora tiene lugar a través del trámite de registro , eliminándose consecuencialmente los requisitos de la solicitud de aprobación (artículo 548-2, letra f).
	Posteriormente, ha de solicitarse la aprobación de esta reforma, siguiendo igual tramitación que la relativa al reconocimiento del acto constitutivo, salvo en cuanto al contenido de la solicitud a través de la cual se conceda este reconocimiento.	Sólo en cuanto a las fundaciones, se crean requisitos a la reforma de sus estatutos, éstos son:
	La solicitud de aprobación de la reforma, en este caso, debe contener:	
	a) acta de la asamblea extraordinaria reducida a escritura pública, donde conste la aprobación por 2/3 de sus miembros, celebrada ante ministro de fe;	a) Que exista informe favorable del Ministerio de Justicia, que se emitirá siempre que la reforma esta resulte conveniente para el interés fundacional.
	b) copia auténtica de los estatutos vigentes, certificada por el Jefe del Registro de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia o el Conservador del Archivo Nacional, en su caso (artículo 24 del Reglamento).	b) Que sea aprobado por un acuerdo del Directorio. c) Que no lo haya prohIbído el fundador (artículo 558 CC).

Existe una condición especial para la reforma de los estatutos de las fundaciones, cual es la presentación al Presidente de la República de un proyecto de modificación estatutaria (artículo 32 del Reglamento).	
Extinción	**Extinción**
Las corporaciones y fundaciones se extinguen por las siguientes causales, de carácter disyuntivo:	Las corporaciones/asociaciones y fundaciones se extinguen por las siguientes causales, de carácter disyuntivo:
a) Por la voluntad de sus miembros, o el cumplimiento de las causales de disolución señaladas en sus estatutos, siempre que estas estén aprobada por el Presidente de la República (artículo 559 CC).	a) Por la voluntad de sus miembros –manifestada en asamblea general extraordinaria, la que debe ser aprobada por 2/3 de los asociados presentes en ésta–; por el vencimiento del plazo de duración, si lo hubiera; o por el cumplimiento de las causales de disolución señaladas en sus estatutos (artículo 557, inciso final, y 559, letras a) y b) CC).
b) Por ley, si llegan a comprometer la seguridad y el interés del Estado, o no correspondan al objeto de su institución (artículo 559, inciso segundo, CC);	b) Por ley, en razón de las causales que éstas establecieren (artículo 559, letra d), CC).
c) Por acto de cancelación, emanado del Presidente de la República, en los siguientes casos:	c) Por sentencia judicial ejecutoriada, dictada por el Juez de Letras en lo Civil o el juez de competencia común, en su caso:
i. Si llegan a comprometer la seguridad y el interés del Estado,	i. A causa de estar prohibída por la Constitución o la ley

o no corresponden al objeto de su institución (artículo 559, inciso segundo CC).

ii. Desde el momento que la estime contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

iii. Por no cumplir los fines que la justifican.

iv. Por infracción grave a los estatutos (artículo 25 del Reglamento).

Dentro de los 3 meses siguientes de la fecha de publicación del decreto de cancelación, podrá acreditarse que ella fue producto de un error de hecho, dejando sin efecto la medida (artículo 25 del Reglamento).

Solo respeto de las fundaciones, el Presidente de la República cancelará su personalidad jurídica por petición de sus administradores, materializada en el acta del Directorio en que conste el acuerdo, y en virtud de la propia iniciativa del Presidente de la República, cuando hayan desaparecido los bienes de la fundación destinados a su mantención o a una finalidad social (artículo 564 CC; y artículo 33 del Reglamento).

d) Por el incumplimiento de las "instrucciones" impartidas por el Ministerio de Justicia (artículo 36 del Reglamento).

o infringir gravemente sus estatutos. La infracción a los estatutos se mirará como derivada del incumplimiento de las instrucciones impartidas por el Ministerio de Justicia (artículo 559, letra c) N°s 1 y 2, y 557 inciso final CC).

ii. Por el cumplimiento íntegro de sus fines o la imposibilidad de realizar estos (artículo 559, letra c) N° 2, CC).

El procedimiento judicial es de carácter breve y sumario, mediante el cual el juez resolverá la eventual extinción, y podrá ser iniciado:
a) Previa petición fundada del Ministerio de Justicia, por acción del Consejo de Defensa del Estado;
b) En caso de haber realizado su fin, o ser imposible este propósito, por la institución llamada a recibir los bienes de la corporación/asociación o fundación en caso de extinguirse ésta (artículo 559, inciso final, CC).

Sólo respecto de las fundaciones, éstas se extinguirán por la destrucción de los bienes destinados a su manutención (artículo 564 CC).

La extinción siempre habrá de registrarse (artículo 9° Ley N° 20.500) .

b.13 Destino de los bienes.	Las corporaciones y fundaciones, al disolverse, dispondrán de sus bienes en la forma que hubiesen prescrito sus estatutos. De no existir voluntad manifestada en los estatutos, los bienes pertenecerán al Estado, con la obligación de emplearlos en un objeto análogo al fin de la institución (artículo 561 CC). El Ministerio de Tierras y Colonización (hoy Ministerio de Bienes Nacionales, artículo 15, Decreto Ley N° 3.274), se hará cargo de los bienes existentes a la fecha de la extinción, bajo inventario valorado, quedando dichos bienes bajo su custodia hasta que el Presidente de la República los destine (artículo 28 del Reglamento).	No existe innovación en la materia (artículo 561, CC), a excepción de la inexistencia de la facultad de custodia de los bienes, al momento de la extinción, de las corporaciones/asociaciones y fundaciones, que detentaba el Ministerio de Bienes Nacionales.
b.14 Registro de Personas Jurídicas	Las corporaciones y fundaciones son inscritas en un registro llevado por el Ministerio de Justicia, que abarca a todas las personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro.	Se crea el "Registro de Personas Jurídicas", que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación; este incluye a toda persona jurídica de Derecho Privado sin fines de lucro (artículo 8° Ley N° 20.500). Este archivo distinguirá entre organizaciones, de acuerdo a su naturaleza y las normas que las rigen, cuales son: el Título XXXIII del Libro I del Código Civil; la Ley N° 19.418; o una ley especial que determine el Reglamento (artículo 9° Ley N° 20.500).

Este archivo contiene la:
a) Individualización de todo decreto referido a la persona jurídica en cuestión (de concesión, de los eventuales decretos que aprueben la reforma a los estatutos, del decreto que cancela el beneficio, del decreto que aprueba u ordena la disolución, y del decreto que destina sus bienes a otra institución o al Estado).

b) Individualización de la persona jurídica inscrita (provincia de su domicilio; lugar de su sede; fecha, y nombre del notario que da fe, de las escrituras públicas o de la protocolización, de sus estatutos aprobados; fines estipulados en sus estatutos; y nómina del directorio vigente) (artículo 37 del Reglamento).

Este registro contiene:
a) Los antecedentes relativos a la constitución, modificación y disolución o extinción, de las personas jurídicas mencionadas (artículo 9° Ley N° 20.500).

b) Los actos que determinen la composición de los órganos de dirección y administración de las personas jurídicas registradas (artículo 10, Ley N° 20.500), se deriva a un reglamento la determinación de otras informaciones que deban ser inscritas o subinscritas respecto del funcionamiento de las personas jurídicas (artículo 10, inciso segundo, Ley N° 20.500).

Este archivo se forma en razón de la información que el interesado, los organismos públicos, o los tribunales de justicia envíe al efecto (artículo 8° inciso segundo, y 9° inciso final). Con estos datos, además, el Registro Civil elaborará una estadística de las inscritas (artículo 12 inciso primero Ley N° 20.500), y una nómina de las personas jurídicas no vigentes (artículo 12, inciso segundo, Ley N° 20.500).

b.16) Vigencia	Las corporaciones y fundaciones, en razón de la ley anterior, podrán regirse por ésta o por la ley modificatoria, dependiendo de las siguientes situaciones:	Las corporaciones/asociaciones, fundaciones, en cuanto al Registro de Personas Jurídicas y las alteraciones al Código Civil, se regirán por la ley modificatoria; estas innovaciones entrarán en vigencia doce meses después de la publicación de la Ley N° 20.500 en el Diario Oficial, esto es, el día 16 de febrero de 2012. No obstante lo anterior, deben ser dictados reglamentos específicos, sin que exista un plazo que limite su emisión, en las siguientes materias:
	a) Corporaciones y fundaciones ya constituidas y reconocidas: Continuarán rigiéndose por la ley anterior. En cuanto a las obligaciones, fiscalización, requisitos y formalidades de modificación y extinción, se regirán por la ley modificatoria, una vez que ésta entre en vigencia (tercera disposición transitoria Ley N° 20.500).	a) En cuanto al Registro de Personas Jurídicas, respecto de: i. Los organismos deberán enviar información a este registro (artículo 8°, inciso segundo, Ley N° 20.500). ii. Las demás personas jurídicas sin fines de lucro que deban inscribirse en este registro (artículo 9°, letra c), Ley N° 20.500). iii. Otras informaciones que deban inscribirse o subinscribirse en este registro (artículo 10, inciso segundo, Ley N° 20.500). iv. Otras disposiciones en cuanto a la forma, contenido y modalidad de la información registrada (artículo 14 Ley N° 20.500).

b) Corporaciones y fundaciones, a cuyo respecto existe un procedimiento de reconocimiento en curso:	b) Otros requisitos para el reconocimiento de la persona jurídica y la reforma de sus estatutos (artículo 548, inciso tercero CC).
El interesado podrá optar por someterse a la ley anterior o la ley modificatoria.	Aspectos regulados por el Reglamento y omitidos por la ley modificatoria.
Dicha opción no se podrá ejercer en los siguientes casos, quedando, por esto, bajo el imperio de la ley anterior:	El Decreto Supremo N° 110 de 1979, del Ministerio de Justicia, sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, dictado en razón de la ley anterior, regula algunos aspectos que no son abordados por la ley modificatoria. Al ser este Reglamento un acto administrativo que accede a la ley anterior, en la hipótesis que existieren vacíos normativos, suplidos por el Decreto Supremo N° 110 de 1979, del Ministerio de Justicia, apreciamos dos respuestas en cuanto a la pertinencia del Reglamento como complemento adecuado de la ley modificatoria:
a) de haberse formulado observaciones a la constitución o a los estatutos;	a) El Reglamento continuará vigente en tanto no se contradiga con lo dispuesto por la Ley N° 20.500, ni por otro reglamento cuyo origen sea la ley modificatoria; para entender esto se deberán interpretar armónicamente las disposiciones del Reglamento con las de la ley modificatoria;

b) si existiese un procedimiento pendiente que tuviera por objeto la aprobación de reformas a los estatutos, la cancelación de la personalidad jurídica, o bien un acuerdo relacionado con la disolución de corporaciones (cuarta disposición transitoria, Ley N° 20.500).

b) El Reglamento queda tácitamente derogado, pues al haberse dictado una ley posterior, con distinto sentido de la anterior, no se podrá considerar el Reglamento como una fuente jurídica idónea.

Así, por ejemplo, el Reglamento señala y la ley modificatoria no aborda ni remite la materia a otro reglamento, que:

i. Las corporaciones y fundaciones "no podrán tener fines sindicales (...) o la misma finalidad de entidades que se rijan por un estatuto legal propio" (artículo 6° del Reglamento).

ii. Al extinguirse las corporaciones y fundaciones, en caso que los estatutos no señalen el destino de sus bienes, estos pertenecerán al Estado, quedarán estos en custodia del Ministerio de Bienes Nacionales, bajo inventario valorado, hasta que el Presidente de la República los destine (artículo 28 del Reglamento).

En estos casos, aplicando la opción (a), antes descrita, dependerá de la materia específica si el Reglamento, puede, o no, complementar la voluntad de la ley modificatoria.

En el caso i, la persona jurídica sin fines de lucro que persiga un fin sindical, o la misma fina-

lidad de entidades que se rijan por un estatuto legal propio, no podrá ser disuelta por el juez, pues no existe causal legal que lo faculte para tal acción.

En el caso ii, de otro modo, la competencia de custodiar los bienes de la persona jurídica disuelta, hasta que el Presidente de la República los destine, no se encuentra en la ley, pero aun así, el custodiar temporalmente los bienes viene a subsanar una situación de hecho que, hasta que no exista otra disposición, es útil mantener.

4. Conclusiones

i. La Ley N° 20.500 es respetuosa de los preceptos constitucionales que delimitan la participación y el derecho de asociación, resguardando los valores constitucionales que a estos respectos inspiran la Carta Fundamental.

Respecto de la participación, este cuerpo legislativo no altera la estructura estudiada del concepto. Es más, la refuerza al reducir las formalidades de constitución, reforma y disolución de las personas jurídicas sin fines de lucro regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

En cuanto al derecho de asociación, se replica la distinción constitucional entre la asociación, como derecho sustantivo, con la forma de constitución de una determinada persona jurídica.

ii. Esta Ley innova positivamente al terminar con la institución de la "concesión graciosa de la personalidad jurídica por parte del Presidente de la República, reforzando de esta manera la participación de las personas jurídicas sin fines de lucro en la vida nacional. Se reglamenta, en remplazo del sistema anterior, la obtención de personalidad otorgando facultades a los Secretarios Municipales para que, a través de un procedimiento racional y justo, procedan a registrar la persona jurídica, sin que tal trámite quede sujeto a la arbitrariedad del mismo funcionario. Asimismo, se elimina la potestad unilateral de la autoridad admi-

nistrativa de disolución de la persona jurídica por "incumplimiento grave de sus estatutos", entregando su calificación al Poder Judicial.

Por otra parte, si bien la ley se inspira en el subsidio estatal a los grupos intermedios, al crear el Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público, éste contiene deficiencias, especialmente en cuanto a su diseño orgánico, lo cual deberá ser materia de correcciones.

No obstante lo anterior, creemos que la Ley N° 20.500 se erige en un instrumento que favorecerá la participación ciudadana en la gestión pública y la asociatividad de los grupos intermedios profundizando la democracia participativa, uno de los pilares de la Constitución de 1980.

Bibliografía

BULNES ALDUNATE, Luz, y VERDUGO MARINKOVIC, Mario (2008): "Participación Ciudadana y Plebiscitos Comunales", en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) N° 70: pp. 89-103.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) "Reforma a las Corporaciones y Fundaciones", *El Mercurio*, Cuerpo A, 7 de abril de 2011.

DE LA MAZA, Gonzalo (2009): "La Institucionalización de la Participación en las Políticas Públicas en Chile. Estado Actual y Desafíos", en Gloria DE LA FUENTE GONZÁLEZ et al. (ed.), *Participación y Nuevos Desafíos Políticos-Institucionales* (Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, División de Estudios) pp. 15-51.

DIAZ DE VALDÉS JULIA, José Manuel (2010): "El Descuido Derecho a la Participación Política: ¿Qué nos puede aportar el Derecho Internacional?", en Kamel CAZOR ALISTE, Carolina SALAS SALAZAR, Jaime BASSA MERCADO (coordinadores), *Estudios Constitucionales* (1ª edición, Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 83-124.

ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano (1983): *La Participación Ciudadana en la Constitución Política* (Santiago, Editorial Andrés Bello), 260 pp.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): *Sobre el Origen, Funcionamiento y Contenido Valórico del Derecho* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo), 241 pp.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001): *Estructura Funcional del Derecho* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo), 300 pp.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El Derecho como Creación Colectiva* (Santiago, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas), 281 pp.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995): *Teoría de la Interpretación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 182 p.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo IV.

Normas

Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, Diario Oficial, 16 de febrero de 2011.

Decreto N° 236, promulga el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 2 de octubre de 2008, Diario Oficial, 14 de octubre de 2008.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Diario Oficial, 26 de julio de 2006.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Diario Oficial, 8 de noviembre de 2005.

Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 19.602, modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades en materia de Gestión Municipal, Diario Oficial, 25 de marzo de 1999.

Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, Diario Oficial, 9 de octubre de 1995.

Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, Diario Oficial, 14 de marzo de 1994.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

Ley N° 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígenas, Diario Oficial, 5 de octubre de 1993.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, modifica la organización del Ministerio Secretaria General de Gobierno, Diario Oficial, 12 de febrero de 1992.

Ley N° 19.032, Reorganiza el Ministerio Secretaría General de Gobierno, Diario Oficial, 4 de febrero de 1991.

Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Diario Oficial, 29 de marzo de 1988.

Ley N° 18.593, sobre Tribunales Electorales Regionales, Diario Oficial, 9 de enero de 1987.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial, 5 de diciembre de 1986.

Decreto Ley N° 3.274, fija Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales, Diario Oficial, 4 de junio de 1980.

Resolución Exenta N° 263, aprueba norma general de participación ciudadana, de la Comisión Chilena del Cobre de 30 de marzo de 2009, Diario Oficial, 8 de junio de 2009.

Resolución Exenta N° 170, aprueba norma general de participación ciudadana, de la Dirección Nacional del Servicio Civil de 30 de marzo de 2009, Diario Oficial, 22 de mayo de 2009.

Resolución Exenta N° 3.230, aprueba norma general de participación ciudadana, del Ministerio de Educación de 31 de marzo de 2009, Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

Decreto Supremo N° 110, aprueba Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones que indica, Diario Oficial, 20 de marzo de 1979.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): rol N° 1868, 20 de enero de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): rol N° 634, 9 de agosto de 2007.

CORTE SUPREMA (2009): rol N° 3011-2006, 28 de agosto de 2008.

CORTE SUPREMA (2006): rol N° 392-2005, 22 de diciembre de 2006.

Otras fuentes

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. Disponibles en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales–r [fecha de consulta: 19 de mayo de 2011]

Boletín N° 3562–06, Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Disponible en http://sil.congreso.cl/pags/index.html [fecha de consulta: 19 de mayo de 2011]

Instructivo Presidencial N° 008, sobre la participación ciudadana en la gestión pública, de la Presidenta de la República de 27 de agosto de 2008.

Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años[1]

Claudia Schmidt Hott
Profesora de Derecho Civil
Abogado

Resumen: La compensación económica, una institución que desnaturaliza la coparentalidad y la crianza de los hijos. Su errada causa y su injusticia en cuanto parte de un supuesto que no sigue a su modelo, cual fuera principalmente el Código Civil español.

***

I. Introducción

La compensación económica que introduce la Nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce como fuente a otras legislaciones comparadas, especialmente en el caso chileno, a la legislación española. Por ello, se recurrirá a esta legislación para determinar algunos puntos necesarios de dilucidar para determinar su procedencia.

Por lo cual y como primera aproximación, puede señalarse que no es una cuestión inédita en el Derecho chileno, temática que se presenta en otras instituciones introducidas a la legislación nacional, como lo fuera en su época la introducción del Nuevo Estatuto Filiatorio vigente desde el 27 de octubre del año 1999.

Constituirá un elemento determinante un breve análisis del Código Civil español, para desentrañar la problemática que se enfrenta en este informe en Derecho, cual es la procedencia de la compensación económica a todo evento o si con esta institución se están realizando malas prácticas que deslindan en un enriquecimiento injusto, cuestión que ya el codificador chileno consideró

[1] Este artículo se basa en un Informe en Derecho, del cual se han borrado los nombres de las partes litigantes.

necesario evitar a través de una multiplicidad de instituciones, y a falta de ellas, con la procedencia de la *actio in rem verso*.

Si bien se ha discutido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la naturaleza jurídica de la compensación económica a propósito del divorcio y de la nulidad matrimonial, ese no será el tema central de este informe, sino que éste se centrará en la interrogante si en la especie, ¿procede o no la compensación económica? Desde luego cabe descartar que la compensación económica sea una prolongación del deber alimentario, pues en este sentido la ley la asimila a él sólo para los efectos de garantizar su cumplimiento cuando su pago es en cuotas, según lo señala el artículo 66 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil.

Así también no puede calificársele como una renta vitalicia y menos aún como una indemnización de perjuicios. En este último aspecto, la doctrina con acierto ha señalado que "no puede considerarse daño el haberse dedicado preferentemente al cuidado y crianza de los hijos y la mantención del hogar común", por lo cual "no cabe pensar que se trate de una indemnización, tanto más si se tiene en consideración la circunstancia de que ella corresponde a una sanción, destinada a restaurar un orden jurídico quebrantado" (Véase sobre el particular al profesor Pablo Rodríguez Grez en *"Ley de Matrimonio Civil"*, Cursos de Actualización, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004). Es de agregar que se ha de descartar absolutamente su naturaleza jurídica indemnizatoria, pues son inaplicables las normas de la responsabilidad civil contractual, y menos las normas que reglamentan la responsabilidad civil extracontractual.

Es en este punto donde se centrará este informe fundamentalmente, pues a juicio de esta abogada informante la naturaleza indemnizatoria ha de descartarse completamente.

Si bien se reglamentara esta institución en dichos del Servicio Nacional de la Mujer, para equiparar un desequilibrio económico hacia el futuro en el supuesto de ruptura matrimonial, postura que parece adecuada, requiere como requisito esencial que exista tal desequilibrio; de no existir, es improcedente.

II. Algunas posturas jurisprudenciales que pretenden desentrañar su naturaleza jurídica

a) La Excelentísima Corte Suprema, en fallo de 28 de noviembre del año 2007, estimó que "la ley no la ha señalado" (Cuarta Sala);

b) La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 17 de noviembre de 2006, sentenció que "se trataba de una obligación legal para compensar una disparidad económica";

c) Reiteradamente la jurisprudencia de las Cortes Superiores ha fallado con acierto que en caso alguno estamos en presencia de una pensión alimenticia, o de una prolongación del mal llamado deber de socorro, pues el matrimonio ha terminado por divorcio o se ha anulado, en la especie de este informe, se decretó el divorcio vincular;

d) Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema reiteradamente ha sentenciado que no se trata de una renta vitalicia, aunque se pague en cuotas.

De lo expuesto a nivel jurisprudencial queda claro, después de prácticamente seis años de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que no se trata de la prolongación del deber alimentario, ni de una renta vitalicia. Menos aún, por razones de criterio jurídico, puede estimársele una indemnización, toda vez que ésta repara un daño causado, es una sanción civil, y las sanciones civiles son de derecho estricto, y por lo mismo no admiten interpretación analógica ni extensiva.

Por ende y por vía de conclusión preliminar esta institución pretende equilibrar al cónyuge divorciado más débil, **pero sólo en la medida que exista aquel desequilibrio**. **De no existir, no se puede compensar lo que no existe**. Sostener lo contrario nos lleva a un absurdo jurídico del todo descartable, en consideración al aforismo jurídico conforme al cual toda interpretación en este caso judicial que lleve a un absurdo jurídico debe descartarse, sin perjuicio de que el juez de la causa debe desechar una aplicación "mecánica" y literalista de la ley y debe dar cumplimiento a las normas de hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil ubicados en su Título Preliminar. Dada su ubicación en el Código Civil, son de aplicación general y se les debe utilizar en forma conjunta.

III. El derecho, un todo coherente

Es sabido que el Ordenamiento Jurídico es un todo coherente, por lo cual no es dable interpretar una norma jurídica en forma aislada, pues si así fuere, se violentarían gravemente los elementos lógico y sistemático de interpretación y por sobre todo la equidad natural, que como señalara Ulpiano es "dar a cada uno lo suyo", es la justicia aplicada al caso concreto y particular.

Por otro lado, más grave resulta aún desconocer el principio de la jerarquía normativa, esto es, que la ley en sentido ordinario se debe a la norma funda-

mental a todo evento. El Juez de la causa no puede prescindir del mandato constitucional, menos aún cuando éste versa sobre derechos y deberes fundamentales. A propósito de esta máxima jurídica, en reiterada jurisprudencia se ha fallado que lo que se indemniza en la compensación económica es el **"menoscabo económico cuya causa es "haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar por lo cual no se pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio", en definitiva la causa directa del daño económico es la postergación cierta en el ámbito laboral en beneficio de los hijos y de la familia"** (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo de 14 de octubre de 2008).

Esta jurisprudencia aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil en forma mecánica, olvidando que el derecho es un todo coherente, descartando el elemento sistemático y, lo que es más grave, desconociendo normas de jerarquía constitucional. Es éste el conflicto, la tensión más relevante, que se advierte en esta institución, máxime si esta normativa fue tomada del derecho español, cuyo artículo 97 (Código Civil español, Tecnos, Madrid 1997) la considera sólo una circunstancia que debe evaluarse en conjunto a otras, tales como la edad, el estado de salud, la duración del matrimonio, entre otras, en los mismos lineamientos que lo hace el art. 62 de la Ley de Matrimonio Civil.
Más allá de descartar absolutamente que se trate de una indemnización de perjuicios, debe analizarse si una aplicación literalista del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil conduce a una solución en los hechos equitativa, cuestión que paso a detallar exhaustivamente.

IV. La causa cierta del daño económico

Frente a los principios generales del Derecho que informan el NUEVO DERECHO DE FAMILIA, ¿puede considerarse como causa cierta de un daño económico el dedicarse al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar?

Aquello es insostenible, toda vez que la familia, cédula fundamental de la sociedad, debe ser protegida por todos los órganos del Estado, y no es sano, no es recomendable entender que el cuidar, el criar a los hijos pueda causar un daño, toda vez que se trata de un deber ineludible de los progenitores, cuya fuente no es la ley, sino que la filiación misma, entendida ésta como un hecho biológico ante todo y que da paso al metaprincipio del Nuevo Estatuto Filiatorio, cual es el derecho a la identidad biológica, derecho esencial de todo ser humano, en este caso de los hijos, y del cual derivan subprincipios, como es el derecho de los hijos de ser criados por sus progenitores. No es posible que una madre alegue haber sufrido daño económico por haber criado a sus hijos, pues si así

lo hiciere, estaría desconociendo a su descendencia y eludiendo derechos de los hijos que para ella importan deberes fundamentales, y que asisten además al progenitor, en la especie al demandado, tema sobre el cual la sentencia que es objeto de este informe nada dice, pues sólo se limita a señalar el valor de sus bienes, entre otras circunstancias. Es más, se confunde en esta causa el divorcio de los progenitores con sus roles parentales, olvidando el sentenciador que el divorcio es entre los cónyuges, y no respecto de los hijos, pues el estado civil de hijo es simétrico del estado civil de padre y de madre. El sentenciador ha prescindido del elemento sistemático, ha hecho una aplicación literal de la norma, y ha olvidado el principio de la jerarquía normativa, según paso a exponer:

a) La familia como núcleo fundamental de la sociedad, así lo prescribe el artículo 1° de la Carta Fundamental, agregando en su inciso final que es deber del Estado fortalecerla y promoverla. Tomando sólo esta disposición, que debió ser considerada por el juez sentenciador, no pudo estimar "el criar a los hijos" la causa de un daño, pues si así fuere, se estaría desprotegiendo a la familia;

b) El artículo 5° inciso 2° del Código Político, reformado el año 1989, no sugiere, sino que ordena que "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". Esta reforma, introducida por la Ley N° 18.825 de 1989, constitucionaliza los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, cuyo respeto y efectivización importan un mandato para todos los órganos del Estado, en la especie para el Tribunal de Familia que dictara la sentencia que es objeto de este informe. Es decir, no pudo la señora jueza en caso alguno prescindir de este mandato constitucional que en materia de cuidado de los hijos establece normas de aplicación directa ya recogidas por el Código Civil, en cuanto implican deberes ineludibles de los progenitores. Cumplirlos no puede ser causa de daño, pues criar a los hijos es la tarea más noble que se le ha encomendado al ser humano, ya sea hombre o mujer. Por lo tanto, se echa de menos en la sentencia en análisis esta interpretación armónica y sistemática del Ordenamiento Jurídico, sobre todo cuando nos enfrentamos a deberes y derechos esenciales. De los pactos internacionales aludidos citaremos los siguientes:

b.1.) Convención de los Derechos del Niño, ya vigente hace 20 años en el país y que en la materia que nos ocupa establece el deber de cuidado de los hijos no como un daño para sus progenitores, sino que como una consecuencia de la filiación biológica determinada. En efecto, el artículo 3 apartado primero de la mencionada Convención establece el "interés

superior del niño", que ya la doctrina entiende como descodificarlo y darle el reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad de goce para ser titular tanto de derechos patrimoniales como de derechos extrapatrimoniales (en este aspecto véase X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "La Familia y los Nuevos Paradigmas", Mendoza, Argentina, 1998). Dentro de sus derechos extrapatrimoniales, no disponibles, no susceptibles de causar daño, está el derecho de ser criado y cuidado por sus progenitores en todas las esferas de su vida hacia su autodeterminación, subprincipio recogido en el inciso 2° del artículo 222 del Código Civil. Dispone el artículo 7 de la Convención aludida que el niño, en la especie dos, hoy mayores de edad, tienen el derecho fundamental de ser cuidados por sus progenitores. Ese cuidado no importa necesariamente presencia física, pues el cuidado o crianza, en las palabras del gran jurista Fernando Fueyo Laneri, es el deber genérico de los progenitores e importa no sólo la presencia física, sino que la transmisión de valores, la dirección de la educación, el asistirlos, es decir, alimentarlos en el más amplio sentido: educación, seguridad social, esparcimiento, vestimenta y alimentación propiamente tal. A este deber se le llama "corresponsabilidad" o "coparentalidad" y se debe a todo evento. Lo que es importante de destacar es que no requiere presencia física constante, pues aquello sería imposible, pues el sustento de la familia debe proporcionarlo el progenitor, la progenitora o ambos. En el caso en informe, y en atención a lo prescrito por los artículos 134 y 1750 N° 4 del Código Civil, corresponde, dadas las características de la sociedad conyugal, al progenitor en el llamado pasivo absoluto, por lo cual es imposible desvincular la temática con los regímenes patrimoniales del matrimonio.

b.2.) En este mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional por aplicación del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, dedica el artículo 17 a la "Protección de la Familia" reiterando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. No se trata de una recomendación, sino que de un mandato directo, imperativo, que debe considerarse por el sentenciador. En la especie se trata de una familia matrimonial nuclear que por mandato constitucional debe proteger a sus hijos, así lo ordena el artículo 19 del Pacto referido. La forma de protección dice relación con el cuidado, con la crianza de los hijos que incumbe a ambos progenitores, que en cada caso se deberá llevar a cabo según las circunstancias de cada familia. En este caso, el demandado proveyendo, educando, transmitiendo valores; la demandante asistiendo a los hijos hacia la autodeterminación.

c) La norma constitucional, ya contenida en la misma Carta Fundamental o en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales vigentes en Chile,

ha sido receptada por el legislador en forma clara, precisa y congruente no sólo en el Código Civil chileno, sino que en otros cuerpos legales:

c.1.) El Código Civil recoge el interés superior del niño, es decir su calidad de sujeto de derecho, titular del derecho esencial de ser criado por sus progenitores, tarea en que ambos contribuyen de diferente manera. Ese interés es superior a cualquier otro, el cuidar, el criar a los hijos, ya sea en asistencia presencial o asistencia alimentaria, comunicacional, no puede ser causa esencial de un daño que produzca un menoscabo económico, como lo ha señalado la sentenciadora. Basta la lectura de los artículos 222 y siguientes del Código Civil para constatarlo. Relevante en este sentido es el artículo 234, que refiriéndose al deber de corrección, deber específico de alto contenido ético, llama al sentenciador a interpretar la normativa legal a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, por lo cual, la sentenciadora prescindió completamente de este mandato legal, que no le sugiere, sino que le impone. Sin embargo, le atribuye a la crianza de los hijos, que se realiza de diferentes formas, el ser causa directa de un daño económico de la demandante, lo que es insostenible, sólo por dar aplicación literalista del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, olvidando nuevamente que el Ordenamiento Jurídico es un todo coherente y prescindiendo completamente de los elementos lógico y sistemático de interpretación, y, más aún, contribuye con su sentencia a sentar la premisa inaceptable que el cuidar, el criar, es una labor peyorativa, en circunstancias que es la tarea más noble y además importa un deber jurídico específico de alto contenido ético.

c.2.) Un juez de familia, un operador jurídico en el campo familiar, no puede desconocer jamás el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, que consagra y, es más, define el interés superior del niño, y que es absolutamente desconocido en la sentencia que se informa. Si bien la madre permaneció físicamente con los hijos, ya sea absoluta o parcialmente en determinadas ocasiones, el padre también crió, pues la crianza es además asistencia, y no requiere la presencia física las 24 horas del día. Si ello se aceptase, tendríamos que concluir que el Estado debería siempre alimentar a los hijos. Se recuerda que el cuidado, la crianza de los hijos subsume los otros deberes parentales.

c.3.) La Ley de Matrimonio Civil en todo momento hace un llamado al interés superior, así a propósito de los acuerdos regulatorios, éstos deben ser suficientes y no pueden importar renuncia de los derechos esenciales de los hijos, que en la especie se cumplieron por ambos progenitores, pues sus problemas interpersonales no pueden confundirse con la coparentalidad. Véanse, entre otros, artículos 21 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil.

V. El régimen de bienes en la cuestión debatida

Para la procedencia de la compensación económica no es indiferente el sistema económico matrimonial, por el contrario, es determinante. En la especie las partes se encontraban casadas bajo el régimen de sociedad conyugal regulado principalmente en el Título XXII del Libro IV del Código Civil a partir de su artículo 1715. Estas disposiciones, dadas las características de este sistema en nuestro país, hacen recaer el deber alimentario respecto de los hijos en el marido, así resulta en forma perentoria de la necesaria correspondencia entre los artículos 134 y 1740 N° 5 del Código Civil, que contiene una partida del llamado pasivo absoluto de la sociedad conyugal, es decir, que no genera derecho a recompensa. En la especie, el demandado, padre de dos hijos, asumió su manutención, siendo éstos en la actualidad mayores de edad y profesionales. El mantener, el asistir alimentariamente en el más amplio sentido, importa también cuidar y criar, pues el criar es el deber genérico que subsume a los demás.

El fallo que se me ha pedido comente e informe para los fines pertinentes declara disuelta la sociedad conyugal, por lo cual su liquidación importará un aporte económico significativo para la demandante, cuestión que no es considerada para nada por la sentenciadora, lo que llama la atención si consideramos que demandó una compensación económica por cien millones de pesos, lo que hubiera dado por resultado que el económicamente débil habría resultado ser el marido, hoy de estado civil divorciado. Independientemente de la tipología de divorcio, ya sea causado culpable o causado remedio, la acción de la demandante denota una suerte de encubrimiento de enriquecimiento injusto. Si bien la sentenciadora rebajó la pretensión de la demandante a la suma de veinte millones de pesos, no ha tomado en consideración que la demandante no ha renunciado a los gananciales, al menos ello no consta de la prueba rendida, y ésta debe apreciarse de acuerdo a la sana crítica, esto es, de acuerdo a las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, en este caso de las ciencias matemáticas, por lo cual, mientras no se liquide la sociedad conyugal, no se podrá saber cuál de los ex cónyuges es el débil jurídico, y por lo tanto en materia de cuantía no se tiene un parámetro claro para cuantificar la compensación económica, de proceder ésta, pero ya con cifras claras.

VI. La sentencia en informe y su cumplimiento frente a la normativa que creara los tribunales de familia

El artículo 66 de la Ley de Tribunales de Familia señala el contenido de la sentencia definitiva. En su numeral 5 establece, prescribe, ordena y no sugiere que: "LA SENTENCIA DEFINITIVA DEBERÁ CONTENER: LAS RAZONES LEGALES Y ***DOCTRINARIAS*** QUE SIRVIEREN PARA FUNDAR EL FALLO".

La sentenciadora, operadora jurídica, especializada en el fuero de familia, actuando en la especie como juez de familia subrogante, no señala NINGÚN RAZONAMIENTO DOCTRINARIO, desconociendo la autoridad de la ley, principio plasmado, entre otros, en el artículo 8° del Código Civil, desobedeciendo un imperativo legal que fuera introducido por la Ley 19.968, que le diera el carácter de fuente formal del derecho en el fuero de familia a la doctrina. Aquello tuvo su explicación, dada la sensibilidad de los temas familiares de alta especialización, y que obligan al juez a señalar no sólo las leyes aplicables al caso –en este caso en forma aislada–, sino que además los comentarios y doctrinas de los juristas doctos en la temática. Ello es especialmente grave, pues ha ordenado el pago de una compensación económica sin entender que el Derecho es un sistema armónico, y que no admite en caso alguno aplicación literalista de una norma legal, en este supuesto del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.

Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur

Raúl F. Campusano Droguett
Abogado, Universidad de Chile
Master en Derecho, Universidad de Leiden, Holanda
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, USA
Profesor de Derecho Internacional
Universidad del Desarrollo

Resumen: El texto presenta las disposiciones sobre derecho internacional contenidas en varias constituciones políticas de países sudamericanos. La relación entre normas de derecho internacional y normas de derecho nacional ha tenido y tiene expresiones de sinergia y de tensión. Básicamente, una Constitución Política puede abordar al menos tres preguntas centrales en este contexto: cuál es la forma en que el Estado se relacionará con el derecho internacional, de qué forma se incorporan las normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional, y cuál es la jerarquía que la Constitución les otorga a las normas de derecho internacional. Hay Constituciones Políticas que no abordan el tema del derecho internacional y otras que lo abordan de manera muy general, no resolviendo las interrogantes planteadas o dejando espacio a diversas interpretaciones. Otras, en cambio, dedican extensos párrafos a los temas del derecho internacional e incluso incorporan declaraciones políticas a su respecto. En el contexto sudamericano, los Estados han adoptado distintas opciones sobre el derecho internacional en sus textos constitucionales.

***

1. Introducción

La Constitución de la República de Chile es sucinta al momento de referirse al derecho internacional en general y a los tratados internacionales en particular. La reforma constitucional de 2005 abordó algunos temas de derecho internacional y modernizó algunas materias. Sin embargo, no se pronunció sobre varios de los temas más relevantes y que han sido y siguen siendo objeto de apasionados debates en los que participan constitucionalistas, internacionalistas y otros especialistas del derecho público, a saber, la jerarquía de los tratados internacionales en Chile, la forma de resolver los conflictos entre normas del ordenamiento jurídico nacional y normas de derecho internacional, la relación entre derecho internacional y derecho nacional, las formas en que el derecho

internacional se hace parte del ordenamiento jurídico nacional y es aplicado por la judicatura.

En este contexto, parece interesante conocer la forma en que distintos cuerpos constitucionales de la región abordan y resuelven estas interrogantes. Así, en las páginas que siguen, se presentarán las normas centrales contenidas en Constituciones Políticas de Estados sudamericanos, que abordan las distintas materias del derecho internacional. Por cierto, este trabajo es un esfuerzo muy preliminar y debiera dar lugar a un estudio posterior más detallado de cada una de las Constituciones analizadas.[1]

Se analizan las Constituciones Políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

En general, las preguntas que se intenta abordar son las siguientes:

a) ¿Cuál es el procedimiento para incorporar una norma de derecho internacional (no solo tratados) en el ordenamiento jurídico nacional?

b) ¿Qué jerarquía tienen los tratados internacionales (y otras expresiones de derecho internacional) en el orden jurídico nacional, y en particular cuál es su relación con las normas constitucionales en el sentido de su jerarquía?

c) ¿De qué forma expresa la Constitución las opciones del ordenamiento jurídico nacional para relacionarse con el derecho internacional?

d) ¿Es posible encontrar patrones comunes en las distintas Constituciones de los Estados sudamericanos o existe una amplia diversidad de opciones en la materia?

2. Argentina

En la Constitución de Argentina la regulación del derecho internacional se encuentra en la primera parte Capítulo I, sobre "Declaraciones, Derechos y Garantías", en su artículo 31, en que se les da a los tratados internacionales la misma jerarquía que a la Constitución, señalando que son "la Ley Suprema de la Nación",[2] idea que es reiterada en el artículo 75 numerando 22, al señalar que

[1] Este trabajo se ha hecho en el contexto de la pasantía de investigación que realizó la egresada de derecho de la Universidad del Desarrollo, señora Cecilia Abud. Agradezco la colaboración de Cecilia en la recopilación de los antecedentes pertinentes.

[2] Artículo 31– Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que

"los Tratados y Concordatos tienen Jerarquía superior a las Leyes"[3]. El artículo 4 de la Constitución establece el mecanismo para proteger los derechos y garantías reconocidos por un tratado, esto es, a través del recurso de amparo.[4]

El artículo 75 de la Constitución, ya mencionado, establece que determinados tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.[5] Sin embargo, las disposiciones de tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La norma constitucional en análisis agrega que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

El numerando 23 del artículo 75 complementa el mandato al Congreso en relación con el deber del Congreso de velar por el respeto a los derechos humanos establecidos en la Constitución y tratados internacionales vigentes.[6]

El numerando 24 del artículo 75 establece que el Congreso tiene la atribución de aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dicta-

contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.

[3] El artículo 75 establece las atribuciones del Congreso y dispone, en su numerando 22, que al Congreso le corresponderá aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

[4] Artículo 43.- 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.

[5] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

[6] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

das en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.[7] El numerando 25 indica que le corresponde al Congreso autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz, y el 26 le otorga competencia para facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

3. Bolivia

La Constitución Boliviana, ratificada el año 2009, regula el derecho internacional en el Titulo III "Derechos Fundamentales y Garantías", Capítulo I, "Disposiciones Generales", en sus artículos 13 párrafo IV y 14 párrafo III. También se refiere al derecho internacional en el título VIII "Relaciones Internacionales, Fronteras, Integración y Reivindicación Marítima", Capítulo I "Relaciones Internacionales" (artículos 255 al 260). Finalmente, el artículo 410 párrafo II les da a los tratados internacionales una jerarquía inferior a la Constitución, pero mayor que a las Leyes Nacionales. La Constitución política del Estado, vigente desde 1967, con reformas efectuadas en los años 1994 y 2004, contenía escasas disposiciones sobre derecho internacional.[8] Sin embargo, la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia prevé entre sus disposiciones que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la asamblea Legislativa Plurinacional, que reconoce los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno.[9] Los derechos y deberes consagrados en la constitución se interpretarán de conformidad con **los tratados internacionales** de derechos humanos ratificados por Bolivia".

Por su parte, el articulo14, párrafo III, establece que "el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y **los tratados internacionales** de derechos humanos".

El artículo 255. I. de la Constitución establece que 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.[10] Por su parte, el numerando II dispone que la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de:

[7] La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de estos tratados exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

[8] Sin perjuicio que establecía los trámites y requisitos para la entrada en vigencia de tratados internacionales.

[9] Artículo 13 párrafo IV.

[10] Norma que se encuentra en el Título VIII, Relaciones internacionales, fronteras, integración y reivindicación marítima, Capítulo primero, Relaciones internacionales.

1 Independencia e igualdad entre los Estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos.

2 Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo.

3 Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación.

4 Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos.

5 Cooperación y solidaridad entre los Estados y los pueblos.

6 Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado.

7 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.

9 Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo.

10 Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos.

11 Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado.

El artículo 256. I. indica que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. La parte II de este artículo agrega que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

El artículo 257 dispone que los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. Los tratados requerirán de

aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:

1. Cuestiones limítrofes.

2. Integración monetaria.

3. Integración económica estructural.

4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.

El artículo 258 señala que los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley.

El artículo 259 dispone que cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.

El artículo 260 establece que la denuncia de los tratados internacionales seguirá los procedimientos establecidos en el propio tratado internacional, las normas generales del derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley para su ratificación. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la Presidenta o Presidente del Estado. Los tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la Presidenta o Presidente del Estado.

El artículo 410[11] dispone[12] que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

[11] Que se encuentra en el título único: Primacía y Reforma de la Constitución.

[12] Luego de señalar que todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la Constitución. Y también, que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

1. Constitución Política del Estado.

2. Los tratados internacionales.

3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Finalmente, la novena disposición transitoria dispone que los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.

4. Brasil

La Constitución Política de la República Federativa de Brasil, de 1988, solo se refiere al derecho internacional en dos de sus artículos, y si bien promueve en su artículo 4 la integración, guarda silencio sobre la relación de los tratados internacionales con el derecho interno. El artículo 4 de la Constitución de Brasil prevé que la "República Federativa del Brasil se regirá en sus relaciones internacionales por los siguientes principios... prioridad de los derechos humanos....". Y el artículo 5, apartado 2, establece que los derechos y las garantías indicados en esta Constitución no excluyen otros que deriven del régimen y los principios adoptados por ella, o de los tratados internaciones en que sea parte la República Federativa de Brasil. Señala Pablo Luis Manili que el artículo 5 al mencionar a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos no enumerados en el texto constitucional hace que el derecho internacional de los derechos humanos se transforme en fuente de derechos con jerarquía constitucional a los efectos de completar el sistema de derechos y libertades fundamentales.

El artículo 4 de la Constitución[13] establece que la República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

1 independencia nacional;

2 prevalencia de los derechos humanos;

3 autodeterminación de los pueblos;

[13] Título I, de los principios fundamentales, Capítulo I, de los derechos y deberes individuales y colectivos.

4 no intervención;

5 igualdad de los Estados;

6 defensa de la paz;

7 solución pacífica de los conflictos;

8 repudio del terrorismo y del racismo;

9 cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;

10 concesión de asilo político.

Además, en párrafo único de este título, la Constitución establece que la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

El artículo 5 de la Constitución[14] establece una lista de derechos fundamentales.[15] La norma finaliza señalando que los derechos y garantías expresados 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.

5. Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el Título I, "de los principios fundamentales", artículo 4, señala a la Constitución como norma de las normas.[16] El artículo 9 establece el reconocimiento del derecho internacional.[17] El artículo 93 establece que los tratados de Derechos Humanos prevalecen en el orden interno. Los Derechos deben interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia. Por

[14] Título II, de los derechos y garantías fundamentales, Capítulo I, de los derechos y deberes individuales y colectivos.

[15] 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: (y aquí se presenta la lista de derechos).

[16] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

[17] Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

otra parte, si bien la Constitución de Colombia no menciona la jerarquía de los tratados e instrumentos internacionales respecto del orden interno, a los tratados internacionales de Derechos Humanos les da otro trato, toda vez que en su artículo 93 también señala su jerarquía, siendo esta supralegal. La Constitución Política de Colombia se refiere a las relaciones exteriores en el Capítulo VIII, "De las Relaciones Exteriores", en sus artículos 224, 225, 226 y 227.

El artículo 44 se refiere a los derechos fundamentales de los niños[18] y dispone que éstos gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El artículo 93 dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.[19] La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.[20]

Por su parte, el artículo 94 dispone que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

El capítulo VIII de la Constitución regula el tema de las relaciones internacionales y dispone, en su artículo 224, que los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente,

[18] Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

[19] Adicionado por el artículo 1 del A.L. No. 2 de 2001.

[20] Adicionado por el artículo 1 del A.L. No. 2 de 2001.

deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.

En su artículo 225 la Constitución dispone que la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, cuya composición será determinada por la ley, es cuerpo consultivo del Presidente de la República.

En su artículo 226 la Constitución dispone que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Finalmente, en su artículo 227 se señala que el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

6. Ecuador

La nueva Constitución de la Republica de Ecuador del año 2008 se refiere en su Capitulo Segundo a los Tratados e Instrumentos Internacionales. La jerarquía de estos instrumentos en el derecho interno se establece en su artículo 425, reconociéndole una jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, toda vez que los tratados se encuentran, de acuerdo a dicho artículo, por debajo de la Constitución, pero sobre el resto de las leyes.

Si bien en su artículo 424 menciona a la Constitución como la norma Suprema del Estado, es en este mismo texto en que se indica que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución, incluso una mayor, toda vez que en su inciso segundo este artículo señala: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El capítulo segundo se titula "Tratados e instrumentos internacionales" y establece, en su artículo 417, que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

El artículo 418 establece que a la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.

El artículo 420 dispone que la ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

El artículo 419 indica que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.

2. Establezcan alianzas políticas o militares.

3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.

4. Se refieran a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

El capítulo tercero se titula "Integración latinoamericana" y dispone en su artículo 423 que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.[21]

[21] Los otros compromisos de este artículo son: "1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política

El capítulo IX se titula "Supremacía de la Constitución" y dispone en su artículo 424 que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Dentro de este mismo título, el artículo 425 señala que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.[22]

7. Guyana

En la Constitución de la Republica de Guyana de 1980 no se encuentra norma que regule el derecho internacional ni la jerarquía de los tratados internacionales en relación al derecho interno. El artículo 8 de la Constitución dispone que la Constitución es la ley suprema de Guyana y, disponiendo la incompatibilidad en caso de inconsistencia con cualquier otra ley.

económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales. 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región".

[22] La norma termina indicando que la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

8. Paraguay

En la Constitución de Paraguay del año 1992 se encuentra regulado el derecho internacional en la Parte III del ordenamiento político de la república, Título I de la nación y del Estado, Capítulo I, de las declaraciones generales. También el capítulo II, titulado "de las Relaciones Internacionales" regula la materia en estudio (arts. 141 a 145).

El artículo 137 se titula "de la supremacía de la Constitución" y dispone que la ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.[23]

El Capítulo II, titulado "de las relaciones internacionales", dispone en su artículo 141, titulado "de los tratados internacionales", que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

El artículo 142, titulado "de la denuncia de los tratados", dispone que los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.

El artículo 143, titulado "de las relaciones internacionales", establece que la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

1 la independencia nacional;

2 la autodeterminación de los pueblos;

3 la igualdad jurídica entre los Estados;

4 la solidaridad y la cooperación internacional;

5 la protección internacional de los derechos humanos;

[23] La norma termina con la siguiente disposición: "Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

6 la libre navegación de los ríos internacionales;

7 la no intervención, y

8 la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.

El artículo 144, titulado "de la renuncia a la guerra", indica que la República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

El artículo 145, titulado "del orden jurídico supranacional", dispone que la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

9. Perú

La Constitución de Perú, en su capítulo II, titulado "de los tratados", señala en su artículo 55, titulado "tratados", que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. El artículo 56, titulado "aprobación de tratados", dispone que los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos humanos.

2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.

3. Defensa nacional.

4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

El artículo 57, titulado "tratados ejecutivos", dispone que el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de

la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

El artículo 200, titulado "acciones de garantía constitucional", establece que son garantías constitucionales (N° 4) la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.[24]

La cuarta disposición final y transitoria se titula "Interpretación de los derechos fundamentales" y dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

10. Surinam

En la Constitución Política de la Republica de Surinam, adoptada en 1987 y enmendada en 1992, no hay normas precisas de procedimiento mediante el cual se aprueban y ratifican los tratados internacionales ni se contempla el rango que las disposiciones de dichos tratados tienen en la jerarquía jurídica al interior del Estado. El artículo 72 de la Carta al determinar los asuntos de que se ocupan las leyes, señala en su numeral 1 a los tratados internacionales.

El artículo 7 de la Constitución establece en su numerando 2 que "la república de Surinam promueve el desarrollo del orden jurídico internacional y apoya la solución pacifica de las controversias internacionales".[25]

[24] La norma establece que "Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio".

[25] El artículo 7 en su forma íntegra dispone: 1. la república de Surinam reconoce y respeta el derecho de las naciones a la autodeterminación y la independencia nacional sobre la base de la igualdad, la soberanía y el beneficio mutuo. 2. la república de Surinam promueve el desarrollo del orden jurídico

El artículo 72, que se encuentra en el capítulo XI titulado "La Asamblea Legislativa", dispone lo siguiente: Sin perjuicio de lo que está reservado en otras partes de la Constitución para la regulación por la ley, los siguientes temas sin duda se determinaran por la ley: a. Tratados.

11. Uruguay

La Constitución Política de la Republica Oriental de Uruguay de 1967 solo se refiere al derecho internacional en la Sección I "De la nación y su soberanía", Capítulo VI artículo 6. Este artículo hace referencia a los tratados internacionales a efectos de indicar que se debe proponer "la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos"; pero no dispone expresamente su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno.[26] Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a concluir que en ese caso los tratados tienen rango de ley. No obstante ello, refiriéndose a tratados que consagran o reconocen derechos fundamentales la solución es distinta. En efecto, el artículo 72 de la Constitución uruguaya dispone que: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno". El referido artículo 72 ha llevado a parte de la doctrina a ensayar enumeraciones de cuáles serían los derechos, deberes y garantías no enumeradas, a los que debe reconocerse rango constitucional en razón de esta disposición. En efecto, CAJARVILLE y RISSO FERRAND señalan que la prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana y por ende tiene rango constitucional al encontrar hospedaje en dicho artículo 72, surge justamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a derechos humanos.

12. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se refiere en la primera parte del artículo 154 a los tratados en sentido estricto o formal

internacional y apoya la solución pacifica de las controversias internacionales.3. la república de Surinam rechaza cualquier agresión armada, cualquier forma de presión política y económica, así como cada una intervención directa o indirecta en los asuntos internos de otros estados. 4. la república de Surinam promueve la solidaridad y la colaboración con otros pueblos en la lucha contra colonialismo, neo-colonialismo, el racismo, el genocidio y en la lucha por la liberación nacional, la paz y el progreso social. 5. la república de Surinam promueve la participación en las organizaciones internacionales con el fin de establecer la convivencia pacífica de paz y progreso para la humanidad.

[26] Artículo 6°. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

cuando expresa *"los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República ..."*[27]. De esto se colige que un tratado, para que obligue internacionalmente al Estado, debe formar parte del ordenamiento jurídico interno, y aunque la nueva norma de la Constitución no hace mención sobre la Ley Especial Aprobatoria,[28] se infiere que la situación se mantuvo igual, puesto que el vigente texto constitucional contempla en su artículo 187 que corresponde al poder legislativo aprobar por ley los tratados internacionales; por lo tanto, este tipo de acuerdo internacional requiere para su perfeccionamiento de la aprobación legislativa y de la ratificación por parte del Presidente de la República. Sin embargo, el artículo 154 en análisis plantea en su segundo párrafo la categoría de acuerdos simplificados, y establece cuatro excepciones para los tratados internacionales que no requieren ni aprobación legislativa, ni ratificación, siendo éstas las siguientes:

Tratados mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República.

Tratados mediante los cuales se trate de aplicar principios expresamente reconocidos por la República.

Tratados mediante los cuales se trate de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales.

Tratados mediante los cuales se ejercen facultades que la ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional.

El texto constitucional expresa en su artículo 23 que: *"Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República ..."*.[29] La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha otorgado a estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos una jerarquía especial, que se traduce en el otorga-

[27] Artículo 154: Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

[28] Como sí lo hacía la derogada Constitución de 1961.

[29] Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

miento de rango constitucional, lo que significa que las normas contempladas en estos tratados prevalecerán en el orden interno y, consecuencialmente, serán aplicadas con preferencia a las leyes internas; y de igual manera puede observarse que contempla un orden supraconstitucional, en el sentido de que estos tratados sobre derechos humanos tendrán una aplicación preferente en la constitución de Venezuela, en la medida que consagren disposiciones con mayores garantías en cuanto al goce y ejercicio de estos derechos que las contenidas en el propio texto constitucional; esto es lo que Carlos Ayala denomina "el fenómeno de la constitucionalización de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales".

Por su parte, el artículo 37, que se encuentra en el capítulo II, titulado "de la nacionalidad y de la ciudadanía", sección primera, dispone que el Estado promoverá la celebración de tratados internacionales en materia de nacionalidad, especialmente con los Estados fronterizos y los señalados en el numeral 1 del artículo 33 de la Constitución.

El artículo 153, que se encuentra en el Título IV, titulado "del Poder Público", Capítulo I, titulado "de las Disposiciones Fundamentales", Sección Primera, titulada "Disposiciones Generales", dispone que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

13. Conclusiones preliminares

Un primer hallazgo aparece al notar que el tema es tratado por la mayoría de las Constituciones de la región. Solo excepcionalmente el tema está ausente de regulación constitucional. También es interesante notar la tendencia a darle mayor importancia al derecho internacional en las versiones actuales de las Constituciones por sobre la forma en que se regulaba la materia en versiones anteriores de esas mismas Constituciones. La regla general es darles a los tra-

tados internacionales un alto rango dentro del ordenamiento jurídico nacional, pero por debajo del rango constitucional. En algunos casos esta regla tiene una importante excepción. En efecto, varias Constituciones otorgan a los tratados internacionales de derechos humanos un rango superior, constitucional, y que se encuentra en la cúspide jerárquica de la normativa nacional. En este sentido, es interesante observar la norma de la Constitución boliviana, que establece que "los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con **los tratados internacionales** de derechos humanos ratificados por Bolivia". En general, la técnica legislativa se construye en el sentido contrario, esto es, que las normas contenidas en tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución Política. En el caso boliviano, las normas constitucionales se interpretarán de acuerdo con lo preceptuado en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Se deriva de lo anterior el elevado rango que otorga el ordenamiento jurídico boliviano a los mencionados tratados.

También hay normas de contenido abierto, general y programático. Por ejemplo, la Constitución de Surinam establece que "la república de Surinam promueve el desarrollo del orden jurídico internacional y apoya la solución pacifica de las controversias internacionales". Cabe preguntarse qué significa precisamente la promoción del orden jurídico internacional. Tal vez una interpretación conservadora apunte a que la norma apunta a que Surinam es un Estado que se declara respetuoso de las normas del derecho internacional y que hace suyos los principios y postulados generales de tal derecho en sus normativas internas o en sus interacciones internacionales. Sin embargo, no parece fácil colegir de la norma que el derecho internacional tenga un rango constitucional o supraconstitucional en ese Estado. Y de no tenerlo, cabe preguntarse sobre el sentido y finalidad de la norma, ya que el respeto al derecho internacional en sentido general es ciertamente una conducta que se espera de todos los Estados de la comunidad internacional y no se espera que tal conducta sea explicitada en los textos constitucionales de cada país. Este punto puede hacerse en forma más acentuada aún al considerar la segunda parte de la norma, esto es, que Surinam apoya la solución pacífica de las controversias internacionales. Ciertamente, puede decirse que todo Estado que sea miembro de Naciones Unidas necesariamente debe apoyar la solución pacifica de las controversias internacionales, ya que éste es un requerimiento explícito de la organización y parte de los requerimientos para ser miembros y permanecer en la organización es precisamente cumplir con los mandatos de la Carta de Naciones Unidas, entre los que se encuentra el analizado. La Constitución de Chile (y de muchos otros países) no contiene norma similar alguna y, sin embargo, se encuentra obligado, tal como Surinam, a solucionar en forma pacífica las controversias internacionales en las que se pueda ver involucrado. Entonces vuelve a aparecer la pregunta sobre el sentido y alcance de la norma constitucional de Surinam. Y es desde aquí que se puede intentar

una interpretación más audaz que, necesitando encontrar sentido a la norma, se concluya que apunta a darle al derecho internacional un rol y un rango al menos constitucional.

También es interesante observar lo sucinto de las menciones al derecho internacional de la Constitución Política de Brasil. Más aún, al analizar las pocas normas constitucionales que se refieren al tema, llama la atención de inmediato que se trata de normas más bien operativas y ordenadoras, pero que no establecen una opción de jerarquía frente al ordenamiento jurídico nacional. En otras palabras, la Constitución no regula el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño ni la forma en que tales tratados (y el derecho internacional en general) operan vis a vis las normas constitucionales. Es posible especular que tal situación no es producto del azar o del olvido por parte del constituyente brasileño, sino que forma parte de una opción consiente de no abordar el tema explícitamente en el texto constitucional. Por cierto, esta opción no ayuda en el intento de desentrañar y responder la interrogante sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño, materia que se ha tenido que ir construyendo a través de las decisiones jurisdiccionales que impliquen el punto.

También hay Constituciones que no tiene referencia alguna al derecho internacional o a la jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno. Es el caso de Guyana.

En síntesis, en el contexto sudamericano es posible encontrar una amplia gama de opciones en la forma en que las distintas Constituciones Políticas de los Estados de la región abordan el tema del derecho internacional, desde aquellas que simplemente ignoran el tema a aquellas que le otorgan un alto rango en el ordenamiento jurídico, pudiendo ciertos tratados adquirir el rango constitucional e incluso obtener una jerarquía superior a la Constitución.

Procedería continuar analizando Constituciones Políticas de otras regiones del planeta de manera de poder observar las formas y opciones que tales ordenamientos jurídicos han adoptado en relación con el derecho internacional en general y con los tratados internacionales en particular.

Referencias

Constituciones políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Campusano, Raúl F. "La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año XI, volumen 23, enero 2011.

Campusano, Raúl F. "Tratados y el Derecho Internacional en la Reforma Constitucional de 2005". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año VII, volumen 13, enero 2006.

Henríquez, Miriam. "Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos". *Estudios Constitucionales*, año 6, N° 2, Universidad de Talca, 2008.

Ribera, Teodoro. "Los Tratados Internacionales y su Control a Posteriori por el Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 1, Universidad de Talca, 2007.

Verdugo, Sergio. "Entre la Responsabilidad Internacional del Estado y la Supremacía de la Constitución: Una Propuesta para Enriquecer en Debate Nacional". Revista *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Julio 2010.

¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?

Ignacio Covarrubias Cuevas[1]
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del Desarrollo

"La familia es deseable como instrumento para la transmisión de la moral, la educación, los gustos y el conocimiento..."
(Hayek, Fundamentos de la libertad)

Resumen: este trabajo plantea que la Constitución Política –como la mayoría de las normas jurídicas– no es valorativamente neutra. No lo es en materia política y económica, menos todavía en lo que dice relación con la regulación de instituciones fundamentales como la familia (y sus elementos constitutivos). Lo anterior se debe a que si bien la Carta Fundamental debe respetar las distintas formas de vida que no sean delictivas ni atenten contra el interés público, sólo ha de promover, incentivar y proteger aquellas que sean socialmente valiosas, entre ellas la familia, constituida a partir de un hombre y una mujer. En tal sentido, se sostiene que la Ley Fundamental no consagra el derecho al reconocimiento de la diversidad –una cosa es tolerar la diversidad y otra es favorecer todo tipo de diversidad–, sin perjuicio del respeto humano que debe brindarse a las distintas formas de vida, lo que supone la no discriminación arbitraria respecto de las mismas.

***

1. Sentido de la Constitución Política: elemento aglutinador a falta de consensos básicos.

La Constitución Política no debe regular detalles propios de la norma legal o reglamentaria. Por ello es que no constituye la única fuente de juridicidad ni tampoco de invalidación automática de las normas que no concuerden con ella por tratarse de la norma jerárquicamente superior.[2]

[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] Vid. Pereira Menaut, Antonio Carlos (1998): *Teoría Constitucional*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, p. 14.

Sin embargo, la naturaleza de la Ley Fundamental no es únicamente jurídica, sino que también posee un indudable carácter político en cuanto fuente de libertad, de limitación del poder y de estructuración del mismo, que garantice a las personas una esfera irreductible de derechos y libertades. Esto hace que la atención deba centrarse en su contenido, antes que en su forma, pues considerada en su solo carácter normativo o en el modo de organización, las Constituciones "pueden ser liberales, autoritarias o totalitarias";[3] en cambio, si se atiende principalmente a su finalidad, no resultará indiferente su contenido.

Dicho de otro modo: si la Constitución tiene por objetivo primordial la contención y configuración del poder, no tienen cabida las Cartas totalitarias ni totalizantes de ningún signo, por muy perfecta que resulte su estructura formal.[4] Según Lowenstein, dentro de los elementos esenciales de una Constitución, se encuentra el "reconocimiento y protección de los derechos individuales y las libertades fundamentales"[5] con el objeto de favorecer la dispersión del poder. Friedrich, por otra parte, sostiene que la Constitución existe para proteger al individuo "contra las interferencias en su estado personal",[6] afirmando que una de las fuentes de limitación reside en la doctrina del Derecho Natural y en el Cristianismo, que consideran a la persona –de modo similar a como lo consagra nuestra Carta en su artículo 1°– "como el valor final"[7] del ordenamiento jurídico.[8]

Si las cartas constitucionales sirven de contención al poder y la primera barrera a la naturaleza expansiva del mismo se encuentra en la familia, no puede sino resultar plenamente coherente con la finalidad de la Constitución Política una norma que vele por su resguardo y protección, máxime si se trata de una sociedad en que falte o sea escaso el acuerdo sobre lo fundamental.[9] Por el contrario, si existe un acuerdo inamovible en materias fundamentales en una sociedad determinada, pareciera aceptable que las normas constitucionales dejaran progresivamente de pronunciarse sobre ello.

Por ejemplo, creemos que muy pocos se atreverían hoy siquiera a sostener que es imprescindible mantener aquella parte de la disposición del artículo 19 N° 2 que prohíbe la esclavitud, pues respecto de esta materia existe un acuerdo

[3] Ibíd., pp. 15-16.

[4] Ya Hamilton, en *El federalista* N° 84 decía que la "Constitución (...) es una carta de derechos". confirmando el contenido esencial que queremos atribuirle aquí. En *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. pp. 365-373.

[5] Lowenstein, Karl (1986): *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, pp. 149-150.

[6] Friedrich, Karl J. (1975): *Gobierno Constitucional y Democracia*, Madrid, T. I, p. 39.

[7] Ibíd., pp. 68-69.

[8] De la referida disposición constitucional comienza el concepto de la persona como valor principal y último, de donde deriva, asimismo, el principio de servicialidad del Estado para con la persona, reconocido en el artículo 1° inciso 4° de la Carta Fundamental.

[9] Pereira Menaut (1998), p. 18.

fundamental. Así, del mismo modo que sobre ciertas materias habría acuerdo en lo fundamental, es evidente que no ocurre lo mismo respecto de otros muchos temas, por lo que creemos que no sólo resulta legítimo, sino indispensable a la naturaleza misma de la Carta Política y a la subsistencia misma de la sociedad, que ella se pronuncie –sin el detalle propio de la normativa inferior– respecto de cuestiones que resultan fundamentales para el devenir de la sociedad, pues aquella en que no existen convicciones básicas comunes que sean compartidas su cohesión social se encuentra en entredicho.

Resulta un contrasentido afirmar que una Constitución debe fijar las reglas del juego de la convivencia social y al mismo tiempo aceptar que haya un campo vedado para ella en temas tan relevantes acerca de la concepción de las bases mismas de la sociedad, entre ellas, la familia y sus elementos constitutivos. Más aún, cuando un pueblo carece de un sustrato común –religioso, histórico, de costumbres–, debe más aún considerar la ley, particularmente criminal y constitucional, como búsqueda de una expresión y fuente común de valores[10] que puedan cumplir una función de arraigo social unitivo.

1.1 Rol pedagógico y legitimador de las normas jurídicas. El caso de la Constitución

Aunque el ordenamiento jurídico no contemple dentro de sus finalidades primordiales hacer virtuosas a las personas, ello no significa que no pueda cumplir un –modesto aunque no trivial– rol pedagógico. "El sistema jurídico de un país, al igual que otras expresiones como el arte, la religión y la economía, influye y es influido por la cultura en la que se desenvuelve".[11] La profesora Mery Ann Glendon ha sostenido: "*Con frecuencia, encandilados por el poder coercitivo del derecho, tendemos a minimizar sus facetas persuasivas y constitutivas*",[12] soslayando la continua interacción entre las normas jurídicas, las ideas, los sentimientos y el comportamiento humano,[13] relación que emana principalmente de la asociación, un tanto inconsciente, que se hace entre legalidad y legitimidad: existe una presunción fáctica de que lo jurídico es loable. Al menos existe la posibilidad de que el derecho adquiera la fuerza de la costumbre.

Ya Tocqueville afirmaba que la libertad local –de la pequeña comunidad o ayuntamiento– era fácilmente destructible si no cristalizaba en las costumbres y que el modo de hacerla entrar en los hábitos no podía ser "*sino después de haber subsistido por largo tiempo en las leyes*",[14] de donde se desprende la necesaria retroalimentación entre derecho y costumbre. El solo hecho que las

[10] Glendon, Mary Ann (1987): *Abortion and divorce in western law*, Harvard U. Press, Cambridge, p. 139.
[11] Glendon, Mary Ann (1989): *The transformation of family law*, Chicago U. Press, Chicago, p. 311.
[12] Ibíd., p. 10.
[13] Ídem.
[14] Tocqeville (1996): *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 78.

palabras estén contenidas en una norma jurídica –decía Stuart Mill– hace que sean referenciales; que sirvan de punto de contraste.[15] A juicio del primero, los conceptos jurídicos pueden contribuir a conformar el mundo interior de convicciones, actitudes y anhelos que constituyen los resortes ocultos de la acción personal y social.[16]

Si los símbolos –como el lenguaje– se consideran importantes, con mayor razón lo son las normas jurídicas, y dentro de ellas, obviamente, la Constitución Política. La sola existencia de políticas públicas sobre el núcleo fundamental de la sociedad –y de "un lenguaje de protección constitucional a las familias, los niños, y la sociedad venidera–, permanecen en la conciencia de tales políticas oficiales"[17], por lo que la ausencia de un factor indiscutidamente relevante para las bases sociales contribuye necesariamente a empobrecer las políticas aplicables en tal campo.[18] Así, el ordenamiento jurídico parece generar un cierto efecto en el modo de vida de las personas, no obstante lo dificultoso que resulte determinar con precisión el quantum en que se produce tal interacción.

Por otra parte, creemos que la imposibilidad de identificar el ordenamiento jurídico con una sola noción de virtud, no significa que aquél deba permanecer impasiblemente neutral en todas las controversias que puedan tener incidencia moral.[19] Recordemos que para definirse neutralmente es preciso previamente haberse definido moralmente, pues "rehusar tomar una posición moral constituye una postura moral en sí misma".[20] Esto se vincula con el punto a tratar inmediatamente.

Si el efecto legitimador que ejerce el derecho en las conductas humanas resulta ser efectivo, no parece recomendable que el legislador efectúe su labor con indiferencia de los efectos sociales que puede generar el modelo legislativo, pues no resulta razonable legitimar toda diversidad por el hecho de presentarse como tal, sino que –como veremos– atendido el carácter de bien socialmente deseable.

[15] Mill, John Stuart (1984): *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, p. 73.
[16] Glendon, Mary Ann (1988): "El lenguaje de los derechos", en *Revista de Estudios Públicos*, N° 70, Santiago de Chile, pp. 78-79.
[17] Glendon (1987), p. 136.
[18] Ídem.
[19] Ídem.
[20] Ídem.

1.2 Imposibilidad de neutralidad axiológica en una Ley Fundamental: opción valorativa en materia de instituciones sociales básicas, de pluralismo político y de sistema económico

Sentada, a nuestro entender, la importancia del contenido de una Carta Fundamental –como rasgo esencial de la misma–, ésta no puede resultar neutra, porque ningún contenido jurídico los es. Por el contrario, posee una resuelta definición valórica. Hay una opción escogida. No se eligen todos los caminos; tampoco uno solo, pero hay un sentido, una dirección hacia la cual debe irse. Si toda actividad humana se hace en vista a un fin, con mayor razón las acciones políticas, que son todavía menos neutras que el resto de las acciones humanas, porque ésta siempre se hace en pos "de un proyecto o modelo de sociedad, o de la búsqueda del bien común".[21]

La Constitución Política constituye "la expresión de una determinada manera de entender el mundo, la vida y el hombre",[22] por lo que jamás puede resultar axiológicamente neutra, ni siquiera las que se denominan como tales, pues tal supuesta "neutralidad" también deriva de una visión precisa y determinada del hombre y de la sociedad.[23] Si la convivencia social es consecuencia de la naturaleza de las personas, un orden de alguna especie es requerido como condición necesaria para tal convivencia.[24] De ahí que orden devenga en ordenamiento –jurídico en nuestro caso–. Así, la elección de los medios –las normas jurídicas– para lograr los fines –políticos en sentido amplio– no resulta indiferente. De aquí se deriva, a su vez, que a menos que se trate de normas verdaderamente neutras –como la reglamentación sobre la señalización de tránsito– muchas, y todas las de naturaleza dogmático-constitucional, presuponen ineludiblemente opciones valorativas.

Si se sostiene que derechos como la vida y la propiedad (que presuponen opciones no neutrales) deben ser objeto de regulación constitucional, ¿por qué motivos habría de excluir la referencia a las instituciones fundamentales, como la familia y los elementos constitutivos del matrimonio? ¿Resulta suficiente intentar como respuesta que respecto de los primeros habría un cierto consenso en reconocerlos, mientras ello no ocurriría con otras instituciones, como la familia? Este argumento no resulta ser el punto central. Si así lo fuera, la discusión se reduciría a una cuestión de consensos o de amplia mayoría, lo que tornaría inestables bienes tan relevantes como la vida y el honor. Bastaría

[21] Pereira Menaut, Antonio Carlos (2000): *Doce tesis sobre la política*, Universidad Autónoma de México, México, p. 15.

[22] González Navarro, Francisco (1992): *El Estado social y democrático de derecho*, EUNSA, Pamplona, pp. 13-16.

[23] A modo de ejemplo, ¿más de alguien podría sostener que la supuesta "neutralidad del artículo 1° del Código Civil Chileno no es sino consecuencia de la inspiración decimonónica que inspira a dicha obra en diversas materias?

[24] Sir Vinegradoff, Paul (1992): *Introducción al derecho* [título original: *Common sense in law*], Fondo de Cultura Económica, México, pp. 14-15.

señalar que nadie –ni siquiera la minoría– estaría en desacuerdo con la sola idea de proteger la institución familiar, para que quedara sin regulación. La cuestión debería centrarse en los motivos por los que consideramos no sólo legítimo, sino también conveniente, que el fortalecimiento de la familia esté consagrado en la Carta Fundamental, como, asimismo, lo debe estar, entre otros derechos y libertades, el de propiedad y la libertad de opinión.

La respuesta se configura a partir de la convicción de que la convivencia social es posible cuando se fijan normas básicas para regular la conducta normal y habitual de las personas, además de las reglas propias de la convivencia política, tales como las relaciones entre los sexos y el intercambio de bienes[25] que redunden en un bien socialmente valioso. Ello da algunas luces acerca del motivo porque la Carta Fundamental deba ocuparse de tales temas –fundamentales– y no, por ejemplo, de las relaciones de poder de los accionistas minoritarios en una sociedad anónima.

1. 3 Digresión sobre la opción elegida

Del mismo modo en que el constitucionalismo nació como escudo frente al absolutismo político y luego hizo frente al absolutismo económico, no sería curioso que debiera enfrentarse al absolutismo valórico, que pretende implantar el mismo molde del igualitarismo uniformador para todos. No podemos sino coincidir en que la Carta Fundamental constituye ante todo un límite al poder, pero éste se manifiesta de diversos modos en la historia, por lo que la Constitución, no cabe duda, ha de ser un dique de contención, pero a los embates que corresponde afrontar en su momento histórico determinado. Podrá adoptar diversas modalidades, pero su identificación quedará, de algún modo, perfilada cuando el perjuicio haya de comenzar a sufrirlo el ejercicio de los derechos de las personas o la integridad de las instituciones sociales, para cuya defensa surgió el concepto de Constitución.

Igualmente que la homónima alemana, la Carta chilena consagra un pluralismo político limitado al establecer la inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización por cuyos actos u objetivos "procuren el establecimiento de un sistema totalitario",[26] entre otras conductas descritas. No sería legítimo, en virtud de la norma citada, permitir el libre juego político de movimientos o partidos que posean una concepción totalitaria del hombre, de la sociedad, sin respetar "los principios básicos del régimen democrático y constitucional".[27]

[25] Ibíd., p. 15.
[26] Constitución Política de la República, art. 19 N° 15, inciso 6°.
[27] Ídem.

De modo análogo, en materia económica, la opción constitucional está dada por las normas de la denominada "Constitución Económica" o disposiciones sobre el "Orden Público Económico", existiendo a estas alturas bastante adhesión en considerar el principio de subsidiariedad –no obstante sus distintos énfasis e interpretaciones– no sólo como el principio inspirador y norma rectora en materia económica,[28] sino también como uno de los preceptos fundantes de la Carta Fundamental,[29] extensible como criterio y norma en ámbitos tan relevantes como la salud, la seguridad social, la educación, y a todo el rico entramado social que tiene su base constitutiva en la familia y su expresión en los cuerpos intermedios de la sociedad.

Esta aceptación de un pluralismo político que rechaza el totalitarismo, junto al reconocimiento de la propiedad privada, así como de la libre iniciativa económica, además de la imposición de restricciones inherentes a la actividad empresarial del Estado, sitúan a nuestro país dentro de la constelación de Estados que adhieren a una concepción determinada del hombre y de la sociedad en relación con el sistema económico de mercado.[30]

Si se consagra la existencia de un pluralismo político restringido (opción valorativa), los cimientos de un sistema económico de mercado (opción valorativa), ¿cómo es posible que la Carta Fundamental no haya tomado una definición en una materia considerada institución fundamental de la sociedad, entre las cuales, por cierto, está la familia (opción valórica)? Si la Constitución excluye ciertas opciones políticas y económicas, ¿por qué no puede rechazar, al mismo tiempo, determinadas visiones que, a juicio de ella, destruyen el concepto de familia como bien socialmente deseable?

Sentado que existe una opción, debemos procurar determinar su contenido, el que lleva en sí mismo su delimitación. Descartada entonces la opción de que todo es posible bajo el alero constitucional, se sigue que hay una frontera, frente a lo cual cabe preguntarse si es ella difusa o no. Ciertamente creemos que no, pues si lo fuera aceptaríamos la tesis de que "todo cabe bajo ella", lo que redundaría en el absurdo constitucional de consagrar normas de modo tan amplio y abstracto que, respetándose su letra, dejaría una puerta abierta para herir de muerte a su espíritu. Si todo cabe bajo la interpretación de un término, éste ha perdido su sentido. Si algo significa cualquier cosa, en realidad no significa nada, frente a lo cual es mejor que no estuviera como norma.

[28] Vid. Cea Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, p. 168.
[29] Vid. Covarrubias Cuevas, Ignacio (2001): "El principio de subsidiariedad", en (Enrique Navarro, editor) *Veinte años de la Constitución Chilena*, Ed. ConoSur, pp. 69-61.
[30] González Navarro (1992), p. 16, menciona el texto constitucional chileno como un ejemplo de Constitución valórica.

Con todo, la circunstancia que no sea difusa no implica que no pueda ser flexible, pues, como todo límite, debe poseer cierta flexibilidad, el cual no puede extenderse al infinito; de lo contrario, no tendría razón de ser tal el límite. Lo capital es determinar dónde comienza tal frontera, de cuya magnitud dependerá, en algún modo, su extensión.

1.4 La familia y el matrimonio en la Carta Fundamental: la distinción entre respetar una realidad y promoverla o incentivarla como deseable

Asumiendo que la familia constituye un cuerpo social que no precisa de creación legal –pues ya existe de hecho antes que el mismo Estado–, ¿por qué el afán en otorgar reconocimiento oficial a algo que ya existe previamente? ¿Será por motivos religiosos? Ciertamente no; si así fuera, sería necesario no sólo otorgar protección legal a todos los ritos y sacramentos religiosos, sino también a toda práctica religiosa o que fuese representativa de diversas convicciones por el solo hecho de manifestarse. ¿Por qué entonces los Estados deben no sólo respetar, sino que, también, promover un marco jurídico de la familia o sus elementos constitutivos? Debido a que es el respaldo a un compromiso determinado –no cualquiera– el que constituye el marco más favorable a la estabilidad y desarrollo de la familia como de los hijos. El bien jurídico y social que el ordenamiento debe proteger en cuanto a la familia es el bien actual de los cónyuges (unión, ayuda mutua y procreación, etcétera), el de los futuros cónyuges y de los hijos (formación, educación, auxilio, etcétera).

En consonancia con lo dicho, creemos que el texto constitucional efectúa un reconocimiento de la familia que –en el texto y contexto de la consagración constitucional– debe entenderse como una realidad natural deseable, previa a toda normativización estatal. Basta un examen meramente literal como con textual para apreciar lo recién afirmado. En efecto, la Carta Política expresa que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad". Luego establece dos deberes del Estado en relación con la misma, a saber: "dar protección" y "propender al fortalecimiento de ésta", además de garantizarle –como grupo intermedio– "la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". Su existencia pre-estatal se desprende de la disposición constitucional que prescribe que el "Estado está al servicio de la persona humana" (art. 10, inciso 4° de la Constitución).

De poco valor resultará la consagración constitucional de la familia si no procuramos desentrañar el contenido normativo de la misma y, por tanto, su ámbito de protección. ¿Se trata de un concepto de familia fundado en un matrimonio entre un hombre y una mujer? o, por el contrario, ¿estamos hablando de un concepto sociológico que pudiera extenderse a todas las formas de unión entre personas que culturalmente se entiendan por grupo familiar?

La circunstancia de que el artículo primero de la Carta Fundamental no se refiera de modo expreso a la familia fundada en el matrimonio no significa que estemos frente a un concepto abierto e indeterminado, pues "parece ser indicio de que para el constituyente esto era algo obvio que no requería explicitación".[31] Cuando se habló de familia, como núcleo fundamental de la sociedad, se quiso referir al modelo paradigmático y clásico de la misma, que no es otro que el de la familia matrimonial.[32] El aserto del profesor Corral cobra vigor a la luz de las expresiones vertidas en el seno de la Comisión de Estudio como del Consejo de Estado respecto del alcance que debía darse a la norma constitucional que ordena la protección de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana que no estén expresamente consagrados en el texto, como en cuanto a los elementos constitutivos del matrimonio mismo, considerado éste como la única puerta de entrada para formar una familia.[33] Atendido que el texto constitucional limita expresamente –lo dice así– el ejercicio de la soberanía a un conjunto de derechos consagrados implícitamente, cabe preguntarse si debe estar comprendido dentro de tales "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", el derecho a contraer un matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Resulta atinente sustentar lo afirmado en la historia fidedigna de la norma: "El señor Presidente –del Consejo de Estado–, por su parte, da lectura a un memorándum relativo a qué derechos deben ser protegidos por la Constitución, a cuyo respecto no puede caerse en exageraciones ni menos aún en dar la idea de que los no mencionados explícitamente quedan fuera de tal amparo. Finalmente, el señor Philippi –miembro del Consejo de Estado– sugiere agregar en el inciso 3° del artículo 5°, después de la palabra "derechos", el término "esenciales", a fin de evitar que se abuse de la interposición del recurso de inaplicabilidad".[34] Por su parte, el miembro de la Comisión de Estudio de la Constitución, Jaime Guzmán, sostuvo de modo categórico lo siguiente: "(...) la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerda en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto a "los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana" (art. 5°, 2 de la Constitución). Ese le parece que es un límite de la soberanía,

[31] Corral Talciani, Hernán: (1994): *Familia y derecho*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, p. 29.

[32] Ídem.

[33] Ugarte, José Joaquín (1980): "La familia como sociedad natural", en *Revista Chilena de Derecho*, VII, p. 177. Dice el autor que "Familia y matrimonio se presentan, así, como dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan: el matrimonio origina una familia. y en ocasiones constituye la familia misma". Asimismo. vid. Corral Talciani (1994), pp. 26-27, quien afirma que "es evidente que la legislación considera el matrimonio como la puerta de entrada a la familia", pues éste es "fuente de estado civil, y confiere a los cónyuges derechos sucesorios y también previsionales o asistenciales, en caso de muerte del otro".

[34] *Actas Oficiales del Consejo de Estado*, sesión 56, de 28 de noviembre de 1978.

porque tiene que ser algo que esté por encima del derecho positivo para que limite la soberanía"[35], clarificando luego que en la disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución "se precisa que la limitación para el ejercicio de la soberanía es la naturaleza humana y no la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, porque ésta es una manifestación de la voluntad de un conjunto, muy respetable, de ciudadanos, que puede haber omitido algunos derechos o considerado algunos equivocadamente y que incluso puede ser posteriormente reformada (...)".[36]

A mayor abundamiento, el mismo Guzmán, con ocasión de la discusión que se produjo al tratarse el derecho a la vida del que está por nacer, .expresó que "el problema –del aborto se entiende– no tiene que ver con la convicción religiosa. (...) la prohibición de toda forma de aborto es una norma moral independiente de la convicción religiosa, y exigible a todos los hombres. La verdad religiosa es una cosa que no se puede imponer. El problema es que se está ante una situación de ley moral natural. Señala el caso de la familia como célula básica de la sociedad (...)".[37]

Los conceptos vertidos han sido corroborados posteriormente por destacados profesores que fueron miembros de la comisión constituyente.[38] Bastante literatura se ha publicado, más de lo ya señalado, en relación a la recepción constitucional de la familia por parte de nuestra Carta Fundamental[39], por lo que quisiéramos enfatizar algunos aspectos constitucionales no suficientemente desarrollados hasta ahora: la vinculación de la obligación del Estado de proteger y dar protección a la familia en relación con el derecho a la vida y, particularmente, con el derecho a la igualdad ante la ley.

Antes, basta sólo recordar que lo primordial que se ha dicho en relación al concepto constitucional de familia –reforzando lo ya dicho– es que si se atiende a la doctrina que inspira a la Carta de 1980 y a los valores que quiere salvaguardar, no ha utilizado el término familia como una mera categoría sociológica para aludir a cualquier configuración que adquiera la unidad de convivencia más inmediata al ser humano, de modo que el Estado, indiferentemente, tuviera que proteger y propender al fortalecimiento de familias poligámicas o de

[35] *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Constitución*, sesión 49, p. 17.
[36] Ibíd., sesión 54, p. 10.
[37] Ibíd., sesión 96, p. 19.
[38] Silva Bascuñán, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, T. IV, pp. 33-42; Bertelsen Repetto, Raúl (1991): "Constitución e indisolubilidad matrimonial", en *El Divorcio ante el Derecho*, Cuadernos de Extensión N° 2, Universidad de los Andes, Santiago.
[39] Soto Kloss, Eduardo (1994): "La familia en la Constitución Política", en *Revista Chilena de Derecho* N° 21, pp. 217-225; Reyes Zapata, Jorge (1998): *El concepto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad en la Constitución de 1980*, Tesis de grado para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile [inédito]; Van Den Wyngard, Jorge (1986): *La protección de la familia en la Constitución de 1980*, Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Chile [inédito].

uniones transitorias, como también al de la familia fundada en el matrimonio monogámico e indisoluble.[40] Semejante vaciedad de contenido tornaría inservible el sentido de las normas constitucionales que, en el caso de la familia, goza de un contenido preciso. Es la familia constituida a partir de un hombre y una mujer.

1.5 La vida como valor supremo

Sostenemos que toda legislación que tienda a debilitar a la familia o a horadar su fortalecimiento, no sólo infringe las normas constitucionales que le sirven de sustento –directa o indirectamente– y que se encuentran primordial, aunque no exclusivamente, en las Bases de la Institucionalidad, sino que afectarían la vigencia de bienes jurídicos cuya protección constitucional no sólo se encuentra resguardada en el primer capítulo de la Carta, sino que también en aquél referido a los "Derechos y Deberes Constitucionales". Habida consideración que la Constitución consagra como bien jurídico indiscutido a la familia, y descartado que el motivo para haberse referido a ella en los términos que lo efectúa sea sólo para reconocer su existencia, cabe añadir al respecto que basta leer el texto constitucional para evidenciar el verbo que el constituyente empleó, que no es el verbo reconocer, sino que proteger, además de propender a su fortalecimiento, correspondiendo al Estado brindarle protección y resguardo, pues para él no puede sino revestir especialísima importancia la unión entre hombre y mujer. ¿Por qué? Por el bien de los cónyuges casados y por el de los hijos –presentes y futuros–, pero particularmente por el bien de los segundos, pues es el único vínculo que puede generar nuevos seres humanos, imprescindibles para la subsistencia misma de la especie y, por tanto, de la comunidad.[41]

Quizás no hemos reparado con la debida atención en que todas las normas, derechos y libertades que la Constitución asegura y reconoce sólo cobran sentido y pueden ser comprendidos a partir del derecho a la vida, ya no solamente considerado en su faz actual –esto es, el derecho que va desde el concebido en el vientre materno hasta el que muere por causas naturales–, sino también en su dimensión potencial y valorativa, como un objetivo hacia el cual dirigirse y que el orden jurídico debe proteger no sólo a posteriori, cuando es afectado directamente –como el mencionado derecho a la vida–, sino que además preventivamente por tratarse de un valor que, aunque no se diga expresamente, constituye el principio matriz de los restantes principios fundantes de

[40] Bertelsen Repetto, Raúl (1991), p. 86; Cumplido Cereceda, Francisco (1996): "Matrimonio, la familia y la filiación en el constitucionalismo chileno", en *Estudios Sociales* (Corporación de Promoción Universitaria) N° 88, pp. 207-2011, quien ha añadido que "hay constancia que en estas normas el constituyente reconoció que seguía la concepción humanista y cristiana del hombre y de la sociedad", concluyendo, al respecto, que cabe "una interpretación finalista del derecho constitucional".

[41] Stith, Richard (2001): "Un argumento liberal contra el reconocimiento jurídico de las uniones de personas del mismo sexo", en VI Simposio sobre el Individuo, *Comunidad y Nuevos Estilos de Vida*, San José de Costa Rica [inédito], pp. 1-2.

la Constitución como de las normas contenidas en la misma. Ningún valor,

la Constitución como de las normas contenidas en la misma. Ningún valor, derecho o libertad proclamado por la Carta Fundamental, puede ser superior a la vida, "que es el valor supremo".[42] No en vano la Constitución en su primer artículo prescribe: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". ¿Qué libertad, igualdad o justicia es posible siquiera concebir sin la vida de sus eventuales titulares? Su desprotección implica, consecuentemente, el debilitamiento de todo el resto de los derechos humanos, ya que su ausencia impide la posibilidad misma de su concreción,[43] pues "[s]i no se tiene el derecho a ser, no hay posibilidad de tener ningún derecho".[44]

Si la motivación radical de la familia como bien –antropológico, económico y jurídico–, cualquiera sea su denominación, consiste en la necesidad de dar vida a la humanidad, cuidando de ella, convengamos que será la familia fundada en un matrimonio, y dentro de ésta aquella que posee los atributos de unión entre un hombre y una mujer, toda vez que parece de toda evidencia que la condición más favorable para que una comunidad –cualquiera que sea– se desarrolle más plenamente, es en una situación de estabilidad, procreación y educación de los hijos. Del mismo modo como existen políticas públicas de educación y en materia económica (por ejemplo, el subsidio o exención tributaria por cada nacimiento en familias superiores a cierto número de hijos) en fomento al desarrollo y crecimiento familiar, también hay instrumentos jurídicos que colaboran en su fortalecimiento. La protección de la familia se nos presenta como un imperativo insoslayable en la defensa del valor de la vida, como garantía de la continuidad de la misma, y resulta indudable cuál estructura es aquella que favorece la generación y proyección de la vida: la que tiene más probabilidades de ser fecunda.

1.6 La libertad y la igualdad. ¿Existe el derecho al reconocimiento de la diversidad?

La libertad, como respeto, es una exigencia que todo Estado pluralista y democrático debe reconocer en cuanto ella no devenga en conductas antijurídicas o contrarias al interés público. Por ello, la Constitución Política asegura el respeto y la tolerancia a "la manifestación de todas las creencias".[45] Sentado entonces el principio que toda manifestación de las formas de vida no delictiva ni contraria al bien común merece respeto, cabe preguntarse si tales expresiones deban ser asimismo protegidas, promovidas o incentivadas. Una cosa es tolerar la diversidad y otra es favorecer todo tipo de diversidad. Por lo demás, tal sentido es el que corresponde a la terminología empleada por el texto constitucional

[42] González Navarro (1992), p. 62.
[43] Massini, Carlos Ignacio (1998): "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en (C. I. Massini y P. Serna, editores) *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, p. 211.
[44] Herrera Jaramillo, F. Javier (1984): *El derecho a la vida y el aborto*, EUNSA, Pamplona, p. 133.
[45] *Constitución Política de la República*, art. 19 N° 6, inciso 1°.

al diferenciar entre derechos y libertades.[46] ¿Cuál es entonces el criterio de razonabilidad en virtud del cual el orden jurídico debe no sólo respetar, sino proteger una manifestación social determinada? El que sea reconocido como un bien socialmente valioso.[47]

Como lo vimos, se trata de promover un compromiso permanente y sólido, el marco que más favorece a la obligación constitucional del Estado de "dar protección" y "propender al fortalecimiento" de la familia como de los hijos, de lo que se sigue necesariamente que el bien jurídico y social que el ordenamiento jurídico debe proteger y resguardar es el bien actual de los cónyuges, el de los futuros cónyuges y de los niños, sin olvidar, como usualmente ocurre, el cuidado de los ancianos, los enfermos y los discapacitados.

En atención al principio de la democracia, cada persona o grupo familiar adoptará –en nombre de la libertad y la tolerancia garantizadas– la forma de vida que le parezca más afín a sus convicciones y pareceres. Otra cosa, ya decíamos, es pretender que el Estado otorgue certificación oficial, como tutela, a aquello que no ha probado ser socialmente valioso. Incluso un liberal como Hayek sostenía lo siguiente: "Si el resultado de la libertad individual no demostrase que ciertas formas de vivir tienen más éxito que otras, muchas de las razones a favor de tal libertad se desvanecerían",[48] de lo que se desprende una valoración finalizada de la libertad, como un bien deseable personal y socialmente, como algo antes que cualquier cosa, como un fin al cual el orden jurídico debe tender.

Por ello, pensamos que la elasticidad de los preceptos constitucionales no resiste hasta la extensión de aceptar como protegibles aquellos modelos alternativos de familia que hoy día se discuten: aquella configurada por un matrimonio distinto al de un hombre y una mujer y la consecuencial adopción de hijos por parte de los mismos, entre otras.

[46] A modo de ejemplo, la Constitución asegura como derechos, en que hay un deber activo del Estado de protegerlos, el derecho a la vida del nacido como del que está por nacer; el derecho a la protección de la salud, a la educación y a desarrollar actividades económicas lícitas con las limitaciones que la propia Carta dispone, por ejemplo, respecto de la procedencia de la acción de protección sólo respecto de los denominados derechos de libertad. Como libertades, asegura la libertad de conciencia, de movimiento, de opinión e información, entre otras, debiendo el Estado tener un rol pasivo, un deber de no hacer: de no permitir que tajes libertades sean afectadas, pero no un deber de promoción respecto de las mismas, pues no existe un derecho a la libertad, un derecho de opinión o información, como tampoco un derecho a la vida privada.

[47] En contra, Peña González, Carlos (2000): "Democracia y minorías", en (A. Squella, edit.) *Democratizar la democracia: reformas pendientes*, Ed. LOM, p. 152, quien sostiene que una "democracia liberal, entonces, debiera tolerar y tratar con igual consideración y respeto a todas las formas de vida por igual, sin pretender que alguna posee mayor valor intrínseco que cualquier otra", lo que solo se entiende al afirmar que las "diversas formas de vida son valiosas [porque] contribuyen a acrecentar la búsqueda autónoma de la vida buena", o lo mismo, que la "pluralidad cultural no tiene, para el liberalismo, un valor en sí misma, [pues] se trata de un valor subordinado o instrumental a la autonomía", p. 149.

[48] Hayek, Friedrich (1998): *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, p. 121.

Descartado el argumento de la libertad, se podría argüir el derecho a la igualdad. El razonamiento podría ser más o menos el siguiente: si algunos gozan del derecho –la libertad la tienen todos– a un matrimonio tipo X, ¿qué impide a otros de gozar de la protección de un matrimonio o unión tipo Y, si es lo que estiman deseable conforme a sus convicciones? El objetivo de la igualdad es garantizar la igual y real libertad de todos sin discriminaciones, impidiendo que las pretensiones de unos menoscaben la libertad de otros, afectando con ello el necesario pluralismo.[49] Cosa distinta es erigir la diversidad en un derecho susceptible de tutela. Una cosa es la libertad para desarrollar las diversas formas de vida y otra es el derecho a la protección de todo proyecto de vida por el solo hecho de manifestarse. La igualdad ante la ley se sitúa en el justo intermedio, pues garantiza –en igualdad– la libertad en sus diversas manifestaciones, sin convertir toda diversidad en deber protegible por parte del Estado o de las personas.

Desde el punto de vista de qué es lo que el Estado debe proteger v/s respetar, la respuesta ya está dada. En cuanto a la igualdad, debe añadirse que la protección a la diversidad, asimilable a una errada concepción de la igualdad jurídica, no goza de protección constitucional. Erigir la igualdad en un derecho equivaldría a asumir como deseable toda diversidad por emanar de la autonomía personal. En tal evento, se correría el riesgo de considerar discriminatorio tanto que los homosexuales como cualquier otra modalidad de vida que la imaginación y autonomía permita, no contaran con el apoyo o beneficio estatal, por el solo hecho de tratarse de manifestaciones de una forma de vida que –según tal criterio– debería gozar de tutela jurídica.

Si resultase justificable lo anterior en vista de un inexistente derecho a la protección de la diversidad o de una malentendida igualdad –siguiendo el mismo predicamento– no habría motivo para dejar sin protección todo deseo o aspiración individual,[50] como tampoco para no seguir progresivamente con el reconocimiento oficial de manifestaciones sociales como las señaladas precedentemente, pues aceptada la protección de todas las formas de vida, resultaría coherente extender la elasticidad de las normas constitucionales hasta el punto de incluir en la promoción, por ejemplo, a la poligamia u otras formas de matrimonio plural. Lo señalamos nuevamente: una cosa es el respeto a la pluralidad de las formas de vida y otra es proteger toda pluralidad existente.

Ahora bien, aun en el evento de considerar la cuestión de la protección de las manifestaciones de la autonomía individual en nombre de la igualdad jurídica, su justificación fundamental comenzaría en algo respecto de lo cual existe consenso: que el principio de igualdad ante la ley no ordena otorgar

[49] Martín De Agar, José T. (2003): "Libertad religiosa, igualdad y laicidad", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 1, p. 107.

[50] Nada impediría brindar protección jurídica a las diversas –cerca de 21– manifestaciones de distinto género que hoy existen.

igual tratamiento a realidades que son en sí misma diferentes, sino que sólo prohíbe las diferencias arbitrarias, injustas, que sean contrarias a la naturaleza de las cosas o producto de un capricho.[51] Por tanto, dar un trato igualitario a situaciones que presentan diferencias estimables infringiría el principio de igualdad reconocido constitucionalmente.[52]

Atendido lo anterior, cabe preguntarse nuevamente si es dable, en nombre no de una diversidad descartada, sino de la igualdad ante la ley, equiparar jurídicamente los derechos de las personas que forman una familia fundada en un matrimonio entre hombre y mujer con las pretensiones de aquellos que quieran dar origen a una unión distinta. La respuesta dependerá del criterio de comparación que se emplee: un parámetro puede atender a la consideración de los interesados como ciudadanos; otro criterio enfatizará el hecho de ser miembros de una familia. ¿Cuál de ellos debe prevalecer? No se trata –sostiene Corral– "de los derechos que les correspondan a los hijos en cuanto individuos, sino en consideración a la relación con un grupo intermedio que la misma Constitución reconoce como fundamental: la familia".[53] Esta afirmación resulta clave toda vez que revela –sin decirlo expresamente– el tema de fondo que subyace al tratamiento de la igualdad.

En efecto, al efectuar diferencias, la autoridad no hace otra cosa que repartir cargas o beneficios con el fin de dar más o menos protección a un bien jurídico estimado importante para la sociedad. Al hacerlo, necesariamente otorgará protección a algún interés jurídico en desmedro de otro. Y como la vida presenta las más variadas manifestaciones, la cuestión clave reside en determinar el criterio en virtud del cual se efectuará la comparación entre cosas o personas diversas, a fin de resolver a cuál se otorga más relevancia. Un dicho popular refleja muy claramente el problema: "Se puede nivelar hacia arriba o hacia abajo". Un liberal como Robert Nozick lo ha aplicado en materia económica, sosteniendo que la igualdad de oportunidades puede lograrse de dos modos: una, empeorando directamente la situación de los más favorecidos (nivelando hacia abajo); la otra, mejorando la situación de los menos favorecidos (nivelando hacia arriba).[54]

[51] Evans de la Cuadra, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, T. II, p. 15.

[52] Vid. Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona. El autor otorga un rol clave al derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, que según Peña González, en ob. cit. p. 157, no sería otro que "el derecho a que mis peculiaridades se tomen en cuenta como las peculiaridades de cualquier otro", conceptualización que en principio estaría satisfecha con una fiel comprensión de la igualdad ante la ley como igualdad entre iguales, pues tales peculiaridades y diferencias de cada uno permitirán efectuar la comparación con aquellos que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias peculiares.

[53] Corral Talciani, Hernán: (1993): "¿Igualdad de lo desigual? Notas sobre la equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 1, p. 32.

[54] Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and utopia*, Basic Books, New York, p. 235.

La idea de que habla Nozick es el incentivo a un bien socialmente valioso –en su caso, el esfuerzo y mérito– sin perjuicio de otorgar las oportunidades al que no las ha tenido. Llevado esto al terreno de la igualdad jurídica, puede sustentarse en el mismo concepto, aunque difieran los instrumentos: no puede igualarse lo que no es igual; no pueden equipararse conductas que no son equiparables en razón del criterio de comparación que debe ser utilizado aquí: el del bien de la familia, cónyuges e hijos. No resulta indiferente para el derecho, como tampoco lo es para la economía, que se valore la constitución estable y permanente de una familia como equivalente a la simple unión o convivencia. Un igualitarismo a secas produce el efecto de poner en un mismo plano de equivalencia a conductas que provocan efectos opuestos entre sí, incentivándolas por igual. No se trata de perjudicar a aquéllos que desean una unión diversa –como vimos tienen la libertad de llevarla a cabo– sino de beneficiar a aquellos que opten por un compromiso en beneficio de los mismos cónyuges e hijos.[55]

Sostener que bajo el alero constitucional cabe legitimar toda convivencia familiar no sólo privaría de sentido las palabras puestas por el constituyente, sino que además atentaría contra el concepto mismo de Constitución, pues es natural al derecho mismo diferenciar, estableciendo preferencias por lo que se estima socialmente deseable. Lo contrario –proteger en un mismo plano toda unión sexual y afectiva– erigiría al principio de la autonomía individual en el parámetro de construcción social, sin atender a las consecuencias (negativas o positivas) de la opción voluntaria. El derecho pierde así parte fundamental de su ser: ponderar, discriminar lo deseable de lo no deseable. Ello constituiría una valoración apriorística del acto derivado de la autonomía como bueno per se, "sin entregar argumentos que permiten evaluar la conveniencia de la sustitución"[56], sentando ello un nefasto precedente respecto de ciertos derechos constitucionalmente resguardados, como el derecho a la vida, y contribuyendo a la pérdida de sentido de los mismos. En nombre de la autonomía individual, el derecho a la vida del inocente (que está por nacer o enfermo grave) correría serio peligro. Si pierde sentido el concepto de familia, no se divisa motivo para que tal confusión se extienda a los derechos fundamentales. No se favorecería "la familia", sino que "las familias", debiendo el Estado en sus políticas públicas y su legislación adoptar una prescindencia en la valoración del modelo más deseable u otorgando una protección a todas las modalidades existentes.[57]

Como afirmábamos en un comienzo, el tema no es la libertad, pues el pluralismo y la diversidad social y valórica ya están reconocidos por la Constitución. El punto está en si las distintas realidades deben ser igualmente valoradas, de donde se sigue que todas las modalidades de familia deben ser respetadas,

[55] Corral Talciani, (1993), p. 33.
[56] Vid. Corral Talciani, Hernán (2002): "Claves para entender el derecho de familia contemporáneo", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 1, p. 28.
[57] Ídem.

aunque una sola encuentre su protección en la Carta Fundamental: aquella que, luego de ponderados los antecedentes, permite concluir que es el modo más acorde para el bien de las personas. Un ejemplo al respecto: la circunstancia que la Constitución no favorezca el reconocimiento familiar a la unión entre homosexuales no significa que los homosexuales no puedan desarrollar sus formas de vida. La Constitución les respeta su opción de vida: pueden vivir y convivir entre ellos; expresar sus sentimientos, en privado y público; pueden adquirir bienes en común, e incluso podrían reclamar infracción al principio de igualdad ante la ley en caso que el dueño de un bien raíz adujera la homosexualidad como motivo para no darle en arriendo su inmueble.

Si se aplicara hasta sus últimas consecuencias la tesis de que la Constitución protege todo tipo de familia (unipersonal, homosexual, polígamas, entre otras), habría que convenir en que el derecho –constitucional o de familia– ha perdido sentido. Ha dejado de efectuar una labor de suyo imprescindible: ponderar y diferenciar, valorando lo socialmente deseable o, como dice Hayek, las formas de vida que tienen más éxito que otras.

A modo de conclusión

Si la Carta de 1980 consagró un pluralismo político con raíces valorativas y, asimismo, las bases de un sistema económico de mercado, también puede estimarse que estableció un marco valórico irreductible, pues la sociedad no puede quedar inerme frente a temas que inciden directamente en las bases fundamentales –de ahí viene la expresión Carta Fundamental– de su convivencia. De tal modo, como no se divisa razón lógica para que ello sea así, sí existen fundamentos jurídicos para sostener que el constituyente positivamente fijó tal marco inamovible que no puede quedar expuesto a las cambiantes mayorías.

Tras la pregunta acerca del modelo de familia contemplado por nuestro ordenamiento constitucional, la disyuntiva no es la libertad versus su carencia. Si un matrimonio fracasa, el ordenamiento jurídico no prohíbe a los cónyuges separarse; tampoco les impide "rehacer su vida". Quien lo estime conveniente actualmente posee la libertad para vivir con otra pareja, del mismo o distinto sexo, o con cuantas más quiera sucesivamente. En fin, las personas ya poseen la libertad de casarse o no casarse, de vivir de un modo o de otro.

Tampoco está en juego un supuesto derecho a la diversidad, pues el ordenamiento jurídico no lo contempla, salvo la libertad para desarrollar modos de vida diversos, de lo que no se sigue necesariamente la protección de toda manifestación diversa. Si se resguardasen tales manifestaciones no delictivas ni atentatorias al interés público por el solo hecho de emanar de la autonomía individual, el derecho dejaría de efectuar una de sus operaciones básicas:

ponderar la bondad o perjuicio de promover o abstenerse de ejecutar una conducta determinada.

En consecuencia, al analizar el modelo de familia desde el prisma de la igualdad, no podría concluirse a partir de allí la protección o fomento a distintas modalidades de unión entre hombre y mujer, entre personas de un mismo sexo u otras que no constituyan un bien social reconocidamente valioso, pues el *tertius comparationis* de la igualdad en relación con un bien jurídico determinado persigue el logro de la perfección del mismo. Aplicado ello a la familia, no puede sino consistir en su modo más estable y permanente: el de una familia fundada en un matrimonio entre un hombre y una mujer. Lo contrario no sólo llevaría al absurdo de otorgar a las normas constitucionales un contenido tan abierto y difuso que las privaría de toda eficacia, sino además erigiría diversas pretensiones, muchas veces atendibles, en derecho reclamable desde el punto de vista jurídico.

La libertad requiere de pluralismo, pero éste, llevado a sus extremos, termina aniquilando la libertad misma. De ahí que se trate de una libertad ordenada. ¿Hacia dónde? Hacia aquello que corresponde a un fin, pues todo orden conduce a una finalidad, lo que incide con lo señalado en cuanto a que una Constitución que garantice la libertad es aquella que da cobijo a las más variadas expresiones, respetándolas, pero sólo favoreciendo las que han probado constituir un bien razonable.

Libertad moderna y divinización Del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel

Julio Alvear Téllez
Profesor de Derecho Constitucional
Miembro de la Dirección de Investigación
Universidad del Desarrollo
Doctor en Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La filosofía política de Hegel constituye un eslabón definitivo en la definición del Estado moderno, como artificio racionalista y constitucional, que partiendo de la valoración de la libertad termina ahogándola. En el presente artículo se intenta probar esta tesis basado en la lectura directa de las obras de Hegel y de sus especialistas.

***

La filosofía especulativa de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), de peculiar dificultad para quienes no están habituados a su vocabulario, culmina con la consideración del Estado como encarnación del absoluto en la historia. En este proceso dialéctico hacia el absoluto, se le asigna un rol muy particular a la libertad, concebida como liberación de las trabas que encadenan al hombre, todo lo cual sólo puede comprenderse partiendo de la noción hegeliana de conciencia. Centraremos el estudio de la filosofía hegeliana en esta materia, refiriendo otros aspectos únicamente en la medida de lo necesario[1].

[1] Sobre la filosofía hegeliana en general, Román Cuartango, *Hegel: filosofía y modernidad,* Montecinos, Barcelona, 2005; Leonardo Polo, *Hegel y el posthegelianismo,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2006; Rubén Dri, *Hegel y la lógica de la liberación: la dialéctica del sujeto-objeto;* Biblios, Buenos Aires, 2007; Allen Speight, *The philosophy of Hegel,* Acumen, Stocksfield, 2008; Leonardo Polo, *Introducción a Hegel,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2010.
Sobre la filosofía política hegeliana, Eric Weil, *Hegel and the state,* (translated by Mark A. Cohen), Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1998; Walter Kaufmann (ed.), *Debating the political philosophy of Hegel,* AldineTransaction, New Brunswick, 2010.
Sobre la filosofía de la historia de Hegel, Karl Löwith, *De Hegel a Nietzsche: la quiebra revolucionaria del pensamiento en el siglo XIX,* (traducido por Emilio Estiú), Katz, Buenos Aires, 2008; particularmente pp.55-77 y el paralelo entre Goethe y Hegel, pp.23-53. El autor no distingue lo suficiente entre el cristianismo, en su realidad dogmática e histórica, y el "cristianismo" tal como lo entiende Hegel, para efectos de construir un "cristianismo filosófico", como le denomina Löwith.

Hegel visualiza la elaboración doctrinaria de la libertad de los modernos, anclada en un concepto de libertad de conciencia muy distinto al de la doctrina clásica greco-romana y católica. En sus *Lecciones de Filosofía de la Historia*[2] analiza los aportes del protestantismo y de la Ilustración, refiriéndose también, si bien genéricamente, a Kant. Ubica la libertad de conciencia dentro de un tópico más amplio, cual es el desenvolvimiento de la idea de libertad en la historia[3].

1) La conciencia desvinculada: antesala de la libertad absoluta, divinización del espíritu humano.

Nuestro filósofo representa el epítome acreditado de toda la doctrina de la modernidad acerca de la libertad de conciencia[4]. Pero al recibir una herencia tan querida para los modernos[5], la ensambla en su sistema peculiar. Los *Principios de Filosofía del Derecho*[6] ilustran este aserto. Hegel reivindica la autonomía

[2] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte: Filosofia da História*, (traducción de Hans Harden y Maria Rodríguez), Editora Universidade de Brasília, Brasilia,1995. Edición en alemán en Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; edición en español en Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia universal* (traducción de José Gaos), Alianza, Madrid, 2004. Citamos de acuerdo a la traducción de Hans Harden y María Rodríguez.

[3] A propósito del aporte protestante e ilustrado, Hegel le asigna un alto valor. Hemos de recordar aquí que su *Filosofía de la Historia* está precisamente destinada a sustentar la tesis de que *"la historia universal es el progreso en la conciencia de la libertad ... Esta aplicación del principio (de la libertad) en los asuntos del mundo, la actuación y penetración de él en la condición profana, he ahí el largo proceso que constituye la propia historia"* (Ibíd., *Introducción*, p. 25), historia que, en cuanto a la conciencia de la libertad, se inicia gracias al cristianismo. *"Sólo las naciones germánicas, en el cristianismo, tomaron conciencia de que el hombre es libre como hombre, que la libertad del espíritu constituye su naturaleza más intrínseca"* (Ibíd., p. 24). El desarrollo de esta conciencia se da en la modernidad y no hubiera sido posible sin la Reforma, el Iluminismo, la Revolución Francesa y Kant, que encarnan distintas etapas de liberación del hombre. De la primera, Hegel dice: *"este es el contenido esencial de la Reforma: el hombre está determinado por sí mismo a ser libre"* (Ibíd., p. 346). La obra de demolición de la Ilustración consistió, por excelencia, en incoar el proceso moderno contra lo sobrenatural cristiano (Ibíd., pp. 360-363). Fruto de la Revolución Francesa es el nacimiento del Estado con la difusión de los valores de la libertad y la igualdad (Ibíd., p. 364) y la destrucción definitiva de las particularidades que impedían la razón universal del Estado (Ibíd., p. 365). El *"curso"* de la Revolución Francesa y su *"significación histórico-mundial"*, expresan que contra la libertad de la tradición histórica se ha impuesto la libertad racional; las instituciones del Estado y del derecho estatal son los verdaderos momentos de esta libertad (Ibíd., p. 366). Por su parte, Kant presentó teóricamente el principio de que la voluntad absoluta quiere ser libre. *"La voluntad absoluta quiere ser libre ... La simple unidad de autoconciencia, el yo, es la libertad pura y simplemente independiente y la fuente de todas las determinaciones universales del pensamiento - la razón teórica, y del mismo modo, la más sublime de todas las determinaciones prácticas– la razón práctica como voluntad libre y pura"*. Ha llegado la hora de que la Idea de Estado, y con ella la conciencia de la libertad, se concreten en la historia en toda su virtualidad. Es lo que teorizará Hegel.
Sobre las distintas actitudes de Hegel hacia la Revolución Francesa, Paolo Becchi, *Hegel y las imágenes de la Revolución Francesa*, (traducción de Héctor Silveira), Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), N° 73, julio-diciembre de 1991, pp. 165-181.

[4] Sobre la idea de libertad en Hegel, Daniel Innerarity, *Las disonancias de la libertad. I.- Destino, tragedia e historia universal en Hegel*, en *Anuario Filosófico*, N° 23, 1990, pp. 61-78; Id., *Las disonancias de la libertad. II.- Destino, tragedia e historia universal en Hegel*, en *Anuario Filosófico*, N° 24, 1991, pp. 243-271.

[5] Sobre el concepto de Ilustración en Hegel, Cayetano Aranda Torres, *"La dialéctica hegeliana de la Ilustración"*, en *Diamon. Revista de filosofía*, N° 7, 1993, pp.103-115.

[6] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts: Filosofía del Derecho*, (traducción de Angélica Mendoza de Montero), Claridad, Buenos Aires, 1968, que incluye el prólogo de

moral pensando no tanto en el individuo cuanto en la humanidad como un todo, representada en la Idea de una conciencia desvinculada de toda legalidad divino-natural trascendente que la regle, capaz de definir por sí misma lo que es el bien y el mal, el derecho y el deber.

> "La conciencia expresa el absoluto derecho de la autoconciencia subjetiva, de saber en sí y por sí misma lo que es derecho y deber, y de no reconocer nada más que lo que ella conoce de este modo, como Bien; y al mismo tiempo de afirmar lo que ella sabe y quiere, es en verdad Derecho y Deber. La Conciencia, como tal unidad de la voluntad subjetiva y de lo que es en sí y por sí, es un santuario que sería sacrílego total"[7].

El auténtico sacrilegio no es violar lo divino trascendente, sino lo humano inmanente, la Conciencia de sí y para sí que define su propia regla de perfección, y que al hacerlo se transforma en un santuario símil de lo sagrado divino. Si el individuo quiere ser libre, tiene que conformar su conciencia a esta Idea racional de conciencia humana autodivinizada.

> "Si la conciencia de un determinado individuo es conforme a esta Idea de la conciencia, si lo que sostiene y da por bueno es realmente bueno, esto únicamente se reconoce por el contenido de lo que debe ser bueno. Lo que es Derecho y Deber como elemento en sí y por sí racional de las determinaciones de la voluntad, no es esencialmente ni propiedad particular de un individuo, ni en la forma del sentimiento ni de otro modo, de un saber singular, esto es, sensitivo; sino que se da esencialmente en forma de determinaciones universales pensadas, es decir, en forma de leyes y principio"[8].

La idea universal de autolegislación racional inmanente sustituye a los primeros principios de la razón práctica de la filosofía clásica. Esta transmutación es importantísima para la explicación del operar autónomo de la conciencia moral. El entendimiento humano requiere siempre de un padrón o regla que le sirva de criterio para juzgar. Hegel se lo da, y de un modo más consistente que Kant, pues ya no se trata de un imperativo categórico singular de pretensión universal, sino de una Idea de suyo universal, a la que se debe conformar el individuo. La Conciencia racional autónoma es la verdad para la conciencia individual.

> "La conciencia está sometida al juicio de si es o no verdadera; su invocación únicamente a sí misma contrasta inmediatamente con lo que ella

Karl Marx. Para la edición en alemán, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse,* mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

[7] Ibíd., N° 126, p. 135.

[8] Ibídem.

quiere ser: la norma de un modo de obrar racional válido en sí y por sí universal. El Estado no puede conocer a la conciencia en su forma propia, como saber subjetivo; tanto menos cuanto que la opinión subjetiva, la seguridad y la invocación a una opinión subjetiva tienen (sic; no tienen) valor científico"[9].

La mención al Estado nos lleva de la mano al problema de la tensión entre la conciencia individual y la Idea de Conciencia racional, subrogada por la ley positiva[10], que debe imponerse prescriptivamente a la primera. La tensión es clara, pues ni la ley racional ni la conciencia individual pueden dejar de ser lo que son. Volveremos más adelante sobre el tema.

En la *Filosofía de la Historia,* Hegel sostiene que espíritu, conciencia y libertad son entidades íntimamente relacionadas. Todo espíritu es esencialmente libertad[11], y ésta se configura –en nuestros términos– como liberación de toda intromisión extrínseca, es decir, de toda determinación que no nazca de la propia conciencia de sí.

"Cuando soy dependiente, entonces me relaciono con otro que no soy yo; entonces no puedo existir sin algo exterior. (Pero) yo soy libre cuando estoy en mí mismo. Ese "estar en sí mismo" del espíritu es la autoconciencia, la conciencia de sí mismo"[12].

En la *Fenomenología del Espíritu*[13] nuestro autor profundiza esta concepción de autoconciencia desvinculada, como paso previo a la afirmación de la libertad absoluta. Es una conciencia finita que avanza hacia la infinitud desde sus propias entrañas:

[9] Ibíd., pp.135-136.

[10] *"Lo que en sí es derecho cuando es puesto en su existencia objetiva, esto es, determinado por la conciencia mediante el pensamiento, y conocido como lo que es derecho y tiene valor, es la ley; y el derecho por medio de esta determinación es el derecho positivo. Poner algo como universal –esto es, llevarlo a la conciencia como universal– es manifiestamente pensar, ya que como se vuelve el contenido a su forma más simple, él se da su última determinación. Lo que es derecho alcanza, solo por el hecho de que viene a ser una ley, no solo la forma de su universalidad, sino su verdadera determinación".* Ibíd., N° 211, p.187. *"Supuesta la identidad entre el ser en sí y el ser dado, es obligatorio como derecho solo lo que es ley ... en el derecho positivo, por lo tanto, lo que está conforme a la ley constituye la fuente del conocimiento de lo que es derecho o propiamente de lo que es jurídico".* Ibíd., N° 212, pp. 188-189.

[11] *"La esencia del espíritu es la libertad ... Todas las propiedades del espíritu sólo existen mediante la libertad; son todas apenas medios para la libertad, todas la procuran y la crean ... La libertad es la única verdad del espíritu. El espíritu es exactamente aquello que contiene el punto central; el no posee la unidad fuera de sí (como la materia) ... El es en sí mismo y por sí mismo; el espíritu es el ser por sí mismo".* Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., pp.23-24.

[12] Ibíd., p. 24.

[13] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Phänomenologie des Geistes,* 1807: *Fenomenología del Espíritu* (Traducción de Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 6ª Reimp., 1985. Para la edición alemana, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

> "La conciencia es para sí misma su concepto y, con ello, de un modo inmediato, el ir más allá de lo limitado y, consiguientemente, más allá de sí misma, puesto que lo limitado le pertenece"[14].

Si lo limitado le pertenece, es el mundo el que le pertenece, porque la realidad es espiritual y el espíritu se halla presente a sí mismo como libertad absoluta y autoconciencia, en donde se encuentra la referencia a todas las cosas.

> "Así es como el espíritu se halla presente como libertad absoluta; el espíritu es la autoconciencia que se capta a sí misma, de tal modo que su certeza de sí misma es la esencia de todas las masas espirituales del mundo real y del mundo suprasensible, o de tal modo que, a la inversa, la esencia y la realidad son el saber de la conciencia acerca de sí misma. Esta es consciente de su pura personalidad y, en ello, toda realidad [*Realität*] espiritual, y toda realidad [*Realität*] es solamente espíritu; el mundo es, para la conciencia, simplemente su voluntad, y ésta es voluntad universal"[15].

En lo que a nosotros nos interesa, Hegel quiere significar con toda esta terminología que la radical autonomía humana, a la vez entitativa, psicológica, moral y religiosa, es algo esencialmente espiritual, y se consuma no a nivel del individuo, sino de la humanidad, cual si fuera una sola persona de tanto peso entitativo que recrea todas las cosas a través de su autoconciencia y autorreferencia.

Nuestro filósofo aquilata bien la grandeza de la naturaleza espiritual del hombre atendiendo sobremanera a la libertad. Partiendo de una metafísica en la que está ausente la causalidad y la analogía del ente, se mira la cierta infinitud del espíritu humano, que redunda en la conciencia y en la libertad, como si éstas no fueran dones creados, y como si al hombre –desvinculado en su narcisismo soberbio de la contingencia de lo corpóreo– sólo le cupiera admirarse a sí mismo como señor absoluto de su propio destino y del mundo; como un dios que recrea todas las cosas en el mundo de los espíritus.

[14] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, Ibíd., p. 258. Continúa el autor: *"con lo singular, se pone en la conciencia, al mismo tiempo, el más allá, aunque sólo sea, como en la intuición espacial, al lado de lo limitado"*. Ibídem.

[15] Ibíd., p.344. La voluntad universal es una especie de síntesis de todas la voluntades, como *"una esencia autoconsciente de todas y de cada personalidad"*: *"Y no es, ciertamente, el pensamiento vacío de la voluntad que se pone en el asentimiento tácito o por representación, sino la voluntad realmente* [reell] *universal, la voluntad de todos los individuos como tales. En efecto, la voluntad es en sí la conciencia de la personalidad de cada uno, y, como esta verdadera voluntad real debe ser, como esencia autoconsciente de todas y cada personalidad, de tal manera que cada cual hace todo siempre de un modo indiviso y que lo que brota como obrar del todo es el obrar inmediato y consciente de cada uno"*. Ibídem.

2) Los escalones que conducen a la libertad de conciencia como autonomía suprema. La proclama altisonante contra la "esclavitud" del catolicismo.

Desde este ángulo se comprende por qué nuestro filósofo elabora postulados como los que a continuación ordenamos, cual si fueran escalones que al final conducen al atrio de la conciencia moral absoluta y divinizada:

a) *Esta sustancia indivisa de la libertad absoluta asciende al trono del mundo sin que ningún poder, cualquiera que él sea, pueda oponerle resistencia*[16].

b) *La buena conciencia no reconoce ningún contenido para ella como absoluto, pues es la absoluta negatividad de todo lo determinado. Se determina por sí misma*[17].

c) *Todo lo que en las figuras anteriores se presentaba como bueno o malo, como ley y derecho, ...es un objeto que, sirviendo de mediador de la conciencia consigo misma, se interpone entre ella y su propia verdad y en vez de ser la inmediatez de la conciencia misma, más bien la desglosa de sí*[18].

d) *Para la conciencia buena la certeza de sí misma es la pura verdad inmediata; y esta verdad es, pues, su certeza inmediata de sí misma representada como contenido*[19].

e) *Este contenido vale al mismo tiempo como esencialidad moral o como deber. En efecto, como ya hemos visto por el examen de la ley, el deber puro es sencillamente indiferente hacia todo contenido y tolera todo contenido*[20].

La conciencia, integrada con los elementos precedentes, choca con la existencia del Dios cristiano, personal y trascendente, Señor y supremo legislador de los hombres. En este aspecto, la autoridad de la Iglesia Católica, que a los ojos de Hegel pretende mantener en todo su vigor la presencia de ese Dios y de su legislación en la modernidad que quiere ser libre, es una antigualla que debe perecer. La Iglesia es, por principio, opresora de la libertad de conciencia, porque se dice depositaria de una revelación sobrenatural salvífica y porque la enseña con un magisterio indiscutible e infalible. Para Hegel tal es la razón más profunda del retroceso de la Revolución Francesa y del liberalismo en los países latinos. Es un engaño creer que puede establecerse la libertad política sin la liberación de la conciencia de la servidumbre religiosa de la Iglesia:

[16] Ibíd., p. 346.
[17] Ibíd., p. 375.
[18] Ibíd., pp. 375-376.
[19] Ibíd., p. 377.
[20] Ibídem.

A partir de la Revolución Francesa, *"en lo atingente a la expansión exterior, casi todos los Estados modernos fueron alcanzados por la conquista del mismo principio (de libertad) o fueron expresamente introducidos en él. El liberalismo dominó de modo especial todas las naciones latinas, a saber, el mundo católico romano, como Francia, Italia y España. Mas por todas partes fracasó. Primeramente, fracasó su gran organización en Francia, después, en España e Italia, o sea, dos veces en los Estados donde fue introducido... La abstracción del liberalismo recorrió, a partir de Francia, el mundo latino, pero permaneció ajustada a la no libertad política por intermedio de la servidumbre religiosa. Es engañosa la afirmación de que las cadenas del derecho y de la libertad podrían ser sueltas sin la liberación de la conciencia; que una revolución podría existir sin reforma... Napoleón no pudo forzar a la libertad en España, así como Felipe II no pudo forzar a la esclavitud a Holanda"*[21].

En otras palabras, no es posible establecer el Estado moderno y una constitución política sensata en un país donde la religión católica ejerza su influjo de garantía de la verdad, pues hace trizas toda posibilidad de autonomía de la Idea de Conciencia encarnada en el Estado, que, como veremos, es la realidad de la idea Ética, de la libertad y de la voluntad divina.

> "Aquí es preciso declarar pura y simplemente que no es posible una constitución sensata con la religión católica, pues gobierno y pueblo precisan tener, recíprocamente, esta última garantía de la voluntad interna, y sólo la pueden tener en una religión que no se oponga a la constitución estatal racional"[22].

La cita nos lleva de la mano al problema que más arriba habíamos dejado pendiente. Se trata de la tensión entre conciencia individual y la Idea de Conciencia racional, que, en último término, viene a tomar cuerpo en la Idea de Estado. Lo individual, si quiere conservarse como tal, debe permanecer impermeable, en su propio espacio, a las exigencias del todo. La conciencia individual sólo debiera atender a su principio de convicción. Ese es el sentido de la libertad de conciencia individual. Obrar únicamente según el *"sentido de fidelidad a la propia convicción"*[23], pues *"sólo mi convicción es instituida como ley, como algo que me obliga y me vincula"*[24]. En otros términos, una ley racional sólo puede obligar a la conciencia si ella la elige.

[21] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 370.

[22] Ibíd., p. 367.

[23] Todo hombre debe obrar *"según la creencia en el sentido de fidelidad de la propia convicción, es decir, si el hombre en su acción ha permanecido fiel a la propia convicción, a la formal fe subjetiva que encierra la conformidad con el deber"*. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 140, p. 144.

[24] *"En ese principio de convicción, puesto que a la vez ella es determinada como algo subjetivo, realmente también el pensamiento debe ser impelido a la posibilidad de un error; y por lo tanto, en lo cual está presupuestada una ley que es en sí y por sí. Pero la ley no actúa, solamente es el hombre real el que actúa y en el valor de las acciones humanas, según aquel principio, solo puede importar hasta qué punto él ha escogido aquella ley en su convicción. Pero si, como consecuencia de esto, no son aquellas las acciones que necesita juzgar, es decir, comparar con aquella ley, no se puede decir para qué aquella ley debe existir y servir; tal ley es rebajada a una letra externa solamente y en realidad a una palabra vacía, puesto que sólo mi convicción es instituida como ley, como algo que me obliga y me vincula"*. Ibídem.

¿Pero cómo constituir entonces un Estado y una legalidad positiva que se imponga a la conciencia individual por sobre los motivos de la libertad subjetiva? Máxime si se tiene en cuenta que para Hegel el Estado moderno y su imperio son absolutamente necesarios para la realización de la libertad en la historia.

3) El Estado: la autonomía de la totalidad.

Hay que admitir que no es fácil resolver la tensión entre la autonomía de lo individual y la autonomía (impositiva para lo singular) de lo colectivo. A la más general y común dificultad de la antítesis libertad-autoridad, tan propia de los presupuestos liberales del pensamiento moderno, Hegel adiciona el nudo de su sistema filosófico peculiar. La autonomía de la conciencia no puede considerarse como algo puramente singular. La perspectiva hegeliana siempre mira a la totalidad, a la humanidad, al Espíritu como un todo, como observa Heidegger[25]. La conciencia es liberada realmente sólo en el plano colectivo, esto es, cuando la humanidad da el paso y derriba el yugo en su integridad.

Pero, ¿cómo mantener la libertad de conciencia individual ante las exigencias de lo racional universal condensadas en el Estado? ¿Cómo la libertad religiosa puede convivir con un Estado que constituye lo racional absoluto? Los caminos del arreglo son varios, siempre en desmedro de lo contingente, lo particular y lo individual.

Como solución general hay que apuntar las siguientes palabras de Hegel:

> "La sociedad y el Estado imponen seguramente restricciones limitando esos sentimientos rudos e instintos groseros, como también la arbitrariedad reflejada en los caprichos y pasiones. Esa limitación hace parte de la mediación por intermedio de la cual se producen la conciencia y la voluntad de la libertad como ésta verdaderamente es: racional y de acuerdo con su concepto. Por su concepto le pertenece el derecho y la moralidad objetiva,

[25] Heidegger en su *Dilucidación de la "Introducción" de la "Fenomenología del Espíritu" de Hegel* (1942) estudia el tema profundizando en dos de sus frases: *"la conciencia es para sí misma su concepto" y "la conciencia se da a sí misma su regla de medida..."*. Heidegger afirma que para comprender a Hegel hay que partir de la base de que la conciencia *"no sólo la concibe al modo de Descartes, como autoconciencia en el que todo lo consciente es lo que es para el propio yo, sino que además "lo objetivo del objeto se funda en y se determina desde ... la autoconciencia ... Cada objeto como tal se tiene que medir en la autoconciencia, es decir, en la esencia de la conciencia"*. En este entendimiento, Heidegger sostiene que la *"la proposición de Hegel: "La conciencia da a sí misma su regla de medida", no dice sólo que la regla de medida sea dada inmediatamente con la esencia de la conciencia y caiga en ésta; con el "da" dice al mismo tiempo que la conciencia, en su curso hacia su esencia, hace aparecer respectivamente la regla de medida de sí misma y de este modo es en sí conformadora de regla de medida. Ésta se modifica de grado en grado, en tanto paso a paso aparece la originaria elevation al absoluto y con ello este mismo como la integridad de la esencia de la conciencia"*. Lo individual queda así incorporado al proceso hacia lo absoluto, como veremos. Martín Heidegger, *Dilucidación de la "Introducción" de la "Fenomenología del Espíritu" de Hegel* (traducción de Dina C. Picotti), edición digital en <http://www.heideggeriana.com.ar/textos/introduccion_fenomenologia.htm>.

> que son en sí esencialidades, objetos y fines universales. Estos deben ser descubiertos solamente por la actividad del pensamiento, que se distingue de la sensibilidad y se desenvuelve diversamente, integrándose en la voluntad sensible, incluso contra esa propia voluntad. Tal es el eterno equívoco de la libertad, el de conocer apenas en sentido... subjetivo, abstraído de los objetos y fines que le son esenciales"[26].

Vale decir, la libertad individual, y con ella los derechos individuales, deben ser elevados de estadio hacia la Idea de lo objetivo y racional. Como la operación se produce por obra del Estado, es menester examinar las maneras en que a través de él se encaja lo individual y lo universal, lo subjetivo y lo objetivo.

3.1) El Estado como encarnación de la idea de libertad. En el atrio asfixiante del Estado total.

La tesis se plasma en la obra de Hegel en diferentes fórmulas. La más clara es la que se encuentra en su *Filosofía de la Historia:* hace del Estado la *"unidad objetiva"* de la libertad, que reúne dialécticamente en su seno la Idea de libertad absoluta, objetiva, y la expresión de la libertad subjetiva:

> "Reconocemos el Estado como la realidad de la libertad. A pesar de distinguir en el análisis ambos lados (el objetivo y el subjetivo de la libertad), debemos notar que los dos son interdependientes, íntimamente ligados, y que esa unión se da por ambos lados, si los examinamos individualmente. La existencia objetiva de esa unión (una unión en sí, entre el lado objetivo, el concepto, y el lado subjetivo de la libertad) es el Estado, el cual es el fundamento y el centro de los otros lados concretos de la vida del pueblo: el arte, el derecho, la moral, la religión y la ciencia"[27].

En el albur de intentar dar cuenta cómo el Estado se identifica con la libertad, Hegel utiliza diversas etiquetas en un esfuerzo supremo para unir sin incongruencias lo subjetivo con lo objetivo:

> * "El Estado es una abstracción que tiene su propia realidad universal en los ciudadanos" [28];

---

[26] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia,* op. cit., p. 40.

[27] Ibíd., p. 45.

[28] *"Cuando el principio de la voluntad individual es considerado único fundamento de la libertad política, y todos tienen que dar su consentimiento a todo lo que se hace por el Estado, y en nombre de él, no existe, de hecho, una constitución... El Estado es una abstracción que tiene su propia realidad universal en los ciudadanos, pero él existe de hecho, y sólo por intermedio de la voluntad y de la actividad individual la existencia universal se define ... Solo por la constitución es que lo abstracto del Estado se torna vivo y real y surge la diferencia entre quienes mandan y quienes obedecen. Entre tanto, obedecer parece no estar de acuerdo con la libertad, y ordenar parece ser opuesto al fundamento del Estado, que corresponde al concepto de libertad".* Ibíd., p. 42.

* "Es la libertad racional, que se sabe objetiva y que existe para sí misma"[29]; "es una totalidad individual de la cual no se puede aislar un aspecto específico, aunque sea muy importante" [30];

* "Es la realidad en la cual el individuo tiene y disfruta de su libertad, como saber, creencia y voluntad de lo universal"[31].

En estos esquemas conceptuales, el Estado deviene en hipóstasis de la libertad:

En la historia universal solo se puede hablar de pueblos que forman un Estado. Es preciso saber que tal Estado es la realización de la libertad, esto es, de la finalidad absoluta, que él existe por sí mismo; además de eso debe saberse que todo valor que el hombre posee, toda realidad espiritual, sólo lo tiene mediante el Estado. ... Sólo así el hombre es conciencia ... en la vida legal y moral del Estado, pues lo verdadero es la unidad de la voluntad universal y subjetiva[32].

En su *Filosofía del Derecho*, Hegel precisa algunos conceptos que conducen a senderos desconcertantes. El Estado no sólo es el exponente definitivo de la Idea de libertad en la historia, sino que además, y por eso mismo, es la voluntad de la humanidad que al tomar conciencia de sí se convierte en lo racional en sí y por sí.

Ya no hay manera, por tanto, de zafarse del Estado. Deja de ser una configuración histórico-política concreta y se convierte en un absoluto, teniéndose a sí mismo como su propio fin. La racionalidad desplegada en la historia no admite ni un solo recodo que se le escape.

"El Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí. Esta unidad sustancial, como fin absoluto y móvil de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado"[33].

---

[29] *"El Estado es la libertad racional, que se sabe objetiva y que existe para sí misma. Por tanto, la objetividad de la libertad consiste en que sus momentos no sean ideales, mas existan en una realidad particular, pasando directamente, en su actividad relativa a ellos mismos, a la actividad por la cual es producida como resultado de la totalidad, al alma, a la unidad individual".* Ibíd., p. 45.

[30] Ibíd., p. 45.

[31] *"La voluntad (subjetiva, fundada en pasiones limitadas) tiene también una vida sustancial, una realidad en la cual se mueve la sustancia y tiene su propia esencia como fin de su existencia. Esa esencia es la propia unión de la voluntad subjetiva y de la razón; esto es, el todo moral, el Estado, que es la realidad en la cual el individuo tiene y disfruta de su libertad, como saber, creencia y voluntad de lo universal".* Ibíd., p. 39.

[32] Ibíd., pp. 39-40.

[33] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 258, p. 212.

Esta racionalidad política total es el punto de quiebre en la interpretación del pensamiento de Hegel. Si nos encerramos en su lógica, levantaremos pronto altares al Estado Total[34]. Hegel lo insinúa en muchas ocasiones. Distingue entre sociedad civil y Estado, y afirma que éste no puede estar al servicio de los individuos[35]; son ellos quienes deben determinarse de acuerdo a las exigencias de una vida universal[36]. Todo lo cual conduce a la siguiente observación:

> "En la historia universal solo se puede hablar de pueblos que forman un Estado. Es preciso saber que tal Estado es la realización de la libertad, esto es, de la finalidad absoluta, que él existe por sí mismo; además de eso debe saberse que todo valor que el hombre posee, toda realidad espiritual, sólo lo tiene mediante el Estado. ... Sólo así el hombre es conciencia..., en la vida legal y moral del Estado, pues lo verdadero es la unidad de la voluntad universal y subjetiva"[37].

Pero nuestro filósofo no podría olvidar que por más que sus supuestos racionalistas e idealistas lo empujen a una aproximación con el Estado *total*, se ha de salvar la conciencia individual de los individuos realmente existentes. La totalidad racional del Estado y su libertad abstracta no deben olvidar que sus piezas son los individuos y sus derechos concretos. Los escritos de nuestro autor admiten un Hegel liberal frente al Hegel cripto-totalitario. ¿Incongruencia o precuela de su sistema?

Lo cierto es que nuestro filósofo valora los derechos individuales en el orden concreto e histórico de su realización aparecida con la Revolución Francesa, y llega a definir al Estado como "*la realidad de la libertad concreta*"[38], donde

---

[34] Véase, por ejemplo, el siguiente texto: *"Considerada abstractamente, la racionalidad consiste en la unidad, compenetración mutua de la universalidad y de la individualidad; y aquí concretamente en cuanto al contenido en la unidad de la libertad objetiva, esto es, de la voluntad sustancial universal con la libertad subjetiva ..., y en cuanto a la forma, en un obrar que lo determina según leyes y normas pensadas, esto es, universales. Esta Idea es el ser eterno en sí y por sí necesario del Espíritu. Pero, cuál sea o haya sido el origen histórico del Estado en general ... todo esto no concierne a la Idea misma de Estado"*. Ibíd., p. 213. Hegel precisa que no se debe confundir la exterioridad del fenómeno del poder político, que son momentos de su desenvolvimiento histórico, con la sustancia del Estado, que es algo racional por sí. Ibíd., p. 214.

[35] *"Si se confunde al Estado con la sociedad civil y su determinación, se pone en la seguridad y protección de la propiedad y libertad personal, se hace del interés de los individuos como tales, el fin último en el cual se unifican; y en este caso, ser miembro del Estado cae en el capricho individual. Pero el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y ética solo como miembro del Estado, pues el Estado es el espíritu objetivo"*. Ibíd., p. 212.

[36] *"La unión como tal es el verdadero contenido y fin, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su posterior y particular satisfacción, actividad y comportamiento tienen como punto de partida y como resultado esa sustancialidad y validez universal"*. Ibídem.

[37] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., pp. 39-40.

[38] *"El Estado es la realidad de la libertad concreta; la libertad concreta consiste en el hecho de que la individualidad personal y sus intereses particulares, tienen, tanto su pleno reconocimiento y desenvolvimiento de su derecho por sí (en el sistema de la familia y de la sociedad civil), cuanto, por una parte, se cambian por sí mismos en el interés de lo universal, y por otra, con el saber y la voluntad, la admiten como su particular espíritu sustancial y son aptas para él como su fin último. De modo que ni lo universal tiene valor y es llevado a cabo, sin el interés, el saber y el querer particular, ni los individuos viven como personas privadas*

vuelve a aparecer al encaje, si bien no el equilibrio, entre la libertad objetiva y la subjetiva.

"El principio de los Estados modernos tiene esta inmensa fuerza y hondura: de permitir que se realice autónomo en extremo el fundamento de la subjetividad de la particularidad personal, y a la vez, de retraerlo a la unidad sustancial conservando de ese modo a ésta en él"[39].

Por otro lado, Hegel da mucha importancia al marchamo de la Constitución como racionalidad desplegada y realizada[40]. Y no parece que en ella haya tenido en vista un Estado totalitario, sino una visión racional del poder del Estado, menos democrática y más liberal, menos revolucionaria y más conservadora. La totalidad racional avanza más propiamente en la línea de *la exclusión de toda normatividad trascendente y natural-social* en el ámbito político y de *su concentración en un solo centro de origen, referencia y finalidad*, cual es el Estado. O en la virtualidad de ocupar todos los espacios de la vida social, en conexión con el *Estado total* descrito por Schmitt[41]. En cualquier caso, la deriva hacia el Estado totalitario es una consecuencia –¿posible o necesaria?–, y si bien es cierto que las vallas que en su contra se levantan pueden parecer transitorias y endebles ante el ímpetu de la fuerza centrípeta del Estado moderno, también lo es que Hegel levantó algunos obstáculos en su interior. Si ellas impiden o sólo retardan el paso del Estado *total* al Estado *totalitario* –¿hay realmente diferencia desde el ángulo de la existencia del poder soberano?– ya es objeto de diversas interpretaciones[42].

3.2) El Estado como personificación de la idea Ética.

Si se acepta el diseño hegeliano del encaje entre libertad subjetiva y libertad objetiva, en dónde el ejercicio de la primera no se ve entrabado por los deberes de lo público, el Estado comparece, de todos modos, como la realización absoluta de lo ético.

> "El Estado es la realidad de la idea Ética; es el espíritu ético en cuanto voluntad patente, claro por sí mismo, sustancial, que se piensa y se conoce,

meramente para esto, sin que a la vez quieran, en y para lo universal, y tengan una actividad consciente en este fin". Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 260, p. 215.

[39] Ibídem.

[40] Ibíd., N° 264-267, pp. 218-219.

[41] *"El Estado total* (es el) *que ya no conoce nada absolutamente apolítico"*. Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (traducción de Denés Martós). Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios, vertido al español de la edición de 1963. Edición digital en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_ElConceptoDeLoPolitico.htm>.

[42] Para H. Trescher, v.gr., la doctrina de la división de poderes de Hegel implica *"la más vital impregnación de todas las esferas sociales por parte del Estado a los efectos de lograr el objetivo común de ganar para el Estado a todas las fuerzas vitales del cuerpo social"*. Citado por Carl Schmitt, ed. digital cit.

> y que cumple lo que él sabe y como lo sabe. En lo ético el Estado tiene su existencia inmediata; y tiene su existencia mediata, y esta conciencia de sí, por medio de los sentimientos, tiene su libertad sustancial en él, como su esencia, fin y producto de su actividad"[43].

Las conciencias individuales caminan en la ruta de la autonomía moral con la certeza de que la liberación total llega a la historia no sólo horizontalmente, mediante la suma de los esfuerzos personales, sino sobre todo verticalmente, con la creación de un gran poder liberador, que personifica y realiza en sí mismo la idea moral de la autonomía rompiendo universalmente y para siempre las cadenas de la servidumbre espiritual. Es el Estado.

> "El Estado es la idea moral exteriorizada en la voluntad humana y libertad de esta"[44]. "El Estado es lo que existe, es la vida real y ética, pues él es la unidad del querer universal, esencial, y del querer subjetivo, y eso es la moralidad objetiva. El individuo que vive en esa unidad posee una vida ética, tiene un valor, el único valor que existe en esa substancialidad"[45].

En el Estado se encuentra el derecho y por él se realiza la moralidad objetiva, que constituye la satisfacción de la libertad humana[46]. La autonomía moral moderna, que es indócil y rebelde ante la ley divino-natural de Cristo, es sumisa ante el Estado y sus leyes positivas, pues ellas marcan de un modo definitivo lo que es bueno o malo para aquel[47]. Por vía de consecuencia, las libertades individuales se oxigenan de objetividad ética con los deberes hacia el Estado[48]. La consecuencia es muy beneficiosa para Hegel:

> "La voluntad subjetiva y objetiva son entonces conciliadas, formando una unidad serena, pues la eticidad del Estado no es la eticidad moral ... en la cual predomina la convicción individual"[49].

Debemos observar, sin embargo, que esta conciliación es problemática, pues su suelo encubre las antinomias, sólo aparentemente resueltas, entre lo individual y lo total, lo subjetivo y lo objetivo.

---

[43] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 257, p.121.
[44] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 45.
[45] Ibíd., p. 39.
[46] *"El derecho, la moralidad objetiva y el Estado –y solo ellos– son la realidad positiva y la satisfacción de la libertad"*. Ibídem.
[47] *"Las leyes de la moralidad objetiva no son accidentales, son lo propio racional. El fin del Estado es, pues, que rija lo substancial en la actividad real del hombre y en su actitud moral, que él exista y se conserva en sí mismo. El interés absoluto de la razón es que esa totalidad ética exista"*. Ibíd., p. 39.
[48] *"El Estado, como lo ético, en cuanto compenetración de lo sustancial y de lo particular, implica que mi deber frente a lo sustancial es al mismo tiempo el existir de mi libertad particular, esto es, que en él, deber y derecho, están unidos en una sola y misma referencia"*. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 261, p. 216
[49] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 40.

3.3) El Estado como manifestación divina. La redención de la Modernidad.

Carl Schmitt observa que,

> "Desde el ángulo de la historia de las ideas, se destacan en el proceso de la teoría del Estado en el siglo XIX dos características salientes: la eliminación de todas las nociones teístas y trascendentes y la formación de un nuevo concepto de legitimidad"[50].

La tesis le cabe a Hegel en toda su significación. El filósofo afirma:

> "Pueden existir diversas opiniones y puntos de vista sobre las leyes, constituciones, gobiernos, pero la concientización tiene que ser aquella que subordina y abandona todas esas opiniones delante de lo substancial del Estado; además de eso, ella tiene que ser aquello delante de lo que no exista nada más sublime o sagrado, y que, incluso la religión –siendo ella lo más noble y santa– no contenga nada que sea diferente de la constitución estatal, o que no se oponga a ella. La sabiduría fundamental nos indica que se deben separar totalmente las leyes estatales y la constitución de la religión"[51].

Esta concepción de las relaciones entre el Estado y la Iglesia (o la religión cristiana) deriva del postulado de que el Estado es la idea divina tal como se encuentra en la humanidad, pues corporiza, por así decirlo, la racionalidad y la libertad del espíritu absoluto que se ha hecho presente en la historia, cual *eón* salvífico:

> "En el Estado, lo universal está en las leyes, en determinaciones generales y racionales. El es la idea divina, tal cual existe en el mundo. El es así el objeto más próximo de la historia universal, en el cual la libertad recibe su objetividad y saca fruto de ella"[52].

La autorredención humana, concebida como un proceso por el cual el hombre es rescatado de las contingencias sensibles de la libertad individual, de la

[50] Carl Schmitt, *Teología Política*, en Id., *Estudios Políticos* (Traducción de Francisco Javier Conde), Doncel, Madrid, 1975, p. 79

[51] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 367. Para Hegel el progreso del espíritu humano a partir de la Reforma consistió en la autonomía del orden temporal frente al religioso, que se asienta sobre sí mismo sin las trabas de la autoridad religiosa, lo que incluso permite el desarrollo de la industria y del capitalismo. Faceta de ese progreso es la supresión en los países protestantes de los bienes sobrenaturales católicos: la penitencia, la pobreza, la castidad y la obediencia monástica, así como la supresión del principio de obediencia eclesiástica. La Reforma trae a la historia la reconciliación entre la Iglesia y el Estado, porque la Iglesia reformada ya no exige obediencia del Estado a los valores superiores que ella define. Ibíd., pp. 349-351.

[52] Ibídem.

voluntad contingente y del conocimiento particular, opera a través del Estado, que es el despliegue de la autoconciencia de la humanidad, de su libertad absoluta y su racionalidad total. No hay posibilidad de que la condición humana se salve sin el Estado, por lo que no tiene sentido que el cristianismo le oponga sus pretensiones salvíficas o sus representaciones divinas.

> "El Estado es voluntad divina como espíritu presente y que se despliega en la forma real y en la organización del mundo. Los que quieren aferrarse a la forma de la religión frente al Estado se conducen como los que en el conocimiento creen tener la razón cuando se detienen solo en la esencia y no proceden desde esta abstracción a la existencia; o, también, como solo los que quieren un bien abstracto, y reservan al capricho la determinación de lo que es bueno"[53].

Para comprender mejor esta cita hay que tener presente que Hegel concibe la religión –como paradigma de la trascendencia divina apunta siempre al cristianismo– como algo previo y subyacente al Estado moderno:

a) El Estado es la culminación del proceso de unión entre el lado objetivo y subjetivo de la libertad iniciado por la religión. Es por tanto fruto de la religión, pero también su fundamento y su superación actual[54]. Si el cristianismo ha hecho que la humanidad tome conciencia de la libertad, el Estado es la encarnación misma de esa libertad[55].

b) El Estado moderno tiene sus raíces en la religión, por cuanto, al legitimarse a sí mismo y por sí mismo, le toma prestado su carácter absoluto, con lo que se diviniza[56]. Hegel traslada los atributos trascendentes del Dios cristiano

[53] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 270, p. 222.

[54] *"La religión encierra el momento que proporciona en toda mutación, en la pérdida de los fines, intereses y bienes reales, la conciencia de lo inmutable y de la suprema libertad y satisfacción. Si ahora la religión constituye el fundamento que contiene lo Ético y especialmente la naturaleza del Estado, como voluntad divina, es a la vez sólo un fundamento y aquí es donde ambos se separan".* Ibídem.

[55] En este sentido, la religión forma, junto al arte y a la filosofía, el eslabón inferior en la escala que lleva al Estado: *"La existencia objetiva de esa unión* (una unión en sí, entre el lado objetivo, el concepto, y el lado subjetivo de la libertad) *es el Estado, el cual es el fundamento y el centro de los otros lados concretos de la vida del pueblo: el arte, el derecho, la moral, la religión y la ciencia. Toda acción espiritual tiene como única finalidad tomar conciencia de esa unión, o sea, de su libertad. Entre las manifestaciones de esa unión consciente, la religión está en primer lugar. Es en ella que el espíritu existente, el espíritu del mundo, se concientiza del espíritu absoluto; en esa conciencia de su esencia, la voluntad del hombre renuncia a su interés particular. En la devoción ella deja de lado sus intereses ... La concentración religiosa del alma se manifiesta como sentimiento. Después se transforma en reflexión: el culto es una exteriorización de la reflexión. La segunda manifestación de la unión entre lo objetivo y lo subjetivo es el arte. El penetra más en la realidad y en la sensibilidad que la religión ... Lo divino debe, por medio del arte, tornarse intuición ... Lo real no alcanza apenas la representación y el sentimiento (como en la religión), no solo la intuición (como en el arte), más también al espíritu pensante. Con eso obtenemos la tercera manifestación de la unión: la filosofía. Esta es la forma más elevada, más libre y más sabia".* Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 45.

[56] *"En ese sentido, la religión se encuentra en estrechísima ligazón con el principio del Estado. La libertad solo puede existir donde la individualidad es reconocida como positiva en la esencia divina. Tal relación*

al Estado, inmanentizando la religión, que en su sentido fuerte es siempre trascendente. De ello resulta un Estado cuyos principios son siempre válidos, porque son considerados *"determinaciones de la propia esencia divina"*[57].

4) El endiosamiento del poder político humano a través del laicismo.

El Estado moderno, que desde los esquemas anteriores es caracterizado con atributos divinos secularizados, es esencialmente laico. El laicismo hegeliano, padrón de todo laicismo, adopta diversas caras, todas funcionales al endiosamiento del poder político estatal:

a) La religión, en la medida en que sale del fuero íntimo del individuo y se transforma en una Iglesia, entendida como una comunidad de hombres religiosos que adoptan una doctrina y un culto determinado y compartido, *no puede invocar ningún título contra el Estado*:

a.i) Nadie puede, como lo hace la Iglesia Católica, atribuirse una potestad espiritual indirecta en los asuntos temporales del Estado. Hegel no reconoce ni a la Iglesia, ni a comunidad religiosa alguna, la facultad de definir lo que es bueno o malo frente al Estado, o en oposición al Estado. Por dos razones:

a.i.i) Porque la religión o la Iglesia tienen, a su juicio, un dominio espiritual particular y relativo: sólo afecta a quienes reconocen su ascendiente y le siguen en un radio de acción siempre "parcial" de lo espiritual, que está prefijado y definido por dogmas específicos. Lo espiritual universal pertenece al Estado. Pretender que la Iglesia defina los límites éticos del poder político es una idea irracional, sólo compatible con épocas históricas de barbarie, de sociedades políticas endebles y en formación, como fue, para Hegel, la Cristiandad medieval[58].

---

puede ser aún extendida y explicada de la siguiente forma: la existencia meramente temporal es dirigida por los intereses individuales, siendo así relativa e injustificada, obteniendo su legitimación apenas en la medida en que su alma universal –su principio– sea absolutamente legitimada. Esta por su vez solo recibe tal legitimación cuando es considerada como una determinación, una existencia de la esencia divina. Es por eso que el Estado se basa en la religión". Ibíd., p. 48.

[57] *"Es verdad que los hombres deben ser educados para la religión, mas no para algo que aún no existe, pues, cuando se dice que el Estado se basa en la religión, que en ella tiene sus raíces, esto quiere decir, esencialmente, que él resultó de ella y que hoy y siempre de ella resultará; o sea, que los principios del Estado deben, en rigor, ser considerados como válidos en sí y por sí. Eso sólo será posible si esos principios fueren considerados determinaciones de la propia naturaleza divina. Por eso, así como la religión es creada, también lo son el Estado y su constitución".* Ibíd., p. 49.

[58] *"El hecho de que históricamente se hayan dado épocas y situaciones de barbarie en las cuales toda elevada espiritualidad tuvo su sede en la Iglesia y el Estado sólo fue un régimen secular de prepotencia, capricho y pasión, y que la antítesis abstracta fuese el fundamento más importante de la realidad, todo eso pertenece a la historia".* Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 270, p. 226.

a.i.ii) Porque el Estado, al integrar y superar la religión como estadio de elevación hacia lo absoluto que él encarna, está dotado de un poder en el que no existe la dualidad espiritual-temporal, propia de categorías eclesiásticas. El Estado es la idea Ética por antonomasia –ya lo hemos visto– y representa toda posible voluntad divina, por lo que su papel es asumir la potestad espiritual[59]. Lo contrario llevaría a suponer que hay alguien superior al Estado, que le impone límites con prescindencia de su voluntad.

a.ii) La Iglesia, y toda comunidad religiosa, requiere para su desarrollo realizar un conjunto de actividades que por su naturaleza exterior entran de lleno en el dominio de la legalidad estatal. Lo que envuelve: (1) todo el campo de lo temporal –bienes patrimoniales, contratos, etc.–; (2) lo que la doctrina católica denomina materias mixtas –enseñanza, matrimonio, etc.–, objeto tradicional de los concordatos con la Santa Sede; (3) el ámbito de lo espiritual externo, como la difusión de la fe y la moral cristianas, que no pueden oponerse bajo ningún respecto a las pretensiones del Estado. Esto último toca el tema de la libertad religiosa, a lo que le dedicaremos algunas líneas algo más adelante.

De este modo se ve que en las relaciones entre el Estado y la Iglesia Hegel identifica el fuero externo, con indiferencia de su naturaleza espiritual o temporal, con el ámbito de la competencia del Estado. La construcción del Estado laico implica entonces, por una razón de principio, y no de meras contingencias históricas, la negación de todo poder espiritual que se pretenda independiente. Lo que en el orden histórico afecta principalmente a la autoridad de la Iglesia Católica, ya que las confesiones reformadas están subordinadas al Estado confesional, si bien con la tesis de Hegel esa subordinación se vuelve total en el Estado laico.

a.iii) Como consecuencia, la Iglesia o las organizaciones religiosas no pueden hacerse valer por sí mismas, fuera del Estado, y pretender, por sí solas, la determinación y la defensa de lo justo[60].

b) La religión y la Iglesia están al servicio del Estado.

b.i) La Iglesia debe purificarse de todas sus "supersticiones", abandonar, en la medida de lo posible, el culto, y transformarse en doctrina al servicio del Estado ético[61].

[59] *"El desarrollo de la Idea más bien ha revelado como verdad que el Espíritu, como libre y racional, es ético en sí, y la verdadera Idea es la racionalidad real, y es la que existe como Estado. Además, de esta Idea se deriva, igualmente, que su verdad ética es para la conciencia pensante, en cuanto contenido elaborado en la forma de la universalidad, la ley; y que el Estado sabe sus fines, los reconoce y verifica como conciencia determinada y en base de principios".* Ibíd., p. 226.

[60] *"...o que tal retorno a la religión quiera hacerse valer por sí, y por sí solo pretender la determinación y defensa de los justo".* Ibíd., p. 221.

[61] *"La comprensión filosófica es la que reconoce que la Iglesia y el Estado no están en la oposición del contenido de la verdad y de la racionalidad, sino en la diferencia de la forma. Si la Iglesia se transforma*

b.ii) El Estado es quien, en definitiva, define lo que está bien y lo que está mal en su territorio, por lo que la Iglesia no tiene el derecho de oponerse a ello[62]. En otros términos, el Estado conoce la verdad y la racionalidad objetiva; la Iglesia y la religión sólo alcanzan las formas subjetivas de verdad:

"Porque los principios éticos y los mandatos del Estado se interfieren con el dominio de la religión y no sólo se dejan, sino que se deben poner en relación con ella, esta referencia, por una parte, proporciona al Estado una legalización religiosa y por otra le queda a él el derecho y la forma de la racionalidad consciente de sí, objetiva, el derecho de hacerla valer y de afirmarla, frente a las afirmaciones que provienen de la forma subjetiva de la verdad, cualquiera que sea la garantía y la autoridad con la cual esté revestida"[63].

c) La separación absoluta entre el Estado y la Iglesia es una necesidad que se deriva de la propia naturaleza de ambos. El Estado debe ser laico, porque se ha convertido en una fuerza divina, que no admite al Dios cristiano imperando en su seno.

Aunque las afirmaciones se deducen claramente de las tesis anteriores, Hegel se encarga de subrayarlas expresamente.

c.i) La religión históricamente considerada es un fenómeno inestable y subjetivo, por lo que el Estado no puede unirse a ella sin negarse a sí mismo.

La religión es inestable, pues es sentimiento, intuición, representación particular de lo divino, que prepara, como sabemos, la aparición del Estado moderno[64], pero que choca con él si se opone a su carácter universal[65].

---

en doctrina (son y fueron también Iglesias que sólo tienen un culto ...), y su doctrina concierne a principios objetivos, a los conceptos de lo ético y de la racionalidad, por este motivo ella pasa inmediatamente en esa manifestación al dominio del Estado". Ibíd., p. 226.

[62] *"Frente a la fe y a la autoridad de la Iglesia sobre lo ético, están el derecho, las leyes y las instituciones; frente a su convicción subjetiva, el Estado es más bien lo que sabe; en su fundamento, el contenido no se detiene de modo esencial en la forma del sentimiento y de la fe, sino que pertenece al pensamiento determinado...* (que) *en cuanto particular y en cuanto doctrinas peculiares a la Iglesia como comunidad religiosa, cae fuera del dominio del Estado".* Ibíd., pp. 227-228.

[63] Ibíd., pp. 227-228. Hegel ha precisado antes que la forma de conciencia de la religión, a diferencia de la ciencia y del Estado, no es *conocer* la verdad y la racionalidad *objetiva*. Respecto a la doctrina sobre la potestad espiritual de la Iglesia, nuestro autor afirma que no debe ser tolerada, porque *"se instituye como existir universal que corroe la realidad, y además, en cuanto al formalismo de la subjetividad incondicionada, querría tomar como propia base el punto de vista científico, elevar y transformar las organizaciones del Estado con la pretensión de una Iglesia frente a él".* Ibíd., p. 227.

[64] *"La religión tiene como su contenido la verdad absoluta, y por tanto, en ella se reintroduce también lo sublime del sentimiento.. Como intuición, sentimiento, conocimiento representativo de Dios como causa y fundamento absoluto –de lo cual todo depende– encierra la exigencia de que todo sea también comprendido en tal relación y alcance en ella su confirmación, justificación y aseguramiento".* Ibíd., N° 270, pp. 221.

[65] *"La religión es la relación con lo Absoluto en la forma del sentimiento, de la representación y de la fe; y en su núcleo omnicomprensivo, todo está sólo como algo accidental y que se desvanece. Si se sostiene*

La religión además es subjetiva. Al ser subjetivas sus formas y al absolutizar el sentimiento interior de lo religioso, lleva a que los hombres se conduzcan de manera también subjetiva: *"al justo no es dada ninguna ley"*, *"si sois religiosos, podéis hacer vuestra voluntad"*, relegando a los demás a que *"padezcan lo injusto, en el consuelo o la esperanza de la religión, o aun peor, rechazarlos y condenarlos por irreligiosos"*. Todo lo cual se opone a la racionalidad y objetividad del Estado y de sus leyes.

c.ii) La Iglesia dirige la conducta ética de los hombres en el ámbito externo, individual y social, en el nombre de lo divino. Pero el Estado, como hemos referido, es la Idea de la Ética y es la voluntad divina, por lo que o la Iglesia coincide con él (reforzando sus mandatos especialmente en el fuero íntimo de sus seguidores) o se opone a él.

> "Por otra parte la doctrina de la Iglesia no es meramente una intimidad de la conciencia, sino que, en cuanto a enseñanza, es, ante todo, su exteriorización sobre un contenido que se vincula muy íntimamente con los principios morales y con las leyes del Estado, o los considera inmediatamente. Por lo tanto, aquí Estado e Iglesia, o directamente coinciden o se oponen"[66].

Pero la antítesis entre Estado e Iglesia debe descartarse, pues es el Estado y no la Iglesia quien tiene de pleno derecho la potestad divina en el ámbito ético espiritual. La separación entre ellos se impone. El Estado no necesita de la Iglesia, pues se basta a sí mismo. Y la Iglesia debe reducirse a lo subjetivo íntimo de las personas, a lo que hoy llamaríamos vida privada[67], sin entrometerse en lo público[68]. Gauchet observa a este propósito que *"lo asombroso de este episodio es la coexistencia de la retirada de la religión y la reinvención de la religión* (en el Estado)*"*[69].

---

firmemente también con respecto al Estado esta forma, de modo que ella sea para él lo esencialmente determinado y válido, el Estado como organismo que se despliega en diferencias, leyes y prescripciones existentes, es abandonado a merced de la inestabilidad, de la inseguridad y del desorden". Ibíd., p. 222.

[66] Ibíd., p. 225.

[67] *"El fundamento de la suprema espiritualidad, de la verdad en sí y por sí, es colocado como religiosidad subjetiva, o como saber teórico más allá del Estado, el cual en cuanto laico en sí y por sí debe únicamente respetar"*. Ibíd., p. 226.

[68] La distinción entre lo temporal y lo espiritual es para Hegel una dualidad inaceptable, a través de la cual la Iglesia pretende imponerse al Estado. La expone en los siguientes términos: *"La diversidad de los dos dominios puede ser impulsada por la Iglesia a una ruda antítesis, por la cual ella, en cuanto encierra en sí el contenido absoluto de la religión, considera como parte suya a la espiritualidad en general y, por lo tanto, a lo moral; pero al Estado lo considera como un mecánico artefacto ... propio para fines externos no espirituales, y a sí misma como el reino de Dios, o por lo menos, como la vía y el atrio que conducen a él; al Estado como el reino mundano de lo transitorio y de lo finito; a sí misma como a un fin propio y al Estado sólo como un simple medio...*

Así como la Iglesia llega a esta pretensión por la razón aludida, de que lo espiritual es de su propiedad y como, por otra parte, en el dominio espiritual residen igualmente el saber y el conocer en general ... sucede que en ese caso se desea para la ciencia la misma autonomía con respecto al Estado, el cual en cuanto sólo es considerado como un medio, debe proveer de ella como fin por sí misma". Ibíd., N° 270, p. 225.

[69] Marcel Gauchet, *La religión en democracia. El camino del Laicismo*, El Cobre Ediciones y Editorial Complutense, Madrid, 2003, p. 30.

5) Estado laico pero no neutro.

El Estado moderno se basa en la doctrina de que él es un *totus* ético, divino y racional, que regla la vida humana en su conjunto, por lo que no puede admitir otras fuentes legislativas. En este sentido, es laico, porque se encuentra desvinculado de la ley divino-positiva, y no profesa fe religiosa determinada. Pero no es neutro, pues profesa una doctrina por la cual los referentes impositivos del sistema moral residen en sí mismo. Hegel postula al respecto:

> "También el Estado tiene una doctrina, porque sus mandatos y también lo que para él tiene valor acerca del derecho y de la constitución, se dan esencialmente en la forma del pensamiento como ley; y puesto que él no es un mecanismo, sino la vida racional de la libertad consciente de sí, el sistema del mundo moral, la disposición del alma y además su conciencia en forma de principios constituyen un momento esencial en el Estado real"[70].

6) El Estado divino se desposa con la libertad de religión.

Hay que distinguir el tratamiento hegeliano de la libertad religiosa como libertad de culto y como libertad de opinión, y subdistinguir entre el derecho individual y el derecho de la Iglesia o de las comunidades religiosas.

6.1) Libertad religiosa como libertad de cultos y como libertad de opinión.

El principio en materia religiosa es el típicamente moderno: el Estado no se entromete en las creencias íntimas del individuo. En virtud de su carácter laico y asimismo racional, la libertad religiosa individual, por su carácter subjetivo, no le preocupa, lo que se aplica tanto al culto como a las opiniones privadas. Pero en la medida en que la libertad religiosa avanza hacia la esfera social, queda sujeta al derecho común, y si se extrapola hacia la esfera del derecho público, queda sometida a su imperio.

a) Libertad religiosa como libertad de cultos.

En cuanto los individuos practican la religión en sus relaciones privadas, el Estado puede adoptar la más amplia tolerancia religiosa, y contentarse con el cumplimiento pasivo de los deberes hacia él.

La libertad de cultos de la Iglesia y de las comunidades religiosas está más inmediatamente sujeta a la reglamentación del Estado. Lo que se explica porque

[70] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., N° 270, p. 225.

deben necesariamente exteriorizar sus actividades por medio del derecho común, sea en materia patrimonial, sea en materia de servicios. Las comunidades eclesiásticas "que poseen bienes, practican actos de culto y tienen a individuos al servicio de éste, salen de lo íntimo a lo mundano, por lo tanto, entran en el dominio del Estado (y) caen inmediatamente bajo sus leyes"[71].

Esta razón general debe ser complementada con un motivo más específico. Hegel escribe que en materia de cultos el aspecto jurídico aparece de inmediato. Y como el Estado es autor del derecho no puede evitarse que la libertad en la materia no quede sujeta a la reglamentación estatal. Las pretensiones de la Iglesia Católica o de las confesiones protestantes de eximirse de impuestos, o de atribuirse potestades jurídico-societarias autónomas, o facultades jurisdiccionales fundadas en la autoridad religiosa, no constituyen derechos frente al Estado[72]. Sólo se concede lo que éste determine[73].

b) Libertad religiosa como libertad de opinión.

La libertad religiosa como libertad de opinión, en cuanto libertad individual que nace del fuero íntimo, está directamente ligada a la libertad de conciencia y es, en consecuencia, absoluta.

> "La doctrina tiene su dominio en la conciencia y reside en el derecho de la libertad subjetiva de la conciencia de sí; en la esfera de la intimidad que como tal no constituye dominio del Estado"[74].

La libertad individual es en el terreno bastante amplia, porque puede someter a crítica todas las creencias religiosas, sin que se le pueda cohibir. El Estado no interviene para sostener una creencia, ni para defenderlas a todas frente a la incredulidad. Pero ¿qué sucede si una opinión religiosa daña la moral pública o define el padrón de lo ético fuera del diseño estatal? Hegel considera que, en general, una opinión individual, dado su nivel de subjetividad, no tiene fuerza suficiente para dañar al Estado. Pero deja sentado el principio de que la tolerancia de la opinión individual tiene como límite el perjuicio a *"la verdad objetiva* (estatal) *y a los principios de la vida moral"*, que el Estado tiene el deber de proteger, especialmente contra las opiniones de la Iglesia.

---

[71] Ibíd., N° 270 p. 224. *"El ejercicio de su culto consiste en actos y doctrinas; por lo tanto tiene necesidad de bienes, de propiedad, como de individuos dedicados al servicio de la comunidad. Surge, por lo tanto, una relación del Estado con la comunidad eclesiástica"*. Ibíd., p. 223.

[72] *"En ... los actos de culto y demás prácticas ligadas a él, ... el aspecto jurídico ... aparece de inmediato por sí como cosa del Estado. Las Iglesias han pretendido también la exención para sus ministros y propiedades del poder y jurisdicción del Estado, hasta la autoridad sobre todas las personas, en asuntos en los cuales interviene la religión (como divorcios, juramentos, etc.)"*. Ibíd., p. 224.

[73] *"En cuanto a la comunidad religiosa de los individuos se instituye como comunidad, esto es, como corporación, queda bajo la vigilancia de la policía suprema del Estado"*. Ibídem.

[74] Ibídem.

> "El Estado puede emplear una indiferencia ilimitada frente a la opinión –que justamente en cuanto sólo opinión es un contenido subjetivo y por ello, aun cuando así se lisonjee, no tiene en sí verdadera fuerza y poder–... Empero, por otra parte, frente a esta opinión de malos principios[75] ... el Estado debe tomar bajo su protección la verdad objetiva y a los principios de la vida moral; así como, por el contrario, debe hacer valer en conjunto contra la Iglesia, que pretende una autoridad ilimitada e incondicionada, el derecho formal de la conciencia de sí al propio modo de ver, a la convicción y al pensamiento de los que debe significar como verdad objetiva"[76].

De la cita se desprende claramente que la libertad religiosa de la Iglesia o de una confesión cualquiera es una libertad relativa, pues la doctrina que enseña o difunde puede contener supuestos éticos opuestos a los que establece el Estado, y es el Estado moderno el soberano que define lo bueno y lo malo[77]. Nuestro filósofo lo vuelve a acentuar, ampliando las restricciones a la libertad de enseñanza cristiana:

> "Por otra parte la doctrina de la Iglesia no es meramente una intimidad de la conciencia, sino que, en cuanto a enseñanza, es, ante todo, su exteriorización sobre un contenido que se vincula muy íntimamente con los principios morales y con las leyes del Estado, o los considera inmediatamente. Por lo tanto, aquí Estado e Iglesia o directamente coinciden o se oponen.

A esta pretensión se enlaza enseguida, respecto de la enseñanza, la exigencia de que el Estado no solo debe dejar en completa libertad a la Iglesia, sino que debe tener un infinito respeto por su enseñanza, como quiera que ésta pueda ser hecha, porque esta determinación solo pertenece a ella siempre que haya enseñanza"[78].

El límite se impone sobre el contenido moral de la libertad de opinión y de la libertad de enseñanza religiosa (cristiana), o mejor dicho, sobre la moral religiosa difundida o enseñada, y no sobre su contenido dogmático especulativo, que para Hegel es una representación de lo divino que hay que valorar, no como verdad, sino como representación subjetiva.

[75] Se refiere a la *"opinión"* que difunde la doctrina de la potestad espiritual de la Iglesia.
[76] Ibíd., pp. 227-228.
[77] Análogo criterio se aplica a la libertad de prensa, canal privilegiado de la libertad de opinión: *"La libertad de expresión pública (de la cual es un medio la prensa ...), la satisfacción de ese impulso punzante de decir y haber dicho la opinión propia, tiene su garantía directa en las leyes jurídicas y en las ordenanzas, que, en parte, impiden sus intemperancias, y, en parte, las castigan con medios policiales; pero tienen su garantía indirecta en su incapacidad de perjudicar, que está fundada especialmente en la racionalidad de la Constitución...".* Ibíd., N° 319, p. 265. Para Hegel, la opinión pública debe ser *"estimada" y "despreciada"*. Esto último porque *"su concreta conciencia y expresión"* no tiene en sí la capacidad de elevarse a saber determinado. Pero debe ser estimada su independencia, *"primera condición formal para algo grande y racional"*. Ibíd., N° 318, p. 265.
[78] Ibíd., N° 270, p. 225.

6.2) El laicismo como estrategia estatal.

El Estado laico hegeliano, que a ratos puede considerarse un Estado militantemente *laicista*, tiene también momentos de *laicidad*.

Hegel apoya un régimen de separación entre el Estado y lo religioso que valore la religión de un modo positivo. No olvidemos que para Hegel la religión es un momento del espíritu.

> "Está en la naturaleza de las cosas que el Estado cumpla un deber de proporcionar todo apoyo a la comunidad para su fin religioso y de asegurarle protección; más aún, porque la religión es el momento que integra al Estado por la profundidad del sentimiento de exigir de todos sus miembros que se atengan a una comunidad religiosa; por lo demás, en todo caso porque el Estado puede no inmiscuirse en el contenido, ya que éste se refiere a lo íntimo de la representación"[79].

Sin embargo, esta laicidad es tal porque redunda en beneficio del Estado:

> "En cuanto la religión es de auténtica especie, no tiene una tal orientación negativa y polémica contra el Estado; antes bien, lo reconoce, lo consolida y tiene muy a menudo para sí su posición y su expresión"[80].

Quizás este sea el palafito intelectual donde se asienta el concepto de laicidad contemporánea. Se acepta lo religioso, sí, siempre que se presente como mero fenómeno, desarraigado de su pretensión de verdad, y mientras no se oponga a la divinización ética del Estado. En tanto la oposición se hace visible, la estrategia cambia: es el momento de subyugar activamente a la Iglesia, a fin de que la trascendencia del Dios cristiano no vuelva a hacerse presente como orden, límite y fin de la vida pública

7) La génesis del Estado moderno como desenvolvimiento de la libertad en la historia. La fobia hegeliana contra la comunidad política católica.

Analizado los vínculos entre libertad de conciencia y Estado en el pensamiento de Hegel, se nos impone profundizar esos lazos desde la perspectiva del Estado.

[79] Ibíd., p. 224.
[80] Ibíd., N° 270, p. 223.

El filósofo germano atiende más a la idea universal y racional de Estado que a sus diversas realizaciones históricas concretas. Estas no son más que momentos contingentes del desenvolvimiento de su idea rumbo a su realización histórica plena. Lo interesante de este esquema es que lo histórico va concentrando progresivamente en su seno la idea universal, necesaria y racional del Estado moderno, trazando progresivamente sus características esenciales.

Si se observa con atención, cada una de las etapas de la Modernidad realiza uno o más elementos del Estado moderno:

i) La modernidad política nace propiamente con la Reforma protestante. Como hemos visto en su lugar, el movimiento contestatario significó, en el fondo, una rebelión de los hombres contra el principio de autoridad religiosa y contra la afirmación de lo sobrenatural en la sociedad temporal. Al no poder destruir el catolicismo, subjetivizó el contenido de la verdad divina y debilitó la misión de la Iglesia[81].

Gracias al protestantismo, se desembaraza el terreno para el levantamiento del Estado moderno. Porque la Idea del Estado sólo es posible a partir de la idea de libertad, como emancipación del individuo de la autoridad que representa lo trascendente. En su lenguaje particular, es lo que nos dice Hegel:

> "Aquí (en la Reforma protestante) se encuentra el último lema en torno al cual los pueblos se reúnen: la bandera del espíritu libre, que en sí mismo está en la verdad y sólo en ella. Esa es la bandera que servimos y cargamos. De aquella época hasta nuestros días, nada más se realizó o debe realizarse a no ser cultivar este principio en el mundo ... El derecho, la moralidad objetiva, el gobierno y la constitución, entre otras cosas, tienen ahora que ser determinados de manera universal para que sean adecuados y razonables

[81] La Reforma, escribe Hegel, constituye un rechazo a *"la esclavitud de la autoridad"*, por la cual *"el espíritu, habiendo renunciado a su propia naturaleza, no es libre"* y a la *"creencia en los milagros"* que *"considera lo divino de forma esporádica y finita"*. Por otro lado, *"La Iglesia, que debe salvar las almas de la decadencia, , transforma esa salvación en un instrumento exterior"*. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 344. El autor ve claro que Lutero quiso arrastrar a todo el catolicismo y que en su investida *"que atendía inicialmente sólo determinados puntos, luego se expandió a todos los dogmas ... Sus escritos cuestionaban no sólo órdenes aislados del Papa y de los concilios, sino todo el proceso de toma de decisiones, o sea, la autoridad de la Iglesia"*. Ibíd., p. 346. Y agrega: *"la enseñanza simple de Lutero es que esto, la infinita subjetividad, la verdadera espiritualidad –Cristo– de forma alguna está presente y es real de forma exterior ... Este distanciamiento de la exterioridad reconstruye todas las enseñanzas y reformula toda la superstición* (de la Iglesia Católica) *... Ya que el individuo está ahora plenificado con el espíritu divino, quedan suprimidas todas las relaciones con la exterioridad: no existe más diferencia entre sacerdote y lego, no hay más una clase que detente el contenido de la verdad, así como todos los tesoros temporales y espirituales de la Iglesia. Es el corazón, la espiritualidad sensible del hombre, que debe y puede apoderarse de la verdad. Y esa subjetividad es la de todos los hombres. Cada uno debe realizar en sí mismo la obra de la reconciliación. El espíritu subjetivo tiene que acoger el espíritu de verdad en sí y adherirse a él. Aquí está la interioridad absoluta del alma que pertenece a la religión y ganó la libertad de la Iglesia. La subjetividad se apodera ahora del contenido objetivo, esto es, de la doctrina de la Iglesia ... La verdad (religiosa) no es un objeto fabricado, es el propio individuo que debe tornarlo verdadero"*. Ibíd., pp. 344-345.

> al concepto de libre voluntad ... Si la intensidad del libre espíritu subjetivo se decide por la forma de la universalidad, entonces el espíritu objetivo se puede manifestar"[82].

El Estado moderno –expresión del espíritu objetivo– tiene, en consecuencia, una raíz religiosa-protestante que puede ser figurada en la siguiente máxima: *el espíritu humano está destinado a ser libre.*

> "En este sentido, es preciso comprender que el Estado fue constituido a partir de la religión ... Este es el contenido esencial de la Reforma: el hombre está determinado por sí mismo a ser libre"[83].

Pero el mundo, dice Hegel, resignado, no estaba preparado aún para una reforma política, paralela a la reforma eclesiástica, no obstante los intentos de reforma temporal impulsados por las sectas protestantes más extremas[84]. En todo caso, el progreso del espíritu humano a partir del protestantismo fue notorio sobre todo en los países reformados:

* El orden temporal se convirtió paulatinamente en autónomo, sin trabas morales de orden religioso, lo que permitió el desenvolvimiento de la industria y del capitalismo.

* Al suprimirse *"los tres momentos de santidad de la Iglesia"* –la pobreza, la castidad, y la obediencia– se adelgazó el principio de obediencia eclesiástica, lo que permitió la futura construcción de la obediencia incondicionada al Estado[85].

* La separación de la conciencia religiosa de la conciencia política, gatillada por la subjetivización de la religión, prepararon el terreno a la plena secularización del Estado moderno: la iglesia reformada ya no exigirá obediencia del Estado a los valores superiores por ella definidos[86].

Desde el ángulo retrospectivo, Hegel precisa cuáles fueron los efectos sobre *"la formación estatal"* del paso de la Reforma por la historia: *"En lo que atiende a la formación del Estado, vemos inicialmente a la monarquía solidificarse y a los monarcas revestirse del poder estatal"*[87]. Y más directamente, a partir de la Paz de Westfalia, la idea de Estado toma la forma de monarquía absoluta.

[82] Ibíd., p. 346.
[83] Ibídem.
[84] Ibíd., p. 348.
[85] Ibíd., pp. 349-350.
[86] Ibíd., p. 351.
[87] Ibíd., p. 353.

ii) La segunda etapa en la génesis del Estado moderno está señalada por el Iluminismo y la Revolución Francesa. La Ilustración encarna el proceso de la razón contra lo sobrenatural y la reafirmación irrevocable, frente a la fe en la autoridad, del dominio del sujeto por sí mismo[88]. El espíritu de lo particular y finito es barrido por el Iluminismo, que reafirma la validez de las leyes universales de la razón sobre lo singular y contingente[89].

Al igual que Kant, Hegel ve en la figura de Federico II de Prusia el comienzo de realización de la obra política del Iluminismo. No ahorra elogios a la hora de ensalzar la concentración del poder estatal intentada por el rey prusiano y su desligamiento indiferentista de los límites impuestos por la autoridad religiosa. Federico II es el símbolo del proyecto del Estado moderno, en la medida en que representa la ruptura (pacífica y gradual) con el principio de trascendencia y el afianzamiento del poder político en el principio de inmanencia[90].

Hegel describe muy bien cómo la Revolución Francesa opera el triunfo definitivo de lo que hemos llamado el principio de la inmanencia, encarnada en el Estado moderno, y la ruptura paradigmática con el principio de trascendencia.

Respecto a lo primero, el filósofo germano sostiene que la Revolución impone la libertad racional[91], codificada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, contra la libertad singular de la tradición histórica, demoliendo los bastiones de los privilegios y contra-poderes estatales que aún subsisten[92].

---

[88] El conocimiento de la naturaleza se postula como sustituto de lo sobrenatural y *"el dominio del sujeto por sí mismo"* reemplaza a *"la fe en la autoridad"*. Ibíd., pp.362-363.

[89] Ibíd., p. 363.

[90] Hegel nota que Federico II *"hizo surgir una nueva época ...cuando el interés estatal realmente alcanzó su universalidad y su supremo derecho ...* (El) *alcanzó, en su pensamiento, el fin universal del Estado ... El criterio absoluto contra toda autoridad de la fe religiosa, de las leyes positivas del derecho –especialmente del derecho estatal– era aquel que comprendía el propio espíritu de la libertad"*. Ibíd., p. 363.

[91] Hegel le llama *principio de libertad formal,* porque nace no de la evolución interna del concepto de libertad, sino de su confrontación con la religión. Él espera que en Alemania se produzca una evolución sabia, sin sobresaltos, a partir de la sola idea filosófica de la libertad. El Estado germánico será el punto culminante de la Idea de Estado en la historia. *"El principio de la unidad de la naturaleza divina y humana, la reconciliación de la verdad objetiva y de la libertad aparecida dentro de la conciencia de sí y de la subjetividad; reconciliación cuyo cumplimiento es asignado al principio nórdico de los pueblos germánicos ... De suerte que ha sucedido objetivamente la verdadera conciliación que despliega el Estado a la representación y a la realidad de la razón"*. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho,* op. cit., pp. 286 y 287; Id., *Filosofía de la Historia,* op. cit., p. 364. De todas formas, la Revolución Francesa es un paradigma, porque con *"el principio* (de libertad) *formal fueron introducidas categorías sustanciales: principalmente la sociedad y lo que sería útil para ella; mas el fin de la sociedad es también político, es aquel del Estado (vide Droits de l´homme et du citoyen, 1791), o sea, aquel que conserva los derechos naturales. Pero el derecho natural es la libertad, y su otra determinación es la igualdad de los derechos delante de la ley. Una relación directa se manifiesta aquí, ya que la igualdad viene de la comparación de muchos, y esos muchos son justamente personas cuya determinación básica es la misma, o sea, la libertad"*. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia,* op. cit., p. 364. Sobre las relaciones entre la Revolución Francesa y la idea filosófica de la libertad, Ibíd., p. 365.

[92] *"El principio de la libertad de la voluntad se hace valer contra el derecho existente. Incluso antes de la Revolución Francesa, los grandes fueron reprimidos por Richelieu y fueron abolidos sus privilegios ... Toda*

La destrucción de las libertades concretas y de los derechos históricos de las asociaciones que median entre el Estado y el individuo es imprescindible para que pueda levantarse el pedestal de la libertad objetiva, que es la ley de la racionalidad, del derecho en sí, que el Estado moderno viene a instaurar. Esa fue punto por punto la obra de la Revolución Francesa[93].

De este modo, para Hegel, las instituciones del Estado y del derecho estatal, que afloran después de la gran convulsión revolucionaria, son los verdaderos momentos de la libertad. Libertad que requiere necesariamente, desde el ángulo de la libertad de conciencia, el rompimiento con el principio de trascendencia. Ello explica que la Revolución no haya nacido en la Alemania protestante, ya sometida al proceso de secularización, sino en la Francia católica, que aún mantenía la monarquía consagrada por la Iglesia:

> "Alemania, llevando en consideración la secularización, ya había sufrido mejorías por parte de la reforma, y ya habían sido abolidas las instituciones perniciosas del celibato, de la pobreza y de la pereza; no había un imperio fallido de la Iglesia y ninguna imposición contra la moral, que es la fuente y la ocasión para los vicios; no existía aquella injusticia indescriptible que surge de la intromisión del poder espiritual en el derecho temporal, ni aquella otra legitimidad ungida de los reyes ... Por el hecho de que (en Francia) el gobierno era católico, y en función de ello no prevalecía el concepto de libertad y de razón de las leyes como el último y absoluto compromiso, pues lo sagrado y la conciencia religiosa estaban de él separados"[94].

Fruto de la demolición de los contrapoderes interiores y las libertades históricas no estatales, y de la desacralización del poder político, llevada a cabo por la Revolución, las manos están libres para que la Idea universal de Estado, absoluto, racional, ánfora de la libertad y de la moralidad objetiva, se actualice en la historia. El gran paso hacia el objetivo lo da Francia con el Estado revolucio-

---

la situación en Francia en aquella época es, en verdad, un agregado de privilegios contra el pensamiento y la razón, una situación absurda, a la cual está ligada toda la perversidad de las costumbres y del espíritu; un reino de injusticia ... La idea, el concepto de derecho, finalmente se hizo valer, y la antigua estructura de injusticia no pudo resistir. En la concepción de derecho se creó una constitución, y por ese motivo todo debe ser basado en ella. Nunca, desde que el Sol comenzó a brillar en el firmamento y los planetas comenzaron a girar a su alrededor, se había percibido que la existencia del hombre está centrada en su cabeza, esto es, en el pensamiento, a partir del cual él construyó el mundo ... Solo ahora el hombre percibió que el pensamiento debe gobernar la realidad espiritual. Así se dio un glorioso amanecer. Todos los seres vivos pensantes conmemoran esa época". Ibíd., pp. 365-366.

[93] Describiendo *el curso de la Revolución Francesa* apunta: *"Las leyes de la racionalidad, del derecho en sí, la libertad objetiva o real; aquí se encuentran la libertad de la propiedad y la libertad de la persona. Toda la no libertad del sistema feudal cesa aquí, todas las determinaciones provenientes del derecho feudal ... son, con eso, suprimidos ... Estos son los momentos de la verdadera libertad, que no se basan en sentimientos –pues el sentimiento permite la existencia de la servidumbre y la esclavitud– y sí en el pensamiento y en la autoconciencia del hombre en su esencia espiritual"* Ibíd., p. 366.

[94] Ibíd., pp. 364 y 366.

nario, que se da una Constitución Política que separa la Iglesia del Estado, y subordina a éste las voluntades subjetivas.

> "Pueden existir diversas opiniones y puntos de vista sobre leyes, constitución y gobierno; pero la concientización tiene que ser aquella que subordina y abandona todas esas opiniones delante de lo sustancial del Estado; además, ella tiene que ser aquello delante de lo que no exista nada más sublime o sagrado, y que incluso la religión –siendo ella lo más noble y santo– no contenga nada que sea diferente a la constitución estatal, o que se oponga a ella. La sabiduría fundamental nos indica que se deben separar totalmente la leyes estatales y la constitución de la religión ... Aquí es preciso declarar pura y simplemente que no es posible una constitución sensata con la religión católica, pues gobierno y pueblo necesitan tener, recíprocamente, esta última garantía de voluntad interna, y solo la puede tener una religión que no se oponga a la constitución estatal racional"[95].

Hegel analiza las distintas constituciones revolucionarias que van configurando el inicio de la historia del Estado moderno hasta llegar a Napoleón[96]. Lo que interesa retener aquí es que, como afirma en su *Filosofía del Derecho,* a partir de esta época, "*el desenvolvimiento del Estado como monarquía constitucional es la obra del mundo moderno, en el cual la Idea sustancial ha adquirido la forma infinita*"[97]. Todo gracias a la Revolución, que *"por su contenido es un acontecimiento histórico mundial"*[98].

Las formas de gobierno podrán variar, pero ya está solidificado el proyecto del Estado. Cierto es que su realización aún no coincide con la Idea de Estado divino y ético que el filósofo germano sólo cree que se puede realizar plenamente en los pueblos germanos[99]. Y que, además, por obra de la contra-revolución, el proyecto no termina de cuajar en los países católicos, al menos en cuanto a la existencia del poder soberano absoluto e irresistible, debido a la influencia de la Iglesia y de la fe romana[100]. Pero es cosa de tiempo para que *"el proceso de desenvolvimiento de la verdadera idea, o sea, de la idea de libertad"*, se concrete al fin en el Estado[101].

[95] Ibíd., p. 367.
[96] Ibíd., pp. 368-369.
[97] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho,* op. cit., p. 240.
[98] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia,* op. cit., p. 370.
[99] Sobre la espinosa relación de Alemania con la Revolución Francesa, Hegel esquiva el peso del bulto e intenta ver los beneficios que Napoleón legó a los países germánicos. Ibíd., pp. 371-272.
[100] Ibíd., p. 370.
[101] De Rugguiero escribe a este propósito: *"Es preciso meditar sobre la manera de formarse en la mente de Hegel la idea del Estado como algo divino ... Es necesario también tener en cuenta que cuando habla del Estado como encarnación de la razón y de la libertad, no se refiere a cualquier Estado, sino al Estado verdaderamente moderno, regido por la monarquía constitucional que personaliza el espíritu del pueblo y hace la ley que penetra en todas las relaciones. Este Estado es la antítesis vigente del de la Edad Media, en el que subsistían los intereses particulares de las clases y de las corporaciones; en que la totalidad constituía un*

8) La idea de libertad es el Estado constitucional, espíritu absoluto, racional, desacralizado y laico.

¿Cuál es esa idea de Estado y de qué manera le es inherente la idea de libertad? En su *Filosofía del Derecho,* Hegel se detiene en este asunto. Sinteticemos su pensamiento. Veremos que en él está contenido todo el diseño del Estado moderno y algunos de sus vínculos fundamentales con la libertad de conciencia y de religión:

i) La idea de Estado no puede confundirse con su despliegue histórico. Este es sólo su desenvolvimiento evolutivo al que falta su culminación.

> "Otro aspecto contrario al concepto es no comprender que el Estado es algo racional por sí y tomar la exterioridad del fenómeno, la contingencia ansiosa, la necesidad de protección, la fuerza y la riqueza, etc., no como momentos del desenvolvimiento histórico, sino como la sustancia del Estado"[102].

> "La idea del Estado tiene a) realidad inmediata, y es el Estado individual como organismo que se refiere a sí: la Idea se expresa, entonces, en la Constitución o Derecho político interno; b) La idea pasa a la relación de un Estado con los demás Estados, de donde resulta el Derecho político externo; c) La idea es universal, como un género y poder absoluto respecto de los Estados individuales; es el Espíritu que se da la propia realidad en el proceso de la Historia Universal"[103].

De lo anterior se deduce que el Estado es un ente *racional en sí;* por tanto, habida cuenta de su constitución política, todo lo que haga es racional. Y es también un organismo que, en consecuencia, crece y se desarrolla como un ser vivo, siendo un crimen detener esa vitalidad.

ii) El Estado es lo racional en sí y por sí en donde la libertad alcanza su plenitud. De ahí que sea un deber supremo pertenecer al Estado para ser libres colectivamente.

> "El Estado, como realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí, individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí. Esta unidad sustancial, como fin absoluto y móvil de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin

agregado más que un organismo. El atributo que expresa la función universal y pública del Estado moderno en oposición con la naturaleza particular y privada del Estado feudal, es la soberanía, que no corresponde al monarca o al gobierno, no a los cuerpos políticos tomados aisladamente, sino a su síntesis estatal". Guido de Ruggiero, op. cit., p. 234.

[102] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho,* op. cit., N° 258, p. 214.

[103] Ibíd., N° 259, p. 215.

último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado"[104].

Como el Estado es lo racional en sí y por sí, y en su universalidad comprende todas las individualidades, sabe mejor que cada individuo qué conducta conduce al ejercicio de la verdadera libertad. Por ello, los individuos, para ser libres en sociedad, deben ejercer su libertad individual sometiéndose al Estado[105].

iii) El Estado es la libertad objetiva, la voluntad sustancial universal.

"Si se confunde el Estado con la Sociedad Civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y la libertad personal, se hace del interés de los individuos como tales el fin último en el cual se unifican; y en este caso, ser miembros del Estado cae dentro del capricho individual. Pero el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y ética sólo como miembro del Estado, pues el Estado es Espíritu objetivo.

La unión como tal es el verdadero contenido y fin, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su posterior y particular satisfacción, actividad y comportamiento tienen como punto de partida y como resultado esa sustancialidad y validez universal"[106].

El Estado no sólo es lo racional en sí, sino también la objetividad de la libertad y de la verdad. Por lo tanto, no es el Estado el que está al servicio de la persona, en atención al bien común, sino que el individuo es el que está al servicio del Estado, en atención al bien público. Y no es porque el Estado pretenda absorber al individuo. Ello es imposible, dado que en la propia idea de Estado éste se encuentra representando los intereses individuales en cuanto logran ser medidos por el bien de lo universal. En otras palabras, obedeciendo al Estado es que las libertades individuales llegan a su plenitud[107].

[104] Ibíd., p. 212.

[105] De aquí resulta la *insignificancia* del individuo frente a la grandeza del Estado: *"El obrar bien de un modo esencial e inteligente es, en su figura más rica y más importante, la acción inteligente universal del Estado, una acción en comparación con la cual el obrar del individuo como individuo es, en general, algo tan insignificante, que apenas sí vale la pena hablar de ello. Además, aquella acción es tan poderosa, que si oponemos a ella el obrar individual y éste quisiera ser precisamente para sí un delito o defraudar por amor a otro lo universal en lo tocante al derecho y a la participación que tiene en él, ese obrar individual resultaría totalmente estéril y sería irresistiblemente destruido".* Hegel, *Phänomenologie des Geistes: Fenomenología del espíritu,* 1807, op. cit., p. 249.

[106] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho,* op. cit., pp. 212-213.

[107] Hegel critica la teoría rousseauniana del estado idílico de naturaleza en que el hombre es libre. Se trata de suyo de una libertad imperfecta, porque para su pleno desenvolvimiento requiere absolutamente del Estado. Lo que hay de racional en la libertad humana exige la construcción del Estado. *"Inicialmente nos deparamos con la idea directamente contraria a nuestro concepto de Estado y a la realización de la libertad: la opinión de que el hombre es naturalmente libre, y que, en la sociedad y en el Estado donde necesariamente se inserta, esa libertad natural debe ser limitada ... (Pero) la libertad como ideal de lo inmediato*

iv) El Estado constitucional es la realidad de la libertad concreta.

> "El Estado es la realidad de la libertad concreta; la libertad concreta, empero, consiste en el hecho de que la individualidad personal y sus intereses particulares tienen su pleno desenvolvimiento y reconocimiento de su derecho por sí (en el sistema de familia y de la Sociedad Civil), cuanto, por una parte, se cambian por sí mismos en el interés de lo universal, y por otra, con el saber y la voluntad admiten su particular espíritu sustancial y son aptas para él como su fin último. De modo que ni lo universal tiene valor y es llevado a cabo sin el interés, el saber y el querer particular, ni los individuos viven como personas privadas meramente para esto, sin que, a la vez, quieran en y para lo universal y tengan una actividad consciente de este fin"[108].

El pasaje resalta cómo el Estado es imprescindible para el desarrollo de las libertades individuales modernas. La alusión a lo "universal" en estado de relación dialéctica con los "intereses individuales" es sumamente importante, pues más allá de los condicionamientos del sistema hegeliano, apunta a caracterizar al Estado moderno no sólo como la gran caja de resonancia de las libertades individuales, al estilo de cierto liberalismo anglosajón, sino como guía y conductor de esas libertades. Pues sólo quien conoce lo universal puede comprender el lugar de lo particular[109].

---

y de lo natural no es un estado inmediato y natural; al contrario, debe ser adquirida y conquistada por la mediación infinita de la educación del saber y del querer. He ahí por qué este estado natural es el estado de injusticia, de violencia, de instinto natural desenfrenado de las acciones y sentimientos humanos. La sociedad y el Estado imponen seguramente restricciones, limitando esos sentimientos rudos e istintos groseros, como también la arbitrariedad irreflexiva de los capichos y de la pasión. Esa limitación hace parte de la mediación por intermedio de la cual se producen la conciencia y la voluntad de la libertad como esta verdaderamente es: racional y de acuerdo con su concepto. Por su concepto, pertenecen al derecho y a la moralidad objetiva, que son en sí y por sí esencialidades, objetos y fines universales. Esas deben ser descubiertos solamente por la actividad del pensamiento, que se distingue de la sensibilidad y se desenvuelve diversamente, integrándose en la voluntad sensible, incluso contra esa propia voluntad. Tal es el eterno equívoco de la libertad, el de conocer apenas el sentimiento formal, subjetivo, abstraido de los objetos y fines que le son esenciales. De este modo, la limitación de los instintos, de la codicia y de la pasión, que sólo pertenecen al individuo, es tenida como una limitación de la libertad. Mas antes que nada, tal limitación es pura y simplemente la condición de la cual surge la libertad, siendo la sociedad y el Estado las condiciones en las que la libertad se realiza". Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia,* op. cit., p. 132.

[108] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho,* op. cit., p. 215.

[109] En este ámbito, la solución sugerida por Kant, de un Estado árbitro de las libertades individuales, es considerada como incongruente por Hegel. El Estado, si es soberano, es la razón y es la moralidad, por lo que no puede subordinarse a las voluntades individuales caprichosas: *"La voluntad subjetiva fue considerada como poseedora de un fin ... Como voluntad subjetiva en pasiones limitadas, ella es dependiente, y sólo consigue satisfacer sus fines especiales dentro de esa dependencia. Sin embargo, esa voluntad tiene también una vida sustancial, una realidad, en la que se mueve en sustancia y tiene su propia esencia como fin de su existencia. Esa esencia es la propia unión de voluntad subjetiva y de razón; esto es, el todo moral, el Estado, que es la realidad en la cual el individuo tiene y disfruta su libertad, como saber, creencia y voluntad de lo universal. Entretanto, no se debe entender que la voluntad subjetiva de un individuo alcance su realización y su placer por medio de la voluntad universal, y que ésta sea un medio para él, como si el sujeto limitase su libertad junto a otros sujetos, que diese lugar a esa limitación conjunta, al incomodo de todos delante de todos. En verdad, el derecho, la moralidad objetiva y el Estado son la realidad positiva y la*

Este movimiento de alimentación de la libertad individual en el seno del Estado permite profundizar la autonomía en el cuadro de la emancipación de lo colectivo. Hegel lo dice abiertamente:

> "El principio de los Estados modernos tiene esta inmensa fuerza y hondura: de permitir que se realice autónomo en extremo el fundamento de la subjetividad de la particularidad personal, y, a la vez, de retraerlo a la unidad sustancial conservando de este modo a ésta en él"[110].

v) La Constitución: racionalidad desplegada y realizada.

> "Estas instituciones (del Estado) integran en particular la Constitución, esto es, la racionalidad desplegada y realizada. Son la base firme del Estado, así como la confianza y devoción de los individuos por él, y las piedras angulares de la libertad pública, pues en ellas existe realizada la libertad particular como racional y donde se da la unión en sí de la libertad y la necesidad"[111].

La Constitución Política del Estado regla racional y universalmente la libertad individual y estructura el mecanismo estatal que no sólo las asegura, sino que las eleva a su nivel objetivo, reintegrándolas en el interés general, por lo que debe suscitar la confianza y la devoción de los ciudadanos.

vi) El Estado es la realidad de la Idea de lo Ético, sustitutivo de la Iglesia.

> "El Estado es la realidad de la Idea ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, claro por sí mismo, sustancial, que se piensa y se conoce y que cumple lo que él sabe y cómo lo sabe. En lo Ético, el Estado tiene su existencia inmediata; y tiene su existencia mediata, y esta conciencia de sí, por medio de sus sentimientos, tiene su libertad sustancial en él, como su esencia, fin y producto de su actividad"[112].

Si el Estado es la realidad de la Idea ética, la normatividad jurídica es expresión de su discernimiento moral, lo que significa que éste ocupa el lugar de la Iglesia, en la medida que fija de manera definitiva lo bueno y lo malo dentro de la sociedad.

---

satisfacción de la libertad. La libertad que será limitada es la arbitrariedad, que se refiere al carácter particular de las necesidades. ... El Estado es lo que existe, es la vida real y ética, pues es la unidad del querer universal, esencial y del querer subjetivo, esto es, la moralidad objetiva. El individuo que vive en esa unidad posee una vida ética, tiene un valor, el único valor que existe en esa sustancialidad ... Las leyes de la moralidad objetiva no son accidentales, son lo propio racional. El fin del Estado es, pues, dar vigor a lo sustancial en la actividad real del hombre y en su actitud moral, que él exista y se conserve en sí mismo. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 39.

[110] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 215.

[111] Ibíd., p. 218.

[112] Ibíd., p. 212.

vii) El Estado es un poder divino, porque es una forma universal superadora de la religión.

> "En los tiempos modernos se ha repetido que la religión es el fundamento del Estado ... y (su) retorno (quiere) hacerse valer por sí, y por sí solo pretender la determinación y la defensa de lo justo"[113].

Pero ello no es posible, porque el Estado es una forma superadora de la religión:

> "El Estado es voluntad divina como Espíritu presente y que se despliega en la forma real y en la organización del mundo. Los que quieren aferrarse a la forma de la religión frente al Estado se conducen como los que en el conocimiento creen tener la razón cuando se detienen sólo en la esencia y no proceden desde esta abstracción a la existencia; o también, como los que sólo quieren un bien abstracto y reservan al capricho la determinación de lo que es bueno.
>
> La religión es la relación con lo Absoluto en la forma de sentimiento, de la representación y de la fe ... Si se sostiene firmemente también con respecto al Estado, de modo que ella sea para él lo esencialmente determinado y válido, el Estado como organismo que se despliega en diferencias, leyes y prescripciones existentes, es abandonado a merced de la inestabilidad, de la inseguridad y del desorden"[114].

Hemos de suponer que la gran preocupación de Hegel, atendido el contexto histórico-político en el que escribe, es que sean desechados los deseos de la contra-revolución europea, que en sus diversos matices, añoran la vuelta del cristianismo como criterio orientativo del poder político. Nuestro filósofo vislumbra, con acierto, que un retorno de tal categoría pone en jaque *"la determinación y defensa de lo justo"* que el poder soberano estatal se arroga para sí. Y que además la obediencia religiosa constituye una peligrosa hipoteca sobre la libertad de conciencia moderna, que el Estado pretende guiar en el ámbito público.

El laicismo, por tanto, es esencial al Estado, y se ancla en los siguientes principios:

* La religión es un sentimiento, de convicciones subjetivas, y debe permanecer en el ámbito privado, renunciando a toda y cualquier pretensión de orientar moralmente el poder político.

[113] Ibíd., pp. 221-222.
[114] Ibíd., p. 222.

* El Estado es incompetente en materia religiosa; los contenidos de fe no le empecen.

* La Iglesia, en la medida en que traspasa el umbral de lo público, queda sometida férreamente a la regulación del Estado, no sólo en su organización temporal, sino también en su misión espiritual. El Estado es la racionalidad objetiva y tiene derecho a ello.

* Sólo es digno del Estado el régimen de separación con la Iglesia y la religión. El sistema de libertad religiosa como instrumento de disociación garantiza el fracaso de cualquier pretensión de la Iglesia de convertirse de nuevo en verdad social[115].

9) A modo de conclusión: el Estado constitucional es la secularización de la omnipotencia divina, autonomía soberana de la nación.

Visto todo lo anterior, se puede concluir que Hegel conceptualiza el Estado constitucional al modo divino:

i) El Estado es el poder supremo y el fin último.

> "Frente a las esferas del derecho y del bienestar privados, de la familia y de la Sociedad Civil, por una parte, el Estado es una necesidad externa, el poder superior al cual están subordinados y dependientes las leyes y los intereses de esas esferas; mas, por otra parte, es su fin inmanente y radica su fuerza

[115] Esta síntesis se deduce de múltiples textos. Transcribimos algunos: *"La comprensión filosófica es la que reconoce que la Iglesia y el Estado no están en oposición del contenido de la verdad y de la racionalidad, sino en la diferencia de la forma. Si la Iglesia se transforma en doctrina..., y su doctrina concierne a principios objetivos, los conceptos de lo ético y de la racionalidad, por este motivo ella pasa inmediatamente en esa manifestación al dominio del Estado. Frente a la fe y a la autoridad de la Iglesia sobre lo ético, están el derecho, las leyes y las instituciones; frente a su convicción subjetiva, el Estado es más bien lo que sabe; en su fundamento, el contenido no se detiene de modo esencial en la forma del sentimiento"*. Ibíd., p. 227. *"El contenido que ... aparece en forma de religión, en cuanto particular y en cuanto doctrinas peculiares de una Iglesia como comunidad religiosa, cae fuera del dominio del Estado.. (Pero si) los principios éticos y los mandatos del Estado se interfieren con el dominio de la religión ... le queda a él (porque es la forma de la racionalidad consciente de sí, objetiva) el derecho de hacerla valer y de afirmarla frente a las afirmaciones que provienen de la forma subjetiva de la verdad, cualquiera que sea la garantía y la autoridad con que esté revestida"*. Ibídem. *"En cuanto la religión es de auténtica especie, no tiene una tal orientación negativa y polémica contra el Estado; antes bien, lo reconoce, lo consolidad y tiene muy a menudo para sí su posición y su expresión"*. Ibíd., p. 223. Sobre la libertad religiosa ya hemos tratado el asunto en su lugar. Hay autores que han apuntado una cierta incongruencia en el pensamiento de Hegel a propósito de las relaciones entre el Estado y la Iglesia. De Ruggiero dice al respecto: *"La concepción ética del Estado crea una interferencia entre Estado e Iglesia que constituye para Hegel algo tormentoso de que jamás logrará liberarse ... La condición de divino que reconoce al Estado y la universalidad de la misión que le atribuye, lo empuja a fundir a la Iglesia en el Estado. Por otra parte, su fuerte sentido histórico le hace sentir la imposibilidad de realizar el ideal teocrático en presencia de una religión como la cristiana, que no se deja absorber por el Estado; coaccionar la conciencia del individuo constituye también para él una repugnante falta de libertad"*. Guido de Ruggiero, op. cit., p. 237.

> en la unidad de su fin último universal y de los intereses particulares de los individuos, por el hecho de que ellos frente al Estado tienen deberes, en cuanto tienen, a la vez, derechos"[116].
>
> "El interés particular no debe realmente ser dejado de lado o ser enteramente suprimido, sino puesto en armonía con lo universal, por lo cual se logra a sí mismo y a lo universal"[117].
>
> "El fin del Estado ... es el interés general como tal y en esto, como su sustancia, radica la conservación de los intereses particulares que constituye"[118].

La tesis de Hegel es de gran coherencia y pocos se han atrevido a explicitarla como él. Si el Estado tiene el poder supremo, quiere decir que es soberano en su propio ámbito. Y como su ámbito es la constitución y la conducción de la sociedad, así como la representación de los intereses individuales a nivel colectivo, al cual todo está subordinado, resulta ineludible atribuirle la calidad de fin último del todo social. En otros términos, el Estado no sólo es *forma* de la sociedad, sino también *fin* de los individuos, por lo que existe una mutua dependencia entre el Estado y la libertad individual. Las instituciones estatales son la *universalidad* de los intereses *particulares*[119].

ii) El Estado es el poder soberano, esto es, el poder divino, porque encierra los tres momentos de la totalidad y porque expresa la suprema autonomía de la nación.

> "El poder del soberano encierra en sí los tres momentos de la totalidad; la universalidad de la constitución y de las leyes; la deliberación como relación de lo particular con lo universal; y el momento de la decisión final como autodeterminación a la cual retorna todo momento y de la cual se toma la iniciación de la realidad".
>
> "Este absoluto autodeterminarse constituye el principio distintivo del poder del soberano como tal, que se debe desarrollar como preferente"[120].

[116] Ibíd., p. 216.
[117] Ibíd., p. 217.
[118] Ibíd., p. 220.
[119] Así lo formula nuestro autor: *"Los individuos de la multitud, puesto que encierran en sí naturalezas espirituales, y por lo tanto el doble movimiento, esto es, el extremo de la individualidad que se conoce y quiere por sí y el extremo de la universalidad que se sabe y quiere lo sustancial y puesto que alcanzan el derecho de estos dos momentos sólo en cuanto son reales, tanto como personas privadas, cuanto como personas sustanciales; legan al primero en las esferas de la familia y de la Sociedad Civil, directamente; logran el segundo, por una parte –de modo que tienen su conciencia de sí esencial– en las instituciones como universalidad que es en sí de sus intereses particulares"*. Ibíd., p. 218.
[120] Ibíd., p. 234.

> "El pueblo, como Estado, es el Espíritu en su racionalidad sustancial y en su inmediata realidad, constituye el poder absoluto sobre el territorio; por consiguiente, un Estado frente a los otros es una autonomía soberana"[121].

Está claro cómo Hegel transmuta el concepto de omnipotencia divina al Estado, al extremo de que éste, con su autodeterminación y su poder absoluto, puede reiniciar la realidad entre los hombres. Esta idea, que pareciera estrambótica, se ha cumplido, sin embargo, en las constituciones contemporáneas, que atribuyen al poder estatal una soberanía que por definición es absoluta. Soberanía que no reconoce límites trascendentes ni contrapoderes en su interior. Sólo que Hegel, al hacer de ella una lectura teológico-política, la convierte en un ente de atributos divinos. Pero básicamente ha diseñado el mismo poder que encontramos en las constituciones políticas modernas.

El encuentro de este poder absoluto con la autonomía, que hace plenamente libres a los hombres, es otra idea que irriga las constituciones contemporáneas. Al atribuir la soberanía al pueblo, o a la nación, o a otra instancia puramente humana, recaban para sí una cualidad que sólo pertenece a lo divino. No nos hemos de extrañar, por tanto, que Hegel sostenga que la soberanía es totalidad, precisamente porque es esa totalidad la que permite que el Estado realice lo que el hombre no puede hacer a nivel individual: cortar por principio todas las ataduras divinas y naturales.

Es esa la grandeza del Estado que nuestro filósofo anuncia como conquista de la modernidad. Y hemos de reconocer que los Estados modernos, a pesar de la diferencia de sus regímenes políticos, en este punto no se han movido ni un ápice del sendero que les marcó Hegel. Han conquistado, dicen, los derechos humanos y las libertades, pero por obra y don del Estado. El comprender que ese paso es *totalitario* porque solo puede ser fruto de un poder que en cuanto se dice soberano de desliga del orden divino-natural, es la gran explicitación de la filosofía hegeliana, que no porque muchos no se atrevan a seguirla, no es menos cierta.

[121] Ibíd., p. 274.

Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen.

Maria Fernanda Juppet Ewing
Decana
Facultad de Derecho UNIACC
Magíster Derecho de la Empresa
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad el realizar un breve análisis sobre las nuevas doctrinas, aplicadas especialmente en derecho comparado, que buscan asegurar la responsabilidad de los agentes económicos que se escudan tras la personalidad jurídica de las empresas, tanto para la generación de resultados inequitativos a través del abuso de la limitación de la responsabilidad patrimonial, como mediante su instrumentalización para la realización de actuaciones criminales organizadas.

***

1. Antecedentes generales.

Durante la última década, se ha generado un movimiento importante de cuestionamiento sobre la utilización de personas jurídicas más allá de los fines para los que fueron creadas por el legislador, por medio de dos mecanismos diversos. En primer lugar, a fin de evadir responsabilidades pecuniarias de las obligaciones asumidas por dichas entidades, y, en segundo lugar, para diluir la responsabilidad de los agentes que forman parte de éstas en injustos de carácter criminal.

Si bien es cierto la creación de las personas jurídicas obedece a la necesidad de la radicación de las consecuencias de ciertos actos jurídicos en una entidad distinta que las personas que la componen, en virtud de la buena fe del mercado, y de los abusos generados por ciertos individuos al alero de esta figura, "las cortes norteamericanas han establecido múltiples circunstancias en las que los socios deben responder por obligaciones que originariamente le correspondían a la sociedad. Los interesantes desarrollos jurisprudenciales sobre la desestimación de la personificación jurídica de la sociedad (*"Piercing the corporate veil"*) y la postergación de créditos en

situaciones concursales (*"equitative subordination"* o *"deep rock doctrine"*) son algunas de las principales defensas con las que cuentan los acreedores de una compañía cuando sus administradores o asociados han actuado en fraude de terceros".[1]

Además, resulta interesante considerar que por la forma de organización que han adoptado las empresas modernas, en muchas ocasiones resulta imposible que sus directivos se den cuenta de la generación de injustos a través del comportamiento de las entidades, debido a que las respuestas dañosas de la organización tienen su base en decisiones menores, que con el paso de los años la sociología de las organizaciones ha sindicado como respuestas naturales de la entidad para la resolución de problemas, sin un cuestionamiento consciente de los distintos departamentos de la persona jurídica que participan en la generación de dicho resultado injusto. Del razonamiento anterior, resulta razonable el buscar mecanismos a través de la legislación especializada que permitan el asumir la responsabilidad del colectivo organizacional, incluso delimitando nuevos injustos, para la protección de la comunidad y de la parte más débil de la relación contractual en estos casos.

Si bien es cierto que en la historia se han dado de manera espontánea casos en los cuales los empresarios han reconocido un rol más activo en sus comunidades, como Henry Ford, quien, en 1919, indica, a propósito del juicio seguido en su contra por los hermanos Dodge, a raíz de su negativa como controlador de la empresa Ford Motors de repartir dividendos a todos los accionistas de la empresa, priorizando la ampliación de las fábricas, para realizar mayores contrataciones y obstinarse en la mantención del precio de los automóviles en montos accesibles para el público en general,[2] al decir: "Mi ambición, es seguir generando empleo, distribuir los beneficios de mi sistema industrial al mayor número de personas posible, ayudar a mis trabajadores a construir sus vidas y sus hogares. Y para lograrlo he decidido reinvertir la mayor parte de nuestras utilidades de vuelta en la compañía".[3]

Si bien es cierto que tal planteamiento no es considerado el usual dentro de las empresas nacionales e internacionales. Y, que por el contrario, la tendencia internacional ha sido la búsqueda de fórmulas para delimitar la responsabilidad de las empresas y, en la medida de lo posible, configurar nuevas y sofisticadas formas de determinación de su responsabilidad. De tal manera, dependiendo del ilícito a considerar, podemos encontrarnos con variadas soluciones entregadas por el derecho para la búsqueda de la aplicación de normas que hagan

[1] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, editorial Legis, página 173.

[2] 204. Mitch 459,170 N.W. 668 (1929).

[3] Klein, William; Ramseyes, J. Mark; Bainbridge, Stephen; "*Business Associations: Cases and materials on agency, partnerships, and corporations*"; Foundation Press, página. 276.

efectiva la responsabilidad de los agentes tanto civil como penalmente.
En derecho comparado, se ha gestado un movimiento doctrinario importante, tendiente a estructurar la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas, a fin de no limitar su responsabilidad en el caso de generarse resultados injustos a través de su actuar. "Así, por ejemplo, los casos de daños ecológicos causados por la actividad de la sociedad o el pago de ciertos impuestos a su cargo se tratan en las leyes federales como obligaciones que los asociados podrían asumir solidariamente. Así mismo, las diversas teorías sobre extensión de responsabilidad que han sido desarrolladas por las cortes estadounidenses han contribuido a conjurar los abusos relacionados con el manejo interno de las sociedades".[4]

Con todo, resulta necesario reconocer la dificultad de la construcción de este tipo de doctrinas, lo cual ha justificado en el tiempo el nacimiento del "...conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad postindustrial moderna".[5] A través de la aplicación de la teoría de la Responsabilidad Social Corporativa, obligando a las empresas a incorporar medidas de autocuidado respecto de sus trabajadores, y la comunidad en la cual están insertos, como obligaciones razonables impuestas por el entorno en el cual desenvuelven libremente su actividad empresarial.

Desde esta postura que sindica a la autorregulación como fuente moderna del derecho mercantil, a través de la obligación del cuidado relativo a las consecuencias de sus actos en el entorno en el cual se desenvuelven, la doctrina penal pasa a construir ilícitos más sofisticados y complejos, siguiendo a Gómez-Jara: "La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema de derechos/deberes".[6]

En el caso del derecho chileno, podemos encontrar múltiples ejemplos del ejercicio de este tipo de sanciones dispersas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, mediante la potencialidad de disolución de personas jurídicas por el abuso de las normas de limitación de la responsabilidad de los agentes que las componen, como por ejemplo el artículo 26 letra b) de la Ley 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la cual se indica que una de medidas que puede imponer el Tribunal será el:

[4] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 164.
[5] Gomez-Jara Díez, Carlos; " Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006), página 17.
[6] Gomez-Jara Díez, Carlos; " Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006), página 19.

> "...ordenar la **modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado** que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior".[7]

Otra situación en la que el legislador optó por la misma sanción puede ser encontrada en el caso de las acciones temerarias presentadas por Asociaciones de Consumidores, de acuerdo al artículo 9° inciso final de la Ley 19.496, en la cual indica que:

> "La infracción grave y reiterada de las normas contenidas en el presente artículo será sancionada con la **cancelación de la personalidad jurídica** de la organización, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles en que incurran quienes las cometan".

Finalmente, y sólo a modo de ejemplo, es posible indicar lo prescrito por el artículo 559 del Código Civil, en lo referente a las corporaciones, al señalar que:

> "Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia.
>
> **Pero pueden ser disueltas** por ella, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, **si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución**".

Este tipo de soluciones jurídicas son denominadas en el derecho anglosajón como "la doctrina del ultra vires", mediante la cual se procede a la cancelación de la personalidad jurídica de una entidad por ser utilizada para un injusto; con todo, es de muy rara aplicación práctica, en virtud de su severidad.

De acuerdo a las nuevas tendencias aplicables a la administración de empresas, a través de incorporación del concepto de Responsabilidad Social Corporativa, se plantea que las empresas deben cumplir con un deber de autocuidado que implica evitar consecuencias perniciosas de sus actuaciones que afecten a terceros, con mayor razón deben ser consideradas responsables por ilícitos e injustos que se realicen en su beneficio.

Es más, dentro de la jurisprudencia norteamericana se han considerado admisibles a tramitación demandas en contra de empresas por incumplimiento de

[7] DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973. Publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005; http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=940&FMT=115&GUID=

normas de derecho internacional: "En Unocal, esta compañía fue considerada como soporte de un régimen antidemocrático por haber pagado servicios de seguridad de un gobierno militar para desarrollar en mejor medida sus operaciones petroleras, con el conocimiento de que dichas fuerzas militares probablemente cometerían violaciones a la ley internacional para cumplir con este mandato. 395 F. 3d at 938-42. En Wiwa, los demandantes alegaron que los demandados dirigieron y apoyaron a las fuerzas de seguridad gubernamentales en violación de los derechos de los demandantes proveyendo de soporte logístico, transporte y armas para las fuerzas de seguridad del gobierno a fin de asegurar que las actividades de la corporación pudieran mantenerse dentro de los estándares normales de la misma".[8]

Es así como en el derecho comparado se han generado una serie de doctrinas y teorías para asegurar la responsabilidad empresarial, tanto desde el punto de vista civil, vulnerando la limitación de responsabilidad propia de las personas jurídicas, en caso de fraude o inequidad evidente.

Por otra parte, la doctrina especializada se orienta a seguir la autorresponsabilidad de la empresa, como entidad que se autodetermina y aplica mecanismos de autocontrol. La doctrina española, y recientemente el caso chileno, tras la dictación de la Ley 20.393, de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, sigue la visión de la heterorresponsabilidad, la cual corresponde en palabras de Gómez-Jara a: "una verdadera responsabilidad penal empresarial no fundamentada en la imputación de ciertas actuaciones de personas físicas, sino que en la organización de la propia empresa".[9] Generando vías de imputación efectivas a través de la aplicación de tipos criminales a la organización misma por hechos de sus agentes.

Al contrario de lo planteado por Mansdörfer, quien defiende que "... todas las prestaciones que se realizan mediante la unión de diversas personas en empresas o grupos estables pueden verse como prestaciones individuales coordinadas por el mecanismo de mercado",[10] esta postura no se condice con la realidad de la empresa actual, en la que se los actos de los individuos se separan del

[8] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; "Transnational Business problems"; Foundation Press, fourth edition; página 213 "In Unocal, the alleged aider and abettor corporation was accused of having purchased security services from a military government to further develop its oil operations, with the knowledge that the security forces would likely commit international law violations in fulfilling this mandate. 395 F. 3d at 938-42. In Wiwa, the plaintiffs alleged that the defendants directed and aided government security forces in violating plaintiffs rights by providing logistical support, transportation, and weapons to government security forces to ensure that the corporations business activities could proceed "as usual".

[9] Gómez-Jara Díez, Carlos; " Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006), página 03.

[10] Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 7.

individuo mismo dentro de los procesos corporativos para dar origen a una actuación completamente distinta y nueva, más allá de los niveles superiores de la organización, que en determinado momento pierden el control sobre los actos de sus dependientes dentro de las instrucciones recibídas a través de los procesos de generación de decisiones propios de toda empresa.

Aun cuando la doctrina comparada busca hacer extensiva la aplicación de esta construcción jurídica a injustos con resultados perniciosos en materias de accidentes del trabajo o injustos de carácter medioambiental. En el caso chileno, las situaciones antijurídicas en las que se puede buscar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran especialmente enumeradas por la Ley N° 20.393, como analizaremos más adelante en este trabajo.

2. Responsabilidad Civil a través de la doctrina del *"Piercing the corporative veil"*.

Es así, como en el Derecho anglosajón se ha logrado construir una doctrina denominada "*Piercing the corporative veil*", o "la perforación del velo corporativo", para lograr hacer efectiva la responsabilidad civil de ciertos agentes, que han utilizado a entidades o personas jurídicas para evadir sus obligaciones patrimoniales, como un elemento integrante de un injusto corporativo.

Incluso, se ha llegado a proponer por algunos adeptos extremistas a esta doctrina ir más allá de los dueños que han instrumentalizado la existencia de una persona jurídica con la finalidad de aprovechar de manera dolosa la limitación de responsabilidad que ésta otorga, hasta "...una extensión de responsabilidad para alcanzar también a los accionistas de las sociedades de capital, en especial en hipótesis de responsabilidad civil extracontractual".[11] Aun cuando en nuestro país nos encontramos lejos de estas hipótesis extremas en materia de responsabilidad extensiva por incumplimientos en materia de derecho corporativo, no es menos cierto que a través de la incorporación de instituciones jurídicas construidas en Derecho Comparado, pudiéramos vernos enfrentados a la discusión de esta temática como una realidad actual dentro de la próxima década.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas se encuentran divididas en lo referente al reconocimiento de las potenciales demandas de perjuicios resultantes de la responsabilidad civil extracontractual tras la aceptación por la Corte de la perforación del velo corporativo, responsabilizando a los dueños de una empresa sobre perjuicios sufridos por terceros.[12]

[11] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 164.
[12] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 164.

Para poder alegar la pertinencia de la aplicación de la perforación del velo corporativo en los estándares de la Corte Suprema de Estados Unidos, resulta necesario cumplir con las dos partes del test de aplicabilidad de esta doctrina. En primer lugar, la unidad de intereses con los dueños de la organización, lo que puede ser probado por la falta de cumplimiento de las formalidades corporativas, como reuniones de directorio o contabilidad separada. Y, en segundo lugar, que las consecuencias de los actos realizados por la compañía impliquen un resultado injusto o inequitativo.

En opinión de Reyes Villamizar, las consecuencias de la aplicación de esta doctrina recaerían especialmente sobre el mercado de valores local, con especiales consecuencias "...como la disminución de la negociabilidad de las acciones de aquellas sociedades que fueren despojadas del referido beneficio. HANSMANN y KRAAKMANN, en contraposición, estiman que tal mercado no se vería afectado de manera alguna en virtud de una legislación adecuada que eliminara la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital bajo ciertas hipótesis".[13]

Pero la aplicación de esta doctrina no implica el desconocimiento de la diferenciación entre la persona jurídica y las personas que la componen, sino que viene a paliar las consecuencias del injusto del aprovechamiento malicioso de dicha separación. "La sociedad, como ente jurídico distinto de los asociados individualmente considerados, no desaparece, ni sus atributos se pierden. El único efecto de la aplicación de esta excepción judicial consiste en la extensión de la responsabilidad para aquellos respecto de quieres el juez lo decida".[14] Es así como la intervención jurisprudencial evita la perpetración del injusto en el tiempo, mediante una interpretación más amplia de las normas de responsabilidad civil extracontractual, extendiendo las obligaciones de un contrato a quien, si bien no ha contratado, ha aprovechado injustamente los beneficios de dicha convención.

Al estudiar la jurisprudencia corporativa norteamericana, encontramos múltiples casos en los cuales, incluso se han reversado decisiones tomadas por el directorio de una corporación, bajo el criterio del daño generado con dicha decisión a terceros, más allá de esta teoría, como por ejemplo Unocal vs. Mesa,[15] donde se ha resuelto incorporando criterios éticos a la interpretación jurisdiccional.

Tal es la situación que se dio respecto del intento de toma de control realizado por la empresa "Mesa Petroleum", por la compañía "Unocal", que desencadenó un pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos, estableciendo

[13] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 165.
[14] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 174
[15] Unocal corp. vs. Mesa Petroleum Co., 493 A. 2d 946 (Del. Supr. 1985), 745, 791.

como requisitos para la legalidad de la implementación de medidas de defensa contra una toma de control hostil, un chequeo de dos puntos. En primer lugar, si la acción realizada por el competidor constituye efectivamente una amenaza a la compra. Y, en segundo lugar, la revisión de la proporcionalidad de la respuesta de la compañía respecto de la amenaza. Como elementos decisivos sobre si la decisión tomada por el directorio debía ser respetada o anulada por la Corte en virtud de los parámetros éticos que fundaron la decisión empresarial.

3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por otra parte, siguiendo la doctrina alemana, en ciertos casos excepcionales nuestra legislación ha aceptado la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en forma limitada a ciertos ilícitos específicos enumerados taxativamente, para ciertos delitos: El artículo 27 de la Ley N° 19.913, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos[16], el artículo 8° de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad[17], y los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, respecto del delito de estafa, tanto cometido por personas naturales como por personas jurídicas.

Si bien es cierto que la perspectiva moderna exige la autorresponsabilidad de las personas jurídicas, se entiende también que dentro de las actuaciones propias de toda organización, las responsabilidades se diluyen en las actuaciones diarias de las compañías, dando origen a una suerte de irresponsabilidad penal organizada, que para Feijoo se explica a través de las diferencias de la imputación individual versus la colectiva a que da origen el actuar organizado de las personas jurídicas dentro de su quehacer empresarial "como la tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico-penal encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos que tienen su origen en ciertas organizaciones humanas o configuraciones organizativas propias de las empresas modernas con división –horizontal y vertical– y descentralización de funciones y tareas".[18] En definitiva, al dividirse las tareas, se produce un fenómeno lógico de la racionalización del trabajo, como ha sido

[16] "Artículo 27. Toda referencia hecha en cualquier ley o reglamento a los tipos penales contenidos en los artículos 12 y 22 de la Ley N° 19.366, en lo concerniente a la asociación ilícita para lavar dinero, debe entenderse hecha a las conductas descritas en los artículos 19 y 20 de la presente ley, según corresponda".

[17] Artículo 8°. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.

[18] Feijoo Sánchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 4.

estudiado por las ciencias económicas y del *management* organizacional. Pero con consecuencias complejas para la aplicación de las doctrinas clásicas de la imputación penal, dado que la división en las acciones genera dos efectos, al menos, que obligan a modificar la interpretación clásica en estos ilícitos.

En primer lugar, no se puede exigir la actuación consciente del dependiente de la organización que actúa dentro de parámetros pre establecidos por procedimientos basados en la racionalización del trabajo.[19]

Y, en segundo lugar, lo que es quizás aun más complejo, el buscar un sólo responsable de los resultados injustos resulta cercano a lo imposible, dado que cada unidad participante en el desarrollo de la actividad económica aporta al mismo dentro de la esfera de sus competencias, dadas por la división de funciones de la organización.

Por tanto, en muchas ocasiones, aun cuando el individuo actúe con un deber de cuidado razonable, dentro de su autorresponsabilidad, las consecuencias injustas pudieran realizarse de todas formas, como consecuencia del actuar del colectivo organizacional.[20]

En la búsqueda de responsables dentro de la organización, la primera mirada se suele dar en forma natural hacia los directivos de la persona jurídica, como responsable de sus decisiones, pero, como ya se ha indicado con anterioridad, la generación de procesos autónomos hace cada vez más difícil el defender esta postura jerarquizada autocrática en la empresa moderna. Hoy resulta relevante el estudiar con detención la amplitud de los mandatos de gerentes de área y dependientes, más que las instrucciones genéricas entregadas por los directivos de una gran corporación, con especial énfasis en el cumplimiento de los protocolos internos de funcionamiento como elemento decidor en materia de competencia y responsabilidad. En palabras de Gómez-Jara: "En consecuencia, resulta totalmente inadecuado concebir a las organizaciones como las administraciones de ejecución de una voluntad del poder central: la memoria del sistema controla todos los impulsos volitivos y trabaja con el mecanismo de la inhibición/desinhibición".[21]

---

[19] Feijoo Sánchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 3.
"Dentro de las empresas y personas jurídicas que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, decisiones sobre hechos concretos, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre los efectos de su entorno, de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar a una persona dentro del entramado empresarial en que coincidan creación del riesgo y participación del mismo."

[20] Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007. página 9.

[21] Gómez-Jara Díez, Carlos; " Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006), página 10.

Por otra parte, no debemos caer en la trampa de buscar a los responsables dentro de los dependientes ubicados jerárquicamente en un nivel inferior[22], sino que debemos buscar la sindicación de la responsabilidad del injusto dentro de los miembros de la organización, pero con conciencia de los procesos propios automatizados dentro de la misma.

Lo anterior en caso alguno limita la responsabilidad individual de cada uno de los agentes intervinientes en el caso punible, sino que limita su poder de actuación y decisión. En nuestra opinión, esta limitación se encuentra dada por la amplitud del mandato con el que obra el agente, en la medida de que sea o no suficiente para obligar (en la esfera de sus atribuciones) a la persona jurídica en la cual se desempeña, y, por otra parte, el nivel de información con la que cuenta el agente en análisis. La empresa, al ser un sistema social, está compuesta por comunicaciones, "por un tipo de comunicación específico: es un sistema compuesto por decisiones o más exactamente por la comunicación de decisiones". Por tanto, si es que el agente obró dentro de las actuaciones propias de su cargo, sin información particular respecto del hecho punible y desarrollando sus funciones propias, no debiera ser objeto de responsabilidad en el ilícito corporativo.

Si bien es cierto que en la doctrina penal moderna que atribuye responsabilidad a las personas jurídicas se ha planteado que no es sencillo el identificar a un responsable específico dentro de la organización, debido a que los ilícitos tienden a basarse en premisas de decisión, las cuales operan como respuestas automáticas dentro de la empresa ante ciertos conflictos, y, por tanto: "...no pueden ser imputadas a determinadas decisiones y no están orientadas a preparar o ejecutar determinadas decisiones. Por lo tanto, no se puede marcar como han surgido", en el caso chileno, y más específicamente en la aplicación de la Ley 20.393. Este no es el caso, dado que los ilícitos contenidos en la ley son de aquellos en los cuales el momento del surgimiento del injusto es claramente determinable en el tiempo por las características del mismo.

Debemos reconocer que: "Toda persona que actúa en un grupo domina focos de peligro que son, cada uno por sí mismo, adecuados para causar un resultado típico".[23]

En el caso de los agentes indicados como capaces de generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, podrán, dentro de la esfera de las atribuciones que les otorga la ley, y dentro de los términos de su mandato, generar dicha responsabilidad. No resulta factible considerarlas en forma ge-

[22] Feijoo Sanchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 1.
[23] Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 14.

nérica, en los términos redactados por el legislador, dado que sus esferas de competencia y ámbitos de aplicación dentro de la organización de la empresa son altamente diversas en cada uno de los casos planteados, es más, el legislador sindica como generadores de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en ciertos casos, a agentes que no cuentan con las facultades de obligar a dicha entidad en respeto de las normas del derecho comercial.

Con todo resulta razonable, en el entendido que la ley en comento busca perseguir la responsabilidad penal de los agentes que indica, y no modificar las normas comerciales aplicables en lo referente a sus funciones Pero no es menos cierto que en ciertos casos la terminología planteada por nuestro legislador, dista de la felicidad, ya que aplica la norma respecto de agentes que no sólo no cuentan con las facultades de participar en la administración de la empresa, sino que dichas actuaciones están prohIbídas por la ley especial.

Es en virtud de lo anterior que resulta necesario revisar en detalle el caso de cada uno de los agentes cuyas actuaciones pueden generar responsabilidad de las personas jurídicas, en los términos del artículo tercero inciso primero de la Ley N° 20.393:

a. Dueños

Debemos entender que todo aquel que es propietario de acciones o de derechos sobre una determinada sociedad es considerado como dueño dentro de dicha entidad. Aun cuando la terminología utilizada por la ley es más bien coloquial que jurídica en este punto, entendiendo que la intensión del legislador era la búsqueda de un nexo entre el agente y la persona jurídica, más que una influencia real respecto del agente en la misma. Resulta de suyo necesario precisar que no basta con ostentar propiedad sobre una empresa para poder intervenir en su dirección y administración, habrá que estarse a las facultades de administración y representación definidas en sus estatutos.

Con todo, las características de estos dueños variarán dependiendo del tipo de sociedad y de lo significativo de la propiedad ostentada por el agente.

Es así como en el caso de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, y en la empresa individual de responsabilidad limitada, efectivamente el dueño podrá participar de manera activa en la toma de decisiones de la organización. En el caso de las sociedades anónimas, la importancia de los postulados de un determinado accionista en la junta tendrá una relación directa con el monto de las acciones que ostente o represente en dicha oportunidad. Respecto de sociedades por acciones, dependerá del tipo de acciones de que se trate. Y, finalmente, en las sociedades en comandita los socios comanditarios no podrán en caso alguno participar en la administración de las empresas, so pena

de responder en las deudas sociales en los mismos términos que los socios gestores.

b. Controladores

En segundo lugar, la ley se refiere a los accionistas controladores de una sociedad anónima. De acuerdo al artículo 97 de la Ley 18.045, se considerará que es controlador de una sociedad anónima toda persona o grupo de personas que tenga un acuerdo de actuación conjunta, que le permita asegurar los votos en las juntas de accionistas, e influir decisivamente en la administración de la sociedad. [24]

Pero en este caso la ley sindica como agente responsable a quien no ostenta mandato alguno sobre la entidad. Si bien es cierto que el controlador podrá influir de manera fáctica en decisiones de la empresa, a través de los directores que haya elegido para liderarla, no es menos cierto que en nuestro país se ha sancionado a directores que olvidando sus deberes fiduciarios con la organización han antepuesto sus intereses propios y de los controladores a los intereses sociales.

Por tanto, este supuesto, si bien pudiera darse en la realidad, sólo resulta posible tras la transgresión consciente de la normativa relativa a las sociedades anónimas y al mercado de valores.

c. Responsables

Al igual que en el caso de la letra a del artículo en comento, el término "responsable", en mi opinión, es más bien coloquial que jurídico, dado que la norma no nos da indicios suficientes para determinar si es que estamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual, y cuáles serían los elementos necesarios para determinar las características básicas del agente al cual se refiere el legislador.

Con todo, entendiendo el término a través de la administración de empresas, podríamos entender como responsable a aquellos ejecutivos principales que

[24] Artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045: "Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:
a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o
b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.
Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador. En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor".

estén llamados a ejercer deberes de control y vigilancia sobre los restantes miembros de la organización, generando responsabilidad relativa al aseguramiento de dicho deber de supervigilancia.[25]

En mi opinión, la incorporación del término "responsables" en la nomenclatura de la ley sólo busca el asegurar la incorporación de la conducta dentro de las consideradas típicas en virtud del sujeto que da origen a la misma, más que la consideración real de la terminología jurídica aplicable al caso, dado que todos los agentes que cuentan, de acuerdo a la normativa vigente, con mandato para obligar a la persona jurídica, dentro de la esfera de sus competencias, se encontraban previamente enumerados en el mismo artículo.

Con todo, pudo haber sido el interés del legislador incorporar como potenciales responsables a los auxiliares independientes del comercio a través del vocablo responsable, aunque, me parece que en mayor medida se trata de una tautología para facilitar la aplicación de la norma, sin importar la calidad jurídica del agente generador de la responsabilidad.

d. Ejecutivos principales

Por ejecutivos principales se ha entendido tradicionalmente a directores, gerentes generales y directivos de áreas, entendiendo por tales a quienes gozan de poder de decisión sobre ciertas materias dentro de la esfera de sus competencias.

Tradicionalmente se ha intentado defender la postura de que los directivos no resultan responsables por actos realizados mediante una delegación en sus dependientes, dado que la responsabilidad criminal siempre ha sido considerada como esencialmente personal, pero la responsabilidad de los deberes de los directivos no se extingue por la delegación, sino que muta en los deberes de control, supervisión y vigilancia.[26] Lo anterior da origen a la responsabilidad penal por omisión de los directivos en los ilícitos generados por personas jurídicas.

En el caso de los primeros, sus obligaciones en estas materias se tienden a circunscribir por la doctrina al deber de cuidado. De acuerdo a Reyes Villamizar, es posible entender dicha obligación en los siguientes términos: "El director debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con aquellas".[27]

[25] Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; Indret, Revista para el análisis del Derecho, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 16.
[26] Feijoo Sanchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 14.
[27] Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 193.

Resulta importante indicar que la limitación que implica el deber de cuidado para los directores no es absoluta, sino que opera sólo en casos en que "...no medie un acto fraudulento, ilegal o una situación que conduzca a un conflicto de intereses".[28] Por tanto, la excepción no será aplicable en los casos planteados por la ley en comento.

El resto de los ejecutivos principales a que hace alusión el artículo se identifican con la noción de factores o gerentes en los términos del Código de Comercio, definidos por el artículo 237 inciso primero diciendo: "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" (art 237, inc. 1°).

Siguiendo a Contreras en este punto, el factor puede ser considerado como: "un mandatario con facultades generales de administración".[29]

Pero aun cuando dichas facultades sean generales, no son en caso alguno ilimitadas, su limitación se encuentra en las características de la función desempeñada y del establecimiento de comercio en el cual ejerce sus funciones, no pudiendo exceder sus decisiones en lo que respecta al giro y costumbre mercantil.

En los términos del artículo 340 del Código de Comercio: "Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

Dentro de las formalidades exigidas por el Código de Comercio, se encuentra la escritura pública del mismo, con todo, su ausencia no implica la nulidad del acto con respecto de terceros. "La escritura y la inscripción tienen por objeto permitir que los terceros se enteren de las limitaciones o modificaciones de las facultades de los factores, de modo que si no consta el cumplimiento de esta formalidad de publicidad, siendo el mandato nulo entre mandante y mandatario, no podrán alegarse –sin embargo– las limitaciones en contra de los terceros y el acto celebrado en virtud de este mandato obligará al mandante, si se ha ejecutado dentro de las facultades que la ley les confiere a los mandatarios, aunque en el caso concreto de que se trate no las tenga".[30]

[28] Reyes Villamizar, Francisco, *"Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada"*. Tercera edición, Editorial Legis, página 193.
[29] Contreras Strauch, Osvaldo; *"Instituciones de Derecho Comercial"*, Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile, página 181.
[30] Contreras Strauch, Osvaldo; *"Instituciones de Derecho Comercial"*, Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile, página 182.

Con todo, las actuaciones realizadas fuera del mandato debidamente inscrito, no obligarán a la sociedad. A menos que nos encontremos frente a las hipótesis de ratificación del artículo 328 del Código de Comercio, en sus numerales 2, 3 y 4.

e. Representantes

De acuerdo a las normas del derecho comercial, serán representantes quienes están habilitados para asumir las actividades de administración dentro de la compañía, lo cual dependerá del tipo de persona jurídica ante la cual nos encontremos enfrentados:

En el caso de la sociedad colectiva, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 385 y 398 del Código de Comercio, y 2071 del Código Civil, podrá recaer sobre todos los socios de común acuerdo o sobre un tercero nombrado de la misma forma por aquellos.

A la sociedad de responsabilidad limitada resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva., de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 3.918. En la sociedad en comandita, la administración será realizada por los socios gestores (artículo 470 del Código de Comercio).

En el caso de la sociedad anónima, las labores serán realizadas por los ejecutivos principales, sin olvidar el deber de supervigilancia y cuidado que recae sobre los directores de la misma (arts. 31 y 40 de la Ley 18.046).

Finalmente, la empresa individual de responsabilidad limitada podrá ser representada por su único dueño o por un mandatario designado por éste, en virtud del artículo 9° de la Ley N° 19.857.

f. Quienes realicen actividades de administración y supervisión

De acuerdo a lo antes expresado, deberán realizar funciones de administración y supervisión los ejecutivos principales de la empresa. Es decir, directores y gerentes. Siendo importante recalcar que el factor o gerente, en nuestra legislación, a propósito del antecitado artículo 237, inciso primero, no se limita al gerente general de la compañía, sino que también al gerente de área, que administra según su prudencia por cuenta de su mandante.

g. Dependientes

Finalmente, debemos entender por dependientes, en atención al artículo 237 del Código de Comercio, inciso segundo, a "los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata".

No tienen más atribuciones que las que el comerciante les entregue dentro de su función de auxilio, y por regla general, salvo norma legal o contrato de mandato en contrario, no obligan al comerciante en caso alguno por sus actuaciones.

El problema se da cuando el ilícito es cometido por la actuación conjunta de una serie de los agentes enumerados en el artículo tercero de la ley en comento. De acuerdo a Feijoo, existen dos problemas que atender en estos casos, no suficientemente diferenciados por la doctrina. En primer lugar, cuando el ámbito en el cual se había cometido el ilícito era dentro de la organización empresarial. Y, en segundo lugar, la determinación de qué personas físicas son competentes para la realización del hecho, infringiendo deberes originados en sus competencias propias.[31]

Por el tipo de hipótesis delictuales consideradas en la ley chilena, es posible argumentar que el acto será cometido dentro de la organización empresarial cuando los efectos del acto se radiquen en el patrimonio de ésta. Para poder solucionar el segundo problema deberemos recurrir a los criterios objetivos de imputación planteados por el mismo autor, al indicar: "...criterios objetivos de imputación: 1) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2) la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica; 3) la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica".[32]

Será en virtud de las normas del mandato del Código de Comercio, y leyes comerciales especiales, y de los contratos de trabajo de los actores, que podremos dilucidar si es que el agente actuó dentro de sus competencias propias, obligando a la sociedad. Dado que el contexto social deberá entender como actos de la organización sólo aquellos que incurran dentro del mandato de la entidad, y nada que exceda dicho criterio.

Resulta importante recalcar que "la responsabilidad individual se determina más bien según la función desempeñada en cada caso y según el rol que va unido a tal función".[33] No pudiendo excusarse en el ejercicio de una función aquel agente que exceda sus funciones propias bajo cualquier excusa con la finalidad de acotar su responsabilidad.

[31] Feijoo Sanchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 9.
[32] Gómez-Jara Díez, Carlos; " Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006), página 23.
[33] Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 18.

En el caso del tercer criterio objetivo de imputación resulta factible que el agente haya obrado fuera de los términos de su mandato, pero dentro de los numerales 2, 3 o 4 del artículo 328 del Código de Comercio, es decir:

Dentro de las tres hipótesis que la ley comercial nos deja para la generación de un vínculo causal entre las actividades ilícitas desarrolladas por los factores y la persona jurídica a la cual representan, en calidad de comitente:

a) Cuando actúen bajo la instrucción de uno de sus superiores jerárquicos[34].

b) Cuando medie la ratificación del acto por aquel que ostente poder suficiente.[35]

c) Cuando exista un provecho para el comitente por la transacción realizada[36]. Basada en el aprovechamiento de los efectos del ilícito en el patrimonio de la entidad correspondiente.

Sólo en el caso de existir alguna de las circunstancias anteriores, sería posible el argumentar la relación de causalidad suficiente entre el agente y la persona jurídica involucrada en el ilícito para poder defender la responsabilidad de la persona jurídica involucrada en el ilícito.

Conclusiones

Resulta interesante revisar la existencia de cada vez más planteamientos que amplían los niveles de responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las componen basándose en principios éticos más allá de la legislación aplicable en las fronteras nacionales.

Es un símbolo evidente de desarrollo la reacción de una sociedad frente a la identificación de un resultado injusto de la aplicación de las normas vigentes, especialmente cuando la finalidad a la hora de su dictación distaba de la mala utilización realizada por los agentes económicos con el paso del tiempo.

[34] "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 2° Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento;".

[35] "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 3° Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden."

[36] "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 4° Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente."

El cese de la instrumentalización de las personas jurídicas como medios de generación de fraudes y enriquecimiento ilícito por parte de personas naturales que sólo buscan el perjuicio de sus acreedores, bajo la aplicación de la perforación del velo corporativo y de la doctirna del "ultra vires".

Con todo, si bien nuestro derecho no ha sido capaz de incorporar con la celeridad necesaria normas relativas a una responsabilidad penal generalizada de las personas jurídicas en caso de injustos de relevancia medioambiental, o accidentes del trabajo imputables a la empresa, sí es una realidad que este primer intento de incorporación de tal responsabilidad en nuestro sistema jurídico, si bien es perfectible, constituye un importante avance en tal sentido.

Bibliografía

Baeza Ovalle, Gonzalo; "*Tratado de Derecho Comercial*", Tomo III; Editorial Legal Publishing, cuarta edición, 2008, Santiago, Chile.

Contreras Strauch, Osvaldo; "*Instituciones de Derecho Comercial*", Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile.

Feijoo Sánchez, Bernardo; "*Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*"; Ley penal, N° 40, julio 2007, Editorial La Ley.

García Cavero, Percy; "*El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano;*" Ara Editores, Lima, 2003.

Gómez-Jara Díez, Carlos; "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, http//criminet.ugr.es/recpc, artículos RECPC 08-05 (2006)

Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, wwww.indret.com, Barcelona, abril de 2007.

Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis.

Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; "*Transnational Business problems*"; Foundation Press, fourth edition; 2009.

Sentencias

Unocal corp. vs. Mesa Petroleum Co., 493 A. 2d 946 (Del. Supr. 1985), 745, 791.

Dodge vs. Ford Mottor Co. 204. Mitch 459,170 N.W. 668 (1919)

Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación

Fernando José Rabat Celis
Profesor de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo
Francesca Mauriziano Concha
Ayudante ad honorem Derecho Civil II

Resumen: En este artículo se tratan dos aspectos fundamentales de la acción de demarcación, como son su naturaleza jurídica y su estrecha vinculación y cercanía con la acción reivindicatoria.

***

A. Introducción

Entre las diversas acciones que el legislador le confiere al propietario de un inmueble, el Código Civil contempla la llamada **acción de demarcación**, de común ejercicio, pero que presenta algunos aspectos que han dado pábulo a diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, tanto en cuanto a su naturaleza jurídica como a su incompatibilidad con la acción reivindicatoria.

En este artículo se reflexiona sobre ambos tópicos, teniendo presente cuál ha sido la opinión de nuestros autores así como la de los Tribunales de Justicia.

B. Concepto

El Código Civil contempla la denominada acción de demarcación en el párrafo 2° del Título XI del Libro II, denominado "De las servidumbres legales". En concreto, el artículo 842 señala que "Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes".

La doctrina, comúnmente, define la demarcación como "un conjunto de operaciones que tienen por objeto fijar la separación de dos predios colindantes de distinto dueño, y señalarla por medio de signos materiales"[1].

De la norma citada y de la definición transcrita, se sigue que la demarcación se caracteriza porque ella se lleva acabo a través de dos operaciones, las que han sido reconocidas no sólo por la doctrina, sino que también por la jurisprudencia. Así, es posible distinguir, en primer lugar, una fase ***jurídica***, que le corresponde desempeñar al juez que conoce del litigio y que tiene por objeto "*la delimitación, tendiente a fijar o reconocer la línea separativa*"[2]. Concluida esta etapa, se inicia la segunda fase, la que se caracteriza por ser de índole ***material***, esto es, "*el amojonamiento, dirigido a señalar esta línea sobre el suelo por medio de signos apropiados, llamados hitos, mojones o linderos*"[3-4], es decir, corresponde al cumplimiento práctico de lo resuelto en el juicio.

Un primer aspecto que debe tenerse en cuenta en esta materia consiste en que, en ciertos casos, la sentencia que se pronuncia acogiendo la acción de demarcación no indica en lo resolutivo cuáles son los puntos precisos sobre los cuales descansa el deslinde de los predios colindantes, como si esta materia le correspondiese luego resolver o fijar al perito que coloque los mojones en la etapa de cumplimiento del fallo. No compartimos ese criterio. La sentencia que hace lugar a la acción de demarcación debe no sólo reconocer y declarar la procedencia de los requisitos del artículo 842 del Código Civil, sino que también debe indicar en detalle cuáles son los puntos coordenados que constituyen el deslinde de ambos predios, sin que pueda quedar esa materia en manos del experto que posteriormente efectuará el trabajo práctico. En este sentido, una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 13 de abril de 1989, resolvió que "Es por esto que la determinación del lugar en que se colocarán los hitos no puede dejarse para el cumplimiento de la sentencia, puesto que esta operación implica que esté resuelto precisamente dicho punto"[5].

En estrecha relación con lo anterior, entendemos que es en el juicio mismo y no en la etapa de cumplimiento de la sentencia la oportunidad en que deberán desplegarse los medios probatorios tendientes a establecer cuáles son los deslindes de los predios colindantes, materia que normalmente se reducirá al estudio de los títulos de los respectivos predios, sus planos, un informe de peritos, y la inspección personal que pueda llevar a acabo el tribunal.

[1] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2001, N° 1074, p.194.
[2] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, año 2001, N° 1074, p. 194.
[3] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit, N° 1047, p. 194.
[4] Sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, con fecha 25 de mayo de 2011, rol 77-2011.
[5] Sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 13 de abril de 1989, en causa caratulada "Herrera con Compañía Cervecerías Unidas".

C. Naturaleza jurídica de la acción de demarcación

Desde otra perspectiva, la ubicación normativa de la acción de demarcación ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a preguntarse si estamos realmente en presencia de una servidumbre legal, como parecería desprenderse del párrafo en que se encuentra regulada.

Frente a esta interrogante, concordamos con la posición mayoritaria en el sentido de negarle este carácter a la acción de demarcación, fundamentalmente porque no es posible distinguir entre un predio sirviente y un predio dominante que reporte algún beneficio al segundo, lo que constituye un factor característico del derecho real de servidumbre, como se desprende de los artículos 820 y 821 del Código Civil.

Por el contrario, la demarcación persigue un beneficio recíproco para los propietarios de los predios colindantes, como es la fijación de los límites que los separan, sin que pueda distinguirse un predio dominante y otro sirviente. Siguiendo con este razonamiento, el profesor Luis Claro Solar señala que la demarcación les permite "*conservar a cada una de las partes la integridad de su heredad*"[6]. Incluso, con razón, don Fernando Rozas agrega que la demarcación "*es en beneficio y con gravamen para ambos predios*"[7].

En este sentido la Excma. Corte Suprema ha resuelto "*Que no puede aceptarse que la acción ejercitada en un juicio de demarcación y cerramiento sea de servidumbre y encaminada a producir una alteración en la forma del inmueble de los demandantes, porque sus efectos no son los de una servidumbre y ni el título del demandante ni el del demandado sufren alteración con la acogida o rechazo de la demanda; debe concluirse que se trata de una gestión judicial encaminada a la conservación de la cosa, ya que el fallo solo tiene un alcance declarativo de derechos preexistentes y no constituye un nuevo título a favor o beneficio de ninguno de los litigantes*"[8].

En relación con la naturaleza jurídica de la acción de demarcación, esta sentencia del máximo Tribunal nos permite afirmar que el objetivo de la demarcación es sólo de carácter material, es decir, la fijación de los deslindes de los predios colindantes no constituye un nuevo título, sino que corresponde solamente a la declaración de los deslindes ya existentes. Ahora bien, esta declaración puede requerirse por el hecho de que los propietarios discrepan acerca de la interpretación de sus títulos o porque alguna circunstancia ha transformado en difusos estos deslindes, pero, en ningún caso, puede pretenderse crear un

[6] Claro Solar, p. 101.
[7] Rozas, año 1984, p. 345.
[8] Sentencia de la E. Corte Suprema, de fecha 28 de marzo de 1955, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sección 1ª, pp.36 y ss.

nuevo título a través del procedimiento de demarcación, toda vez que "la sentencia que se dicte es declarativa de derechos preexistentes"[9].

De lo expuesto, cabe concluir que la verdadera naturaleza de la acción de demarcación consiste en un atributo inherente al derecho de dominio, es decir, en una facultad que tiene cada propietario de un inmueble, por el solo hecho de ser tal, y cuya función primordial consiste en determinar el objeto preciso sobre el cual se podrá ejercer y recae el poderío que confiere el hecho de ser propietario, en los términos del artículo 582 del Código Civil. Por lo anterior, creemos que estamos en presencia de una acción de carácter real, que nace precisamente del derecho de propiedad, y que se interpone con independencia de quién sea el propietario del predio colindante, por lo cual parte de la doctrina ha estimado que constituye, además, una obligación *propter rem*.

Al constituir la acción de demarcación una facultad inherente al dominio, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la acción en comento tendría una característica sumamente peculiar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues se estaría en presencia de una **acción imprescriptible**, similar en ello a la acción de partición contemplada en el artículo 1317 de nuestro Código Civil. Dicha característica estaría dada precisamente porque se le considera como una facultad propia del dominio y, por lo tanto, al ser éste de carácter perpetuo, no puede perderse por su no uso. Lo anterior, en todo caso, no excluye la posibilidad de que alguno de los propietarios de los predios colindantes, estando en posesión de un determinado paño de terreno y cumpliendo con los demás requisitos legales, pueda llegar a adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Ello no obsta a la posibilidad de ejercer la acción de demarcación; lo que ocurre en esta situación es que el juez para determinar los deslindes deberá, tener en consideración la modificación que dicha prescripción adquisitiva produce sobre las fincas cuya delimitación se persigue y, seguramente, el asunto derivará en el ejercicio de una acción reivindicatoria en donde se discutirá el problema del dominio de esa franja.

Esta característica de la imprescriptibilidad a que hemos hecho referencia colabora también con nuestro punto de vista en orden a que la acción de demarcación no constituye una servidumbre, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 885 número 5 del Código Civil, las servidumbres se extinguen por haberse dejado de gozar durante tres años, y ya señalamos que al constituir la demarcación un atributo del dominio no puede perderse por su no uso. El ejercicio de la acción de demarcación es un acto de mera facultad y, por lo mismo, su omisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2499 del Código Civil, no da fundamento a prescripción alguna[10].

[9] Rozas, año 1984, p. 345.
[10] Rozas, año 1984, p. 347.

D. Requisitos para el ejercicio de la acción de demarcación

Debe dejarse establecido desde ya que la acción de demarcación procede tanto respecto de los predios rústicos como respecto de los predios urbanos. El artículo 842 del Código Civil no hace ninguna distinción y, por ende, no le es lícito al intérprete distinguir. No obstante ello, sin lugar a dudas, los mayores inconvenientes para determinar cuáles son los confines de cada propiedad los encontraremos en los predios rústicos, debido a la extensión de los mismos, lo que aumenta las posibilidades de confusión entre los límites de dos fincas.

La jurisprudencia y la doctrina, a la luz de lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil, señalan, de manera más o menos uniforme, los requisitos que deben concurrir para que sea procedente el ejercicio de la acción de demarcación. Al respecto, un fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso[11] establece, en su considerando décimo, que para deducir esta acción es necesario que concurran los siguientes supuestos: que ambos predios sean colindantes, que no exista delimitación visible entre los predios vecinos o que, si existe, ésta debe ir por un lugar distinto del que aparece y, por último, que el ejercicio de la acción no envuelva una acción de dominio encubierta o disfrazada de demarcación.

1. Que los predios sean colindantes.

Lo anterior es evidente, puesto que lo que se busca con la demarcación es fijar la línea que divide dos predios y, por lo tanto, es menester que los mismos estén en contacto. En todo caso, debe tratarse de predios colindantes que pertenezcan a distintos dueños, ya que de lo contrario simplemente se estaría ejerciendo el derecho de dominio sobre inmuebles de un mismo titular, pudiendo el propietario demarcarlos a su entero arbitrio, sin ceñirse a lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil. Por lo demás, el ejercicio de la acción supone interponer una demanda judicial y no es posible demandarse así mismo.

2. Que no exista delimitación visible entre los predios vecinos, o que, si existe, ésta debe ir por un lugar distinto del que aparece.

Esta exigencia dice relación con el supuesto material que persigue la interposición de la acción, o sea, la acción se deduce precisamente para demarcar, de suerte tal que si dicha demarcación ya existe, el juicio carecerá de objeto. Otra cosa, que por lo demás suele quedar reflejada en la resolución que recibe a prueba la causa, es la existencia en terreno de señas que permitan precisar cuáles son los deslindes entre los predios colindantes.

[11] Sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 23 de abril de 2008, rol 3.188-2005.

Cabe señalar, asimismo, que en el caso de existir delimitación entre los vecinos, la misma puede haberse llevado a acabo de manera amigable o bien mediante una resolución judicial, pero en ningún caso puede obedecer a una demarcación unilateral proveniente de uno solo de ellos. De esta forma, y como señala la doctrina, debe tratarse de una delimitación "legal". Es por ello que existiendo deslindes que han sido reconocidos por ambos propietarios, incluso por dueños anteriores, no procede el ejercicio de la acción de demarcación, toda vez que se habría cumplido ya con la finalidad que la misma persigue y, además, porque establecidos los límites de una propiedad, los propietarios vecinos quedan obligados a respetarlos, contemplándose para el caso que los linderos sean quitados, el derecho para pedir que sean restituidos, a costa del demandado, a su lugar de origen e, incluso, se contemplan sanciones penales para quienes los remuevan de su lugar con ánimo de lucrarse. Es así que el profesor Luis Claro Solar señala que "*no basta la existencia de mojones, fosos, construcciones, y cercas en el terreno para concluir por la no procedencia de la acción, si no se prueba que ellos tienen el carácter de linderos legalmente establecidos, sea por acuerdo privado de los vecinos, sea por una sentencia judicial*"[12].

Esclarecedor resulta en este punto un fallo de la E. Corte Suprema de fecha 5 de noviembre de 2009[13], en el cual, rechazando los recursos de casación interpuestos, acoge la acción de demarcación señalando en su considerando séptimo "*Que en el caso de autos los jueces de la instancia han determinado que no se ha probado que el deslinde o cierro que efectivamente existe emplazado en el terreno haya sido levantado de común acuerdo por las partes o mediante sentencia judicial. De esta manera resulta evidente que se configuran los presupuestos fácticos y jurídicos para acceder a la demarcación pedida*".

3. Que el ejercicio de la acción no envuelva una acción de dominio encubierta o disfrazada de demarcación.

Este tercer requisito es el que plantea los mayores inconvenientes, y su dificultad radica en evitar confundir la acción de demarcación (declarativa de derechos) y la acción reivindicatoria (constitutiva de derechos).

La jurisprudencia ha sido uniforme en manifestar la necesidad de que ambas acciones no se confundan, procediendo a rechazar aquella demarcación que envuelva una acción reivindicatoria.

Sin duda, estamos en presencia de dos acciones de carácter real y que son propias del dueño de una cosa, sin desconocer que la acción de demarcación también la puede ejercer un poseedor.

[12] Claro Solar, p. 109.
[13] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, con fecha 5 de noviembre de 2009, rol 5.543-2008.

No obstante lo cual, ambas reconocen importantes diferencias, a saber: a) ellas persiguen objetivos distintos: la acción de demarcación tiene por finalidad declarar cuáles son los deslindes de una propiedad y, una vez determinados éstos, señalarlos mediante signos materiales y visibles; la acción reivindicatoria, en cambio, persigue recuperar una cosa singular de la cual se es dueño, pero que es poseída por un tercero; b) otra diferencia, esta vez desde una perspectiva procesal, consiste en que la acción de demarcación es propia de un juicio sumario, en cambio la acción reivindicatoria se tramita en un procedimiento ordinario de lato conocimiento; c) en lo que se refiere a la carga de la prueba, existen también diferencias entre ambas acciones, así en la acción de demarcación los litigantes tienen, a la vez, la calidad de demandante y demandado, y, por lo tanto, deben satisfacer el *onus probandi* en términos tales de demostrar cuál es el deslinde entre ambos predios; en cambio, en la acción reivindicatoria es el demandante quien tiene la carga de probar que él es dueño y que ha perdido la posesión que se halla en poder del tercero.

Este tercer presupuesto o requisito de la acción de demarcación resulta ser en la mayoría de los casos el punto decisivo para acoger o rechazar la acción. La jurisprudencia ha sostenido que no procede el ejercicio de la acción de demarcación cuando a través de ella se busca de manera encubierta obtener la restitución de un terreno que está siendo poseído por el dueño del predio demandado; en este caso se ha considerado que se desnaturalizaría la acción de demarcación, pues el problema deja de ser determinar la línea divisoria entre dos predios colindantes y se transforma en una controversia acerca del dominio y posesión de los mismos, lo que, necesariamente, deberá reclamarse a través de una acción reivindicatoria.

En teoría, la distinción entre la acción reivindicatoria y la acción de demarcación resulta sencilla, pero, en la práctica, puede ocurrir que precisar los deslindes de un predio implique que el propietario del terreno demandado deba restituir una porción del mismo al actor. En este evento, como señala el profesor Daniel Peñailillo, "*se deberá reivindicar (el sector que se disputa) o se debe pedir demarcación, con lo que quedará definida la distribución del terreno*"[14] . La Corte Suprema ha sostenido, como criterio para evitar la confusión entre ambas acciones, "*que procede la acción de demarcación si ninguno de los vecinos posee el suelo en cuestión con ánimo de señor y dueño, de lo contrario, para obtener que se prive a uno de la posesión y se entregue a otro hay que recurrir necesariamente a la acción reivindicatoria*"[15].

Pese a lo anterior, podríamos colocarnos en tres situaciones distintas:

[14] Peñailillo, año 2009, p. 496

[15] Corte Suprema, sentencia de 9 de junio de 1945, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 43, sección 1ª, pág. 535.

En **primer lugar**, ¿qué ocurre en aquellos casos en que existiendo deslindes entre los fundos vecinos, uno de los propietarios decide alterarlos en su propio beneficio? ¿Sería necesario entonces ejercer una acción reivindicatoria para recuperar el terreno de que ha sido privado el demandante? En esta situación existe la posibilidad de que se exceda el criterio adoptado por la Corte Suprema en el fallo antes señalado, pues en el caso planteado sería posible el ejercicio de la acción de demarcación, siempre que el demandante pueda probar de manera precisa la línea que divide ambos predios, ya que no parece justo que el actor deba iniciar un juicio ordinario de lato conocimiento ejerciendo la acción de dominio, si dichos deslindes ya fueron determinados con anterioridad.

Una opinión contraria manifiesta el profesor Arturo Alessandri, señalando "que *la alteración de los límites existentes no pueden perseguirse por la acción de demarcación; es previa la acción reivindicatoria para reclamar los terrenos a que se pretende tener derecho y que posee el vecino: solo una vez reconocido ese derecho, procede entablar la acción de demarcación para que se señalen nuevos límites*"[16].

No compartimos este punto de vista, ya que en el supuesto planteado la acción de demarcación no tiene por objeto fijar nuevos límites, sino que se respeten aquellos que ya han sido determinados, manteniendo la naturaleza declarativa de la acción.

Nos parece que nuestro aserto se halla respaldado por el legislador, quien contempló la solución para el caso en que uno de los propietarios decida remover los hitos, materia que, precisamente, se regula con ocasión de la acción de demarcación. Así en el artículo 843 del Código Civil se expresa que "*Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan los predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa, y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castigan el delito*". Es decir, si en el caso antes descrito fuera necesario ejercer una acción reivindicatoria, la norma recién transcrita no tendría ningún sentido.

También la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad que en un caso como el señalado se ejerza la acción de demarcación. En efecto, en la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 13 de abril de 1989, ya referida, se señala en su considerando quinto "*Que la acción de demarcación según los artículos 842 y 843 del Código Civil tiene lugar en dos casos: Cuando no existe, en absoluto, delimitación entre predios vecinos; y, cuando, existiendo, se ha cambiado por alguno de los dueños el lugar por donde debe ir el deslinde*".

[16] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2001, p. 198.

Asimismo, una sentencia reciente de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, ya citada, acogió una acción de demarcación estableciendo como hecho de la causa que "*no existe entre las partes acuerdo acerca de la trayectoria de la línea divisoria de sus predios, como quiera que el demandado... declaró unilateralmente su intención de aclarar, actualizar y precisar los deslindes y cabida de la propiedad, para cuya finalidad protocolizó un plano*".

La **segunda situación** ocurre cuando los límites de los predios son inciertos para ambos propietarios, y aun cuando pueda ocurrir que deba restituirse una porción de terreno a alguno de los involucrados, ello no excluye la posibilidad de ejercer la acción de demarcación, toda vez que ninguno de los propietarios se atribuye el dominio de alguna porción de terreno, simplemente quieren determinar la línea que divide sus predios.

Finalmente, el **tercer caso** se produce cuando el conflicto se suscita sobre los límites mismos del predio, y los vecinos no están de acuerdo en el lugar exacto por el cual debe correr la línea divisoria, y ambos sostienen pretensiones opuestas en cuanto al lugar donde deben colocarse los hitos. Lo que en este caso se reclama es que los "límites resultantes del título o de la posesión son otros que los que afirma la parte contraria"[17].

En este supuesto, a primera vista pareciera que nos encontramos frente a un problema de dominio, vale decir, uno de los vecinos quiere mantener su posesión sobre una porción de terreno y el otro reclama que esa misma porción le pertenece, frente a esto al fijar cuál es la línea divisoria entre ambos predios, podría ocurrir que uno de los propietarios deba restituir al otro una cierta extensión de tierra. ¿En esta situación deberíamos entonces ejercer una acción reivindicatoria?

Para responder la interrogante del párrafo anterior hay que tener en consideración que nuestro Código Civil define en su artículo 889 la acción reivindicatoria señalando que "*La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*". De la norma transcrita, se desprende que los requisitos para el ejercicio de la acción de dominio son los siguientes: a) que se trate de una cosa susceptible de ser reivindicada; b) que el reivindicante sea dueño de ella; y c) que el que intenta la acción haya perdido la posesión de la cosa.

Especial consideración reviste en este caso el primero de los requisitos señalados, esto es, que se trate de cosas que pueden ser reivindicadas. El Código Civil en el artículo 889 exige que la cosa que se reivindica sea *singular*.

[17] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2001, p. 196.

La doctrina y en especial el profesor Daniel Peñailillo señalan que la singularidad debe ser entendida como la "*determinación en sus contornos; la cosa ha de estar claramente individualizada*". La dificultad para dar cumplimiento a este requisito la encontramos fundamentalmente respecto de los inmuebles, en especial cuando se trata de predios rústicos, ello principalmente por "*Defectos de descripción de los títulos... y por la forma sinuosa y caprichosa, habitualmente muy distinta de todas las figuras geométricas típicas, que adoptan los predios, producto de la liberal formación de la propiedad territorial, que torna muy difícil su descripción en el lenguaje escrito de los títulos*"[18].

Es precisamente por este requisito que exige la acción reivindicatoria que se descarta la posibilidad de que en un caso como el referido, mediante el ejercicio de la acción de demarcación se esté realmente encubriendo una acción reivindicatoria, vale decir, si bien ambas partes reclaman para sí una extensión de sus terrenos, distinta a la que existe en la realidad, el retazo que reclaman no se encuentra individualizado. En otras palabras, no se está demandando la restitución de una parcela determinada que tenga claramente establecido cuáles son sus *contornos*. Por lo mismo, al no poder ejercer una acción reivindicatoria, precisamente por no concurrir el requisito de la singularidad, mal podría entonces desestimarse la acción de demarcación, ya que ello importaría privar a las partes de una herramienta jurídica eficaz para poder solucionar la controversia en cuanto a la delimitación de sus terrenos, sin perjuicio, por cierto, que después del amojonamiento se ejerza la acción reivindicatoria.

El profesor Luis Claro Solar lo explica señalando "*que lo que el demandante pide es que los mojones sean colocados en la línea de separación de los predios, y aunque indica cuál es a su juicio esa línea, no reclama como de su propiedad una porción determinada de terreno, puede resultar de la demarcación una restitución de terreno, pero es una parte indeterminada aún y que tal vez no existe*"[19].

Por lo señalado es que el criterio principal de la E. Corte Suprema para distinguir entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria es, a lo menos, discutible. Así lo estima también el profesor Arturo Alessandri, quien apoyándose en un fallo de la misma Corte señala: "Que no se desnaturaliza la acción de demarcación incorporando en ella cuestiones de dominio, pues recuperar terrenos (como consecuencia de la fijación justa y legal de los límites que separan a los predios colindantes) es uno de sus fines, siempre que no se los individualice y que su objeto principal sea la fijación de la línea divisoria, con las restituciones consiguientes, pero inciertas en su cantidad y destino"[20].

[18] Peñailillo, año 2009, p. 520.
[19] Luis Claro Solar, op. cit. p. 104
[20] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2001, p. 196.

Podemos concluir de lo expuesto que será necesario determinar caso a caso qué es lo que se persigue con el ejercicio de la acción de demarcación, que si bien tiene por objeto fijar la línea divisoria entre dos predios colindantes, ello no obsta para que en determinadas situaciones esa operación pueda dar lugar a la restitución de un retazo de terreno poseído por uno de los vecinos, sin que ello importe situar el conflicto en un problema de dominio que altere la naturaleza jurídica de la acción de demarcación.

Bibliografía:

Tratado de los Derechos Reales, Bienes, Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., Tomo II, N° 1074, p.194, Editorial Temis S. A. y Editorial Jurídica de Chile, 2001, impreso en Colombia.

Derecho Civil, Los Bienes, Fernando Rozas Vial, Editorial Jurídica de Chile, 1984.

Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo octavo, De los Bienes, III.

Daniel Peñaillilo Arévalo. *Los Bienes*. Editorial Jurídica de Chile, año 2009, pág. 496

Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno

Alberto Álamos Valenzuela
Abogado
Licenciado en Ciencias Jurídicas
Universidad del Desarrollo

Resumen: En el presente trabajo se pretende entregar un enfoque favorable a la recepción de la teoría de la imprevisión en el Código Civil chileno. A partir de la directriz de buena fe objetiva, el instituto de la lesión enorme y otros elementos, se plantea que su admisión no sólo es compatible con la nomenclatura de nuestra legislación, sino que también no implica relativizar la fuerza obligatoria de los contratos consignada en el artículo 1545. Por el contrario, éste debe seguir siendo el principio rector en la esfera de las relaciones contractuales, acorde a la idea de seguridad jurídica.

En apoyo de esta tesis, se examina la Imprevisión a la luz de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, además de una breve referencia a los efectos que debiesen resultar de acogerse una acción de esta naturaleza. Para ello, se plantea que no es necesaria una reforma legal que la introduzca, pudiendo ser aplicada tanto por la justicia arbitral como por la justicia ordinaria. Sin perjuicio de lo anterior, la reciente jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema parece indicar lo contrario, pues afirmó que el "*pacta sunt servanda*" es un obstáculo para la procedencia de la imprevisión.

***

Uno de los tópicos más polémicos en el campo de las obligaciones lo constituye la teoría de la imprevisión. Para don René Abeliuk es la *facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada, cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa*[1]. En otras palabras, se plantea la factibilidad de revisar judicialmente los contratos que, con ocasión de circunstancias imprevistas e insuperables, ocasione un perjuicio significativo a una de las partes.

En este sentido, se mencionan como requisitos de la hipotética admisibilidad de una acción de revisión los siguientes: que sea un contrato de ejecución

[1] Abeliuk M., René (2003), *Las Obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile), Tomo 2, p. 763.

diferida o de tracto sucesivo, cuyo cumplimiento se encuentre pendiente[2], que el mismo tenga carácter oneroso-conmutativo[3], sobrevenga o acaezca un suceso independiente de la voluntad de las partes, imprevisto al momento de formarse el consentimiento, y que ello dificulte en forma considerable (no imposible, pues de lo contrario se estaría en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor) el cumplimiento de las obligaciones[4]. A partir de tales supuestos, son varios los autores que estiman, tesis a la que adscribimos, que debe acogerse la imprevisión en la legislación. No obstante, hasta el momento la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido renuente a su recepción, al menos en el ámbito de la justicia ordinaria.[5].

Desde esta perspectiva, discernir si es admisible o no la imprevisión en el Código Civil no es una cuestión puramente teórica. Por el contrario, ofrece un gran interés práctico, si se considera que, en determinados contratos, puede producirse una alteración notoria en las condiciones bajo las cuales los contratantes se obligaron, capaces de generar un desequilibrio en las prestaciones que transgreda márgenes razonables. De ahí que reviste la mayor importancia determinar si es posible que un tribunal pueda admitir una acción que suponga una readecuación de los términos del vínculo contractual, sin que ello signifique contravenir el mandato legal.

Acorde a la clasificación propuesta por el profesor José Antonio Galván, es posible agrupar las doctrinas en favor de la imprevisión en 3 categorías: las fundadas en la *voluntad de las partes* (claúsula "rebuc sic stantibus", presuposición y base del negocio, laguna del contrato), las *fundadas en la ley* (imposibilidad sobrevenida, lesión, vicios de la voluntad, fuerza mayor) y, por último, las *fundadas en los principios generales* (doctrinas del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa)[6].

Con todo, para dicho autor el principio de la **buena fe objetiva** es el verdadero y único fundamento legítimo de la imprevisión y de la solución revisora

[2] Se definen los primeros (contratos de ejecución diferida) como aquellos en que algunas obligaciones se cumplen dentro de un plazo. En tanto los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. A este respecto, ver López Santa María, Jorge (2005), *Los Contratos, Parte General* (Editorial Jurídica de Chile) Tomo I, pp. 143-144.

[3] La conmutatividad de un contrato es explicada en forma acertada por el autor antes citado. Al respecto, sostiene que difieren de los contratos aleatorios en cuanto pueden las partes, durante los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar, estimar o valorar los resultados económicos que el mismo les acarreará. En López Santa María, Jorge (2005): *Los Contratos, Parte General*, p. 124.

[4] Así lo explica López Santa María, Jorge (2005), en su obra antes citada, pp. 307-308.

[5] En el terreno de la justicia arbitral el escenario es diverso, en particular lo que respecta a los árbitros arbitradores (llamados también "amigables componedores"). Lo anterior se explica porque éstos pueden fallar el asunto controvertido a partir de lo que su equidad y prudencia les sugiera, según se desprende del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales.

[6] López Santa María, Jorge (2005), p. 308.

que para tales casos se postula[7]. Si bien concordamos, según se explicará después, con que tal directriz es una piedra angular en la problemática, hay otros elementos que deben considerarse para articular una postura favorable a su recepción.

Bajo esta óptica, es indudable que el legislador repudia un posible desequilibrio en las prestaciones que deban cumplir las partes. Así, establece distintas hipótesis de lesión, que son abordadas, tal cual lo afirman algunos autores, a partir de un criterio objetivo[8]. Ello pues no guarda relación alguna con el consentimiento de la víctima, con la mentalidad de los contratantes ni con los fines por ellos perseguidos[9]. Tal idea nos parece una buena aproximación al problema, pues ***no hay en el ámbito de la imprevisión un aspecto subjetivo del contratante perjudicado***. Por el contrario, hay un escenario adverso que deriva de circunstancias objetivas, imprevistas al momento de contratar, que producen un desequilibrio evidente en las prestaciones. Si el Código, en diversas normas[10], establece una sanción para el evento de configurarse alguna de las hipótesis, no se aprecia por qué ello no debe ser extensivo al problema de la imprevisión. Por lo demás, una interpretación finalista de las normas permite arribar a la misma conclusión, pues es indiscutible que uno de los pilares sobre los que se erige el Código es la buena fe. Tanto es así, que autores como el español Castán Tobeñas han afirmado que el Código de Bello es un genuino modelo de equidad.

En este contexto, coincidimos con el profesor Juan Carlos Dorr, quien afirma que la imprevisión no sólo es compatible con nuestro Código, sino que coherente con sus disposiciones básicas en materia contractual. Para ello recurre a cuatro órdenes de argumentación, cuales son: la *causa, la naturaleza del contrato (bilateral, oneroso y conmutativo), la buena fe y la integración por equidad.*

Refiriéndose al primero, aduce que ésta debe permanecer como tal durante el cumplimiento íntegro del contrato. Por ende, al sobrevenir un escenario extraordinario o imprevisto, es indudable que el vínculo se verá afectado por falta de causa. Ello se opone a lo dispuesto en el artículo 1467 del Código, conforme al cual no puede haber una obligación sin causa, y es ésta el motivo que induce a celebrar el acto o contrato. Cabe notar que ello tiene aún un alcance más amplio que el pretendido a través de la acción de revisión, pues el vínculo deviene en nulidad por falta de causa.

---

7 López Santa María, Jorge (2005), p. 305.

8 Así lo afirma el profesor Vial Del Río, Víctor (2006), en su obra *Teoría General del Acto Jurídico* (Editorial Jurídica de Chile), p. 126.

9 Vial Del Río, Víctor (2006), p.125.

10 En este sentido, pueden consultarse los artículos 1234, 1348, 1544, 1889, todos del Código de Bello. Igualmente, la Ley 18.010, sobre Operaciones de Crédito de Dinero, establece un caso en su artículo 8.

En lo segundo, pone el autor énfasis en el carácter conmutativo de la relación, pues estima que es de la esencia no sólo la utilidad de los contratantes, sino también la equivalencia de las prestaciones. Consecuencia de lo anterior es que los sucesos futuros e imprevistos hacen perder al contrato su *base objetiva*[11].

El tercer elemento es la buena fe, que estima como sinónimo de rectitud y honradez, cuya consagración es amplia en nuestro Código Civil. Al respecto, explica que ésta incide en la ejecución de una obligación contractual cuando ella puede derivar en un grave daño injustificado para el deudor en beneficio del acreedor, por acaecer circunstancias imprevisibles por las partes al momento de la celebración del contrato.

Desde esta perspectiva, se alude a la denominada buena fe objetiva, que exige a los contratantes comportarse en forma leal durante todo el "íter contractual", inclusas las relaciones postcontractuales. Así, el artículo 1546 establece que los contratos deben **ejecutarse de buena fe,** y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Consideramos que dicho precepto tiene un alcance general, así como también se le reconoce al artículo 706 inciso primero. Este último, si bien ubicado en materia de Posesión, es definido en términos bastante amplios, al prescribir que es la *conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.*

Sin perjuicio de lo dicho, el núcleo del problema reside en establecer si es posible o no conciliar dicha directriz con el "*pacta sunt servanda*", contenido en el artículo 1545. Una aproximación interesante al problema fue planteada hace ya un tiempo por el jurista Fernando Fueyo, quien se preguntaba *si la inmutabilidad contractual es absoluta o no,* acorde a lo establecido en el artículo 1545 de nuestro Código, así como en otras normas similares del derecho comparado. En otras palabras, si el contrato debe cumplirse en términos exactos o, de lo contrario, si pueden darse circunstancias que ameriten regular sus efectos en forma diferente. En este sentido, planteó que el problema debe situarse desde cuatro escenarios: el primero, relativo a si la legislación positiva debe o no contener normas que consagren la teoría en forma explícita. El segundo, que se dicten leyes especiales en un momento determinado, con el objeto de dirimir las controversias que pueda generar la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevistos en la esfera contractual. El tercero, es que las partes hayan establecido determinadas prevenciones, en orden a disponer de común acuerdo la forma de solucionar un posible escenario que requiera una readecuación del contrato. Por último, un cuarto escenario se refiere a la circunstancia que

[11] "*Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio (2000)*", Publicación de la Fundación Fernando Fueyo L. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, pp. 194-195.

el sistema normativo chileno no contenga una construcción jurídica sobre la materia, careciendo de normas especiales. A este respecto, plantea que el dilema se reduce a examinar si es posible o no dar una solución judicial al eventual conflicto de intereses que surja. A su juicio, es indispensable recurrir a una interpretación "razonada" del sistema, que se logra a través del método de la *analogía juris,* sobre la base del articulado referido a otros institutos, en los cuales se ha querido ver el origen o fuente de esta materia[12].

Siguiendo el pensamiento del profesor Fueyo, *no es necesaria la existencia de un texto expreso que autorice la readecuación judicial de los efectos derivados del contrato.* Más aún, considera que sería un desacierto su introducción, toda vez que serían múltiples los casos en que se recurriría a la judicatura para readaptar los términos de un contrato. Ello pondría en peligro la certeza y seguridad jurídicas, que es ciertamente el principio que se pretende cautelar. En otras palabras, el remedio resultaría más pernicioso que la enfermedad.

Por cierto, numerosos autores discrepan de esta posición, pues consideran adecuada una reforma legal que admita la procedencia de una acción de revisión. Por ejemplo, el profesor Rodrigo Momberg, en un reciente trabajo, estima que es necesaria la introducción de un texto legal que autorice a los tribunales a intervenir en este campo. Ello pues si sólo tienen como herramientas los principios generales de derecho, éstos carecen de la especificidad necesaria para resolver los múltiples problemas o alternativas que demanda una eventual readecuación del contrato. Consecuencia de ello sería una jurisprudencia vacilante y contradictoria, tal cual ha ocurrido recientemente[13].

En abono de su posición, dicho autor se hace cargo de los argumentos medulares de quienes discrepan respecto a la conveniencia de una reforma legal. Así, respecto a un posible aumento de la litigiosidad, opina que no es plenamente convincente, pues precisamente el rol que está llamada a cumplir la jurisprudencia es establecer una definición clara de las materias controvertidas, uniformando su aplicación, tal que se desincentive su uso infundado o con fines puramente dilatorios. Por ende, precisa que la norma que recoja la teoría en cuestión debe tener un carácter excepcional y de derecho estricto, además de un adecuado régimen procesal[14]. Un argumento que consideramos de interés

[12] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 192.

[13] Momberg U., Rodrigo (2010), "*Teoría de la Imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile*", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo L, p. 37. La referencia a la jurisprudencia más reciente alude a la sentencia dictada por la Corte Suprema, de fecha 9 de septiembre del año 2009, donde rechaza expresamente la improcedencia de la teoría de la Imprevisión, al menos en lo que concierne a materias de Derecho Privado. Con ello, perdió todo vigor el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2006, donde se expresaba que los textos legales vigentes no son un obstáculo para la aplicación de la teoría en cuestión, ni tampoco una amenaza para el principio de la fuerza obligatoria del contrato.

14 Momberg U., Rodrigo (2010), p. 34.

dice relación con lo apuntado por Stewart Macaulay, quien en un trabajo sobre aspectos empíricos del contrato, expresa que el hecho que las partes se representen la posibilidad de la intervención judicial del contrato puede incentivarlas a resolver sus controversias de manera extrajudicial, evitando así los costos e incertidumbre propios de un litigio judicial, lo que en definitiva se traducirá en que no exista un aumento relevante en la litigiosidad[15].

Un segundo argumento empleado para oponerse a una reforma legal, dice relación con los riesgos asociados al debilitamiento de la directriz del "*pacta sunt servanda*", en todos los países que han consagrado la teoría en forma expresa y amplia, especialmente en el caso de Argentina, al que se hace referencia más adelante. No obstante, para el autor dicho argumento no tiene asidero empírico ni doctrinal, por lo que considera que más bien se identifica con una apreciación subjetiva de quienes abogan por él, basados en experiencias puntuales.

En definitiva, a juicio de dicho autor, el trasfondo de la negativa a la regulación legal de la imprevisión parece residir sólo en la falta de confianza en la capacidad y criterio de los jueces en la aplicación de la eventual normativa[16]. A pesar de que discrepamos de esta posición, reconocemos que su argumentación es consistente, sin olvidar que el predicamento último de nuestro máximo tribunal en la materia parece ir en esa dirección.

Por nuestra parte, junto con reafirmar que adscribimos la tesis de los profesores Fernando Fueyo y Juan Carlos Dorr, estimamos que existe en el Código de Bello un artículo que recoge en forma clara la teoría en cuestión. Se trata del artículo 2003, regla segunda, referente a los contratos para la construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado. Dicho precepto ***autoriza al empresario, frente a la repugnancia del dueño, para ocurrir ante el juez, en el supuesto que ocurran circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, que ocasionaren costos que no pudieron preverse.*** Así, será el tribunal quien decidirá si ha debido o no preverse el recargo de obra, pudiendo fijar el aumento de precio que por esta razón corresponda.

Lo interesante del precepto en cuestión, a juicio nuestro, es que su examen permite apreciar la concurrencia de los elementos propios de la imprevisión. En efecto, se trata de un típico contrato de tracto sucesivo, bilateral, oneroso conmutativo, además de concurrir una circunstancia extraordinaria y desconocida, que el legislador ejemplifica con una hipótesis frecuente en estos casos, cual es la existencia de un vicio oculto del suelo. Reparamos en lo anterior, pues el tenor literal del artículo no ofrece mayor duda, al emplear la expresión "*como*"

[15] Macaulay, Stewart, "*An Empirical View of Contract*", *in Wisconsin Law Review*, pp. 465-482.
[16] Momberg Uribe, Rodrigo (2010), p. 37.

y no otro vocablo que admitiría una lectura más restrictiva, como pudiese ser *"derivadas o atribuibles"* a un vicio oculto del suelo.

Seguramente se rebatirá este argumento, a partir de la premisa que el artículo 2003 es un precepto especial, y como tal no puede pretenderse su aplicación en un contexto general. Frente a ello, diremos que no es una buena técnica de hermenéutica jurídica recurrir a normas particulares para sentar una conclusión genérica, por lo cual desechamos la idea que la recepción de esta teoría pueda fundarse exclusivamente a partir de un precepto como éste. Como se expresó más arriba, existen argumentos de mayor contundencia para sostener que es posible admitirla, pero no puede desconocerse que no parece haber otra explicación más lógica para entender el alcance de dicho precepto, si no es en el terreno de la imprevisión. Ya sea un vicio propio del suelo, o bien otra circunstancia imprevista al momento de contratar (por ejemplo, piénsese en un encarecimiento considerable para una parte de los costos del transporte de materiales, derivado de alzas sucesivas en el precio del petróleo), es evidente que en el pensamiento visionario de Andrés Bello debió existir una preocupación por preservar durante todo el íter contractual un equilibrio en las prestaciones. Ello nos parece tan evidente, que aun sin concebir en estricto la teoría que se analiza, su genialidad fue capaz de plasmar un supuesto que se conjuga con los caracteres propios del problema de la imprevisión.

Así las cosas, es perfectamente posible admitir la Imprevisión, sin que ello traiga como resultado un cuestionamiento a la fuerza obligatoria de los contratos válidamente celebrados por las partes.

Pensamos así por cuanto un escenario imprevisto e insuperable no es algo de ordinaria ocurrencia en las relaciones jurídicas ni económicas. Por el contrario, es un escenario bastante excepcional, lo cual se traduce en que serán también especialísimos los casos en que se reclame una intervención del juez. A ello se añade el que las sentencias judiciales tienen efecto relativo, acorde lo establece el artículo 3° del Código Civil[17]. Dicho de otro modo, el que un tribunal ordinario permita una readecuación del contrato en un escenario de imprevisión, no implica en modo alguno que se haga extensivo a otros casos. Por ende, su aceptación no representa una alternativa para los deudores, en orden a que puedan asilarse en la imprevisión para infringir las obligaciones contraídas al tenor del vínculo. Dicho de otra forma, su acogida no implica un menoscabo a la certeza y estabilidad jurídica de los contratos legalmente celebrados. Ello pues es fundamental preservar y respetar dicha directriz, en el entendido que es uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento positivo. Tan claro nos parece lo anterior, que así lo reflejan otros institutos como la Pres-

[17] "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". Así lo previene el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil.

cripción (artículos 2492 y siguientes de nuestro Código). Siguiendo nuestro pensamiento, en esta materia convergen dos directrices que a priori no son incompatibles, pero en un escenario imprevisto e irresistible colisionan. Ahí es donde el derecho debe resolver lo que denominaremos una "confrontación axiológica". De esta forma, la buena fe contractual no puede quedar subordinada a la seguridad jurídica derivada de la obligatoriedad contractual, pues consideramos que en la aplicación de las normas debe siempre prevalecer lo que don Pablo Rodríguez Grez denomina el "mínimo ético-convencional", en el marco de su teoría creacionista del derecho[18].

Si se admite una aplicación irrestricta del *pacta sunt servanda*, se amparan situaciones arbitrarias, en abierta contradicción con el espíritu e intención de varias disposiciones de nuestro Código, a las que se hizo referencia más arriba.

Desde luego, no son pocos los autores que discreparán de esta postura, así como de los argumentos dados en favor de la imprevisión. Por ejemplo, el jurista alemán Karl Larenz estima que quien asume una obligación asume también el consecuente riesgo. Considera que de dicho riesgo contractual, que califica de *normal* (refiriéndose a quien decide celebrar un determinado contrato), no puede dispensarse a nadie, sino a costa de la desaparición de toda seguridad contractual[19]. A su juicio, tal es un principio básico del Derecho de las Obligaciones, que debe respetarse como tal.

Con todo, dicho autor posteriormente flexibiliza su posición, a tal punto que es actualmente considerado como uno de los referentes en lo que al desarrollo de la teoría basal del negocio jurídico respecta[20]. En este sentido, distingue en todo acto jurídico una base objetiva y otra subjetiva. Respecto a la primera, aduce que es el "*conjunto de circunstancias y estado general de las cosas, cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido*". Respecto a la segunda, la identifica con la "*representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que se han dejado guiar al concluir el contrato*". Ahora bien, agrega que la pérdida de la base objetiva antes definida tendrá lugar en dos hipótesis:

1) Cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones propuestas en el contrato se ha destruido en tal medida, que no puede hablarse racionalmente de un contrato oneroso-conmutativo.

[18] Rodríguez Grez, Pablo (1999), "*El Derecho como Creación Colectiva*", Ediciones Universidad del Desarrollo, p. 117. Aclaramos sí que la idea del mínimo ético y convencional no es abordada por dicho autor en relación a la teoría de la Imprevisión, cuya acogida en el Código Civil por lo demás le resulta inadmisible, según se explica más adelante.

[19] López Santa María, Jorge (2005), pp. 303-304.

[20] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 214.

2) Cuando la finalidad común objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible[21].

Como puede apreciarse, sus postulados resultan gravitantes para quienes abogan por la acogida de la imprevisión, al poner acento en la conmutatividad de un contrato como elemento primordial a preservar. De ahí que si se éste se ve seriamente afectado por circunstancias graves e imprevistas, debe, en su criterio, buscarse un mecanismo que restablezca dicho equilibrio.

En la doctrina nacional, interesa referir la posición del citado jurista Pablo Rodríguez, quien, reconociendo la complejidad y el conflicto de intereses que supone la teoría en comento, estima que el enfoque del problema no ha sido bien planteado. Esto pues tradicionalmente se ha considerado que el deudor sólo puede excusarse de cumplir lo convenido alegando caso fortuito o fuerza mayor (artículo 45), lo que supone la existencia de un impedimento absoluto e insuperable que hace materialmente imposible ejecutar la prestación. Subyace a dicha idea la concepción clásica de la obligación, en cuanto vínculo jurídico que liga o une a dos sujetos, en virtud del cual uno de ellos se encuentra facultado (o por la inversa, constreñido) para exigir la observancia de una prestación determinada, consistente en una conducta de dar, hacer o no hacer.

El concepto de obligación de dicho autor difiere de lo explicado, pues considera que toda obligación supone un deber *de conducta tipificado en la ley, descrito por ésta, y en función de una determinada prestación*. Para ello se debe atender a lo prescrito en el artículo 1547 del Código Civil, que reglamenta el grado de diligencia que podrá exigirse al deudor y al acreedor, en función de la utilidad que les reporte el contrato. Ello se relaciona con los conceptos de *culpa grave, culpa leve y culpa levísima* prevenidos en el artículo 44 del mismo cuerpo legal. En términos simples, explica dicho autor que siempre podrá determinarse si el deudor cumplió con la obligación asumida, al examinar la conducta desplegada con el grado de diligencia que le es exigible. Ello es independiente de la prestación, que se asocia al propósito u objetivo trazado por las partes al decidir establecer el vínculo[22].

La tesis expuesta parte indudablemente de una premisa básica, cual es que no existen las llamadas "obligaciones de resultado". Toda obligación es de medio, y como tal supone una conducta que es asumida en función de un objeto o prestación.

Discrepamos de la tesis anotada, si bien reconocemos tiene el mérito de estar fundada a partir de un análisis sistémico de las normas que informan la materia.

[21] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 215.
[22] Rodríguez Grez, Pablo (2003), *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

Ello pues consideramos que *la prestación (de dar, hacer o no hacer) es la medida del cumplimiento de la obligación convenida*, tal que de frustrarse permitirá al acreedor hacer valer los medios que la ley le entrega para hacerla efectiva. Lo dicho es, por cierto, sin perjuicio de un hipotético caso fortuito o fuerza mayor, acorde al adagio que "a lo imposible nadie está obligado". Si al sujeto pasivo le basta con acreditar que realizó la conducta debida o típica, sea que se haya ejecutado o no la prestación, nos parece que se relativiza en forma importante el poder vinculante de la obligación.

Es precisamente aquello lo que el jurista Rodríguez Grez objeta a una eventual modificación de los efectos del contrato en beneficio del deudor, pues se debilita la fuerza obligatoria del contrato[23].

La imprevisión en la jurisprudencia

Conocida es la renuencia de nuestros tribunales ordinarios a la idea de acoger una acción de revisión que cumpliese con los presupuestos de esta teoría. Lo que debe resaltarse es que ninguna resolución judicial se había pronunciado derechamente acerca de la imprevisión, limitándose a establecer la intangibilidad de los contratos, acorde al contenido del artículo 1545 de nuestro Código. En este contexto, suele aludirse a la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, de fecha 10 de enero de 1925, al expresar en uno de sus considerandos que los tribunales *carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato*. Coherente con dicho criterio, el año 1940 la propia Corte expresó que *el artículo 1545, dando fuerza de ley entre las partes a los contratos válidamente celebrados, eleva las estipulaciones en ellos contenidas a la calidad de una ley obligatoria para dichas partes, y como tal debe ser respetada por éstas y por los tribunales encargados de fijar el alcance de tales estipulaciones. Si se infringen éstas, hay una violación de la ley general representada por el aludido precepto*[24].

Ello fue así hasta el año 2009, pues la Excma. Corte Suprema puso término al largo vacío jurisprudencial existente, al rechazar en términos expresos la procedencia de la imprevisión, al menos en la esfera del Derecho Privado. Tomando pie de la tesis de don René Abeliuk, estableció que el artículo 1545 excluye la posibilidad de acoger dicha teoría, puesto que el contrato *no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si nos es por voluntad de las partes, no pudiendo los jueces en materia civil arrogarse otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones*. A juicio del citado Rodrigo Momberg, lo interesante del predicamento de nuestro máximo tribunal es que plantea su rechazo a la doctrina de la imprevisión en términos

[23] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 197.
[24] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p 199.

generales y abstractos, más que como algo sujeto al contexto del caso particular[25]. Por ende, adhiere a la prevalencia absoluta de la intangibilidad de las convenciones que consagra el citado artículo 1545, lo cual para dicho autor es quizás la razón más decisiva para justificar una reforma legal que recoja este instituto. Ello pues quedó de relieve que recurrir a una interpretación armónica, fundada en principios o valores de derecho, no es determinante para la referida Corte. En otras palabras, queda de manifiesto que los textos legales vigentes son un escollo insalvable para la Excma. Corte al momento de fundar la referida teoría en nuestro derecho.

A nuestro juicio, dicho pronunciamiento es lamentable, pues sentó un precedente en la materia, al menos como una declaración de principios. Con ello también se desestimó cualquier esperanza de encontrar una acogida de este instituto en la jurisprudencia judicial, pues la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 11 de noviembre del año 2006, considerando octavo, había expresado que los textos legales vigentes no eran un obstáculo para la aplicación de la imprevisión, junto estimar que su acogida no era una amenaza para la directriz del "*pacta sunt servanda*". Asimismo, agregaba que, por el contrario, la obligatoriedad de la ley del contrato se vería reforzada si se da la posibilidad a los contratantes de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al vincularse[26].

Continuando nuestro pensamiento, consideramos lamentable el fallo del más alto tribunal, toda vez que nos parece responde a un sesgo legalista o exegético que suele adoptar la Corte en materias de alta complejidad. Si bien es innegable que nuestro sistema jurídico proviene de la tradición romano-continental (fundada ciertamente en la observancia de la ley), a diferencia de los sistemas del "*Common Law*" anglosajones (de raigambre consuetudinaria en la creación de normas jurídicas), ello no es óbice para que puedan interpretarse las normas bajo un prisma finalista, fundadas en el genuino espíritu e intención de su autor. Coherente con lo dicho, estimamos que el Código de Bello está estructurado sobre una piedra angular básica, cual es el **respeto de la buena fe de los contratantes, que no se restringe a su aspecto subjetivo**.

Ello no significa, como se ha demostrado, aminorar en caso alguno la seguridad jurídica y la autonomía privada que imperan en las relaciones de los particulares, que deben siempre adaptarse si advienen circunstancias imprevistas y extraordinarias que así lo justifiquen.

En el ámbito de la justicia arbitral, en particular tratándose de los árbitros arbitradores (o amigables componedores), es posible encontrar algunos fallos

[25] Momberg U., Rodrigo (2010), p. 41.
[26] Momberg U., Rodrigo (2010), p. 38.

que se refieren al problema de la imprevisión. Ello se explica pues éstos, a diferencia de lo que acontece con los árbitros de derecho, pueden fallar el litigio conforme a lo que su **equidad y prudencia les dicte.** Naturalmente, ello no obsta que si consideran pertinente aplicar la legislación vigente, puedan hacerlo sin ambages.

En este sentido, ofrece interés referir la sentencia dictada por el árbitro Carlos Urenda Zegers, quien, en calidad de arbitrador, fue designado para zanjar la controversia entre la sociedad de Inversiones Mónaco Limitada y el Consejo de Administración de la misma. En términos resumidos, el problema se originó por un saldo de precio que la citada sociedad de inversiones adeudaba a Enap por la compra de un paquete accionario de la compañía Nisa, ascendente a la suma de 3.900.000 dólares. A fines del año 1982, aduciendo hechos graves e imprevisibles, los demandantes alegaron que se había producido un menoscabo considerable en el precio de dichas acciones, aduciendo que se configuraban los presupuestos de la teoría en cuestión.

Lo relevante del caso es que el juez árbitro, en el considerando 14 del fallo, sostuvo que la aplicación de la teoría de la imprevisión es compatible con la teoría de la obligación tal cual se encuentra estructurada esta en el Código Civil. En apoyo de su razonamiento, cita los artículos 1444 y 1546, en relación con el 1440 y 1441 del Código de Bello.

Como puede verse, a pesar de sus facultades de arbitrador, el mencionado Sr. Urenda opta por fundar su decisión en normas de derecho positivo.

Así también, es útil reseñar la controversia entre Emos y la sociedad Constructora La Aguada Limitada, originada con motivo de un contrato de construcción bajo la modalidad de suma alzada. El problema se suscitó a partir de quién debía sumir el costo de las mayores obras que demandaría la sobreexcavación y colocación de un nuevo relleno de suelo-cemento, capaz de mantener las condiciones de carga requeridas acorde a los parámetros del suelo. En lo particular, la empresa contratista alegó que el trabajo en la construcción del colector no consideraba la circunstancia imprevista de falta de cohesión del terreno. Por ende, debía Emos, al no prever los vicios del suelo, hacerse responsable de pagar las mayores obras.

Más allá de otros hechos y antecedentes técnicos de la controversia, el aspecto clave era determinar si el árbitro, con carácter de mixto, podía aplicar la tesis de la imprevisión, al tener que resolver el fondo del asunto conforme a derecho. Lo cierto es que la sentencia arbitral concluyó que era posible ordenar el reembolso del costo de las obras mayores que se ejecutaron, no obstante el contenido del artículo 1545 del Código Civil. Para fundamentar dicho razonamiento, se recurrió al articulado que se mencionara con ocasión de la sentencia de don

Carlos Urenda (no obstante ser éste arbitrador) y los argumentos ya esbozados del profesor Juan Carlos Dorr.

Con ocasión de la ejecutoria de la sentencia, correspondía proceder al cumplimiento incidental de ésta. Aquí correspondía determinar el volumen físico de las obras mayores y el costo de ellas que procedía reembolsar, conforme a lo resuelto en la cuestión principal. Frente a esta sentencia se dedujo recurso de queja ante la Corte Suprema, cuyo predicamento ofrece gran relevancia. Ello pues en el considerando undécimo expresa que el *árbitro al ordenar pagar las mayores obras por sobre lo previsto en el contrato no lo hizo en forma* ***arbitraria o ilegal,*** *sino que, tratándose de una materia de carácter técnico, se fundamentó en dos informes periciales, el último de los cuales, concretamente, consideró que* ***no fueron previsibles*** *las obras impugnadas por la contraria, siendo sin embargo necesarias para la adecuada ejecución del contrato.* Coherente con dicha parte, en el considerando decimotercero, la Corte expresó lo siguiente: *Que, en consecuencia, al ordenarse el mayor pago de las obras que debieron efectuarse,* ***obras que resultaban necesarias y que no fueron previstas al convenirse el precio por suma alzada****, no se ha incurrido por parte del árbitro en falta o abuso, toda vez que sus conclusiones son adecuadas y guardan relación con los antecedentes aportados y en especial con las pruebas periciales.* Los considerandos expuestos tienen el mérito de reconocer, aunque en forma implícita, la concurrencia de los presupuestos fácticos que permitían, en el caso particular, acoger una acción de revisión[27]. En efecto, debe notarse que un árbitro con carácter de arbitrador, en aras de privilegiar la equidad por sobre la estrictez jurídica, puede sin mayor dilema acoger los presupuestos de imprevisibilidad y ordenar la readaptación del contrato. Pero en este caso, al resolver como árbitro mixto, debió resolver el problema a partir de institutos de derecho positivo[28].

Por último, interesa destacar dos fallos arbitrales, cuyo denominador común fue el invocar como hecho imprevisible la llamada crisis del gas natural. Ésta provocó cambios estructurales en el mercado eléctrico, provocando un encarecimiento considerable en los costos de este tipo de energía[29].

Cabe notar que en ambos casos se recurrió a la vía de la imprevisión sólo en forma subsidiaria a la acción principal, lo cual sería indicativo de la incertidumbre jurídica que trasunta a su aplicación[30].

[27] *Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 203. La sentencia comentada fue dictada por el árbitro Sr. Claudio Illanes Ríos, en calidad de árbitro mixto, y refrendada posteriormente por la Excma. Corte Suprema, acorde a los antecedentes reseñados.

[28] *Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 204.

[29] La referencia es a la disputa entre la eléctrica Guacolda S.A. con Empresa Minera Mantos Blancos S.A., cuyo fallo arbitral se dictó con fecha 25 de abril del año 2007. El otro corresponde a la disputa entre Gas Atacama Generación S.A. y la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., cuyo fallo se dictó con fecha 24 de enero del año 2008.

[30] Momberg U., Rodrigo (2010), p. 42.

Con todo, lo que interesa notar, más allá de las cuestiones debatidas y lo resuelto en cada caso, es que en ambos casos los jueces árbitros estimaron que la teoría de la imprevisión cumple una ***función interpretativa*** del contrato, que tiene por finalidad el respeto de la común intención de las partes en el cumplimiento de las obligaciones, en la hipótesis que se vean afectadas por acontecimientos extraordinarios e imprevistos. Consecuencia de lo expresado es que el árbitro no tiene discrecionalidad para modificar el contrato, aun cuando se produzca una readecuación de los términos convenidos inicialmente. De esta forma, el papel del juzgador se circunscribe a ser un intérprete de la voluntad de los contratantes, estableciendo lo que ellos hubiesen pactado de haber previsto las circunstancias advenedizas. Ello parece estar en armonía con lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, conforme al cual "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a que lo literal de las palabras*". Dicha regla interpretativa en materia contractual pone de relieve, por cierto, la prevalencia que el juez debe dar a la voluntad real de las partes por sobre la voluntad declarada.

La imprevisión en la legislación extranjera

En forma sucinta, nos parece pertinente reseñar el tratamiento que se ha dado a la teoría en cuestión en el marco de la legislación extranjera. En el contexto latinoamericano, Argentina es el país donde ha tenido mayor acogida. En efecto, mediante la dictación de la Ley 17.711, en 1968, se modificó el artículo 1198 del Código Civil argentino, disposición equivalente a nuestro artículo 1545.

En su primera parte, previene que *los contratos deben ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.* Por su parte, en el inciso siguiente prescribe que *en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato.*

Como puede apreciarse, existe en esta última parte una consagración explícita de la doctrina de la imprevisión, concurriendo los presupuestos esgrimidos por dicha norma. Cabe destacar que la legislación argentina hace extensiva la doctrina en cuestión a los contratos unilaterales, esto es, aquellos en que es una de las partes la que resulta obligada (ejemplo típico lo constituye un mutuo de dinero, en que es el mutuario quien debe restituir el capital con o sin intereses, acorde a las condiciones que hubiese pactado con el mutuante), sin que la otra parte resulte obligada. Ello es en principio, pues si se ve la norma en su totalidad, agrega que son aquellos unilaterales **onerosos y conmutativos,** lo cual sugiere, en estricto rigor, que el vínculo debe reportar una utilidad o be-

neficio a ambos contratantes, además que puedan éstos prever los resultados que les reportará la celebración del contrato. Bajo este prisma, se entiende por qué el profesor Jorge López Santa María cuestiona, en su obra sobre la Parte General de los Contratos, a quienes sostuvieran que todo contrato unilateral es gratuito y todo contrato bilateral es oneroso[31]. Así, son clásicos ejemplos de contratos unilaterales con carácter oneroso el mutuo con intereses, o una donación con cargas.

Por otro lado, la norma restringe su procedencia a aquellos contratos de ejecución diferida o continuada, expresión equivalente a la idea de "tracto sucesivo". En ello no hay novedad alguna, pues incluso los partidarios de la imprevisión coinciden en la conveniencia de delimitar el campo de aplicación de esta teoría a los contratos de dicha naturaleza. Ello pues, como ya se ha explicado, se trata de evitar que su aplicación favorezca a cualquier deudor, y sólo vaya en auxilio de aquellos que se ven impedidos en forma notoria de cumplir con la prestación originalmente convenida. Lo anterior es razonable, si se piensa también que la doctrina en comento está concebida para ser aplicada en casos límites, excepcionales, siendo la fuerza obligatoria del vínculo el principio rector que se debe preservar.

Sin perjuicio de lo dicho, consideramos relevante la posición del civilista Daniel Peñailillo Arévalo, quien estima que los contratos son de ejecución instantánea o duradera a consecuencia de la **naturaleza de las obligaciones que generan**. Por ende, no divisa razón suficiente para privar de su aplicación a aquellas obligaciones de ejecución instantánea, en la medida que concurran en forma copulativa dos condiciones: que el ***cumplimiento de la obligación se encuentre pendiente por causa imputable al deudor, y que entretanto sobrevenga un acontecimiento extraordinario imprevisible que torne excesivamente gravosa la obligación***.

En nuestra opinión, es atendible lo que esgrime el citado autor, por cuanto resulta nítido que es la ***obligación y no el contrato la base de su aplicación***. Para aclarar ello, basta considerar que el tribunal, al momento de conocer una eventual acción de revisión, deberá pronunciarse no respecto a la figura contractual que se celebró, sino respecto a sus efectos, que no es otra cosa que los derechos o obligaciones que éste engendra. De lo contrario, estaría invadiendo la directriz de libertad de contratación que se reconoce a los particulares, en el ámbito de su autonomía privada. Más aún, ello llevaría también a extender el campo de aplicación de esta doctrina a otras obligaciones, cualquiera sea su fuente, pudiendo ser ésta cuasicontractual, delictual, legal e, incluso, otras que no se encuentran expresamente consagradas (caso del enriquecimiento injusto, aun cuando ella es sí el fundamento de institutos como los cuasicontratos, y por

[31] López Santa María, Jorge (2005), p. 115.

ende no se divisaría inconveniente si se invoca como el fundamento de la acción de revisión).

Desde luego, seguramente se dirá que lo anterior es excesivo, pues amplía en forma desmedida el campo de aplicación de la teoría en cuestión. Si bien es cierto participamos de la tesis de restringir la procedencia de una acción de revisión únicamente a las obligaciones de naturaleza contractual, somos partidarios de abordar el problema de la imprevisión a partir del mismo fundamento de la lesión enorme. Esto significa, como se ha explicado, que se debe intervenir cuando se produce un desequilibrio en las prestaciones que va más allá de márgenes razonables, debiendo en tal caso el tribunal así enmendarlo. Aclaramos que hay allí desde luego una diferencia entre ambos institutos, pues en el caso de la lesión es la ley quien fija dichos márgenes, pudiendo la parte afectada recurrir al tribunal, que se limitará a constatarlo en la sentencia, ordenando una rebaja de las prestaciones o la nulidad, según sea el caso (en la compraventa, por ejemplo, conlleva la nulidad del contrato, mientras que en una cláusula penal ordenará la reducción de las prestaciones pertinentes, acorde al artículo 1544). En la órbita de la imprevisión, coherente con nuestra posición, debe decirse que un tribunal ordinario puede, sin necesidad de un texto expreso, acoger una acción de revisión a partir de los argumentos que se han dado. En otras palabras, será éste el encargado de determinar si existen en el caso particular los elementos de juicio suficientes para modificar los términos del contrato, al resultar su ejecución excesivamente gravosa para una de las partes.

Entre los países de Europa, el caso de España es singular, pues diversas sentencias del Tribunal Superior de ese país han acogido la imprevisión (sin perjuicio de recomendar su aplicación cautelosa, a fin de no afectar la estabilidad del tráfico jurídico)[32]. Empleamos la voz singular, pues la legislación positiva en la materia contiene un precepto casi idéntico a nuestro artículo 1545. Así, el artículo 1091 del Código Civil de dicho país expresa que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de las mismas.*

A fin de permitir un contraste de ideas, cabe referir el caso de Francia, país renuente a aceptar la doctrina de la imprevisión. En efecto, la Corte de Casación (similar a nuestra Corte Suprema) ha sentado una posición clara en la materia. Ella se basa ciertamente en el "*pacta sunt servanda*" del artículo 1134 del Código francés (símil de nuestro artículo 1545), que impide al juez modificar el contrato, al ser éste fruto de la voluntad de las partes. Desde luego, no hay en dicha tesis gran novedad. Sólo nos parece útil reiterar lo que hemos dicho con majadería, en orden a que la intangibilidad de los contratos ofrece

[32] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 218.

matices que, en casos muy particulares, deben considerarse más allá de una cuestión exegética.

Antes de concluir, es imperioso reseñar los efectos que se siguen de admitirse, hipotéticamente, una acción de revisión. En los países donde se ha acogido la doctrina de la imprevisión (caso argentino, antes mencionado), la parte perjudicada que acude ante el juez puede instar por la **resolución del contrato**. En dicho país, al igual que en el Código de Bello, tal es uno de los mecanismos de ineficacia de los actos jurídicos, lo cual, en otras palabras, faculta para pedir al tribunal que declare (o bien constate) la nulidad del vínculo. Examinado ello a la luz de nuestra legislación, no nos parece conveniente, pues tratándose de un contrato de ejecución diferida, sus efectos, si bien no se retrotraen, suponen la terminación del vínculo entre las partes a partir de ese momento. Ello no es baladí, pues coherente con la idea de estabilidad de éste, debiese facultarse a las partes para perseverar en el contrato, en cuanto el demandado se allane a una readecuación razonable de los términos contractuales. De esa manera se preserva la libertad que se reconoce en este ámbito a los particulares. En este contexto, participamos de la posición sobre el particular del jurista Daniel Peñailillo, quien estima que la resolución del contrato debe reservarse estrictamente para situaciones extremas, constituidas por la intensidad o magnitud del desequilibrio. Por otra parte, debe conferirse la posibilidad, cual acontece en la lesión, que el demandado pueda plantear una proposición que evite la resolución, de modo que esta medida lo induzca a negociar el escenario en términos equitativos[33].

Conclusiones finales

Para finalizar, digamos que el presente trabajo sólo pretende aportar, aun cuando en forma ínfima, al esclarecimiento sobre esta compleja materia. Por lo demás, en buena medida los argumentos aquí dados son recogidos de las opiniones doctrinales existentes, así como de un somero examen a distintos criterios jurisprudenciales. Quizás si el mérito sea sistematizar una cuestión que trasciende lo teórico y ofrece gran interés práctico, cual es determinar si puede la justicia ordinaria acoger una acción de revisión fundada en los presupuestos de la teoría de la imprevisión. Ello sin perjuicio del respeto y vigor que debe mantener la directriz de obligatoriedad del vínculo consignada en el artículo 1545 de nuestro Código Civil.

[33] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio (2000)*, pp. 236-237. Una solución armónica con ello se encuentra en el artículo 1890 de nuestro Código Civil. Allí se prescribe que el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá, a su arbitrio, consentir en ella o *completar el justo precio, con deducción de la décima parte.* A la inversa, el vendedor tiene también la alternativa de consentir en la nulidad relativa del contrato, o bien restituir el exceso de precio recibido, aumentado también en una décima parte.

La respuesta nuestra es, por supuesto, afirmativa, pues creemos haber puesto de relieve las razones que permiten a un juez, a un árbitro de derecho o a uno de carácter mixto, pronunciarse en favor de esta doctrina, sin que ella sea posteriormente desestimada por un vicio de casación. En otros términos, que pueda prosperar una acción de esta naturaleza sin que ello amerite considerar que la sentencia se ha dictado contraviniendo los preceptos legales. Esto pues adherimos a la escuela finalista de la hermenéutica jurídica, que aboga ciertamente por el espíritu y los fines queridos por el legislador al momento del establecimiento de las normas. Coincidimos entonces con la opinión del profesor Claudio Illanes Ríos, quien afirma precisamente que la norma jurídica es *esencialmente dinámica y no estática*[34]. En efecto, debe buscarse, siguiendo también a dicho autor, el contenido lógico y la aplicación de la norma en términos que responda a una solución lo más justa posible. Ciertamente, una aplicación irrestricta del artículo 1545 lleva a la consolidación de situaciones de suyo injustas, cuestión contraria a lo que Aristóteles denominaba *lo justo*. Nos parece que, frente al dilema que supone confrontar la certeza jurídica y la equidad, debe privilegiarse esta última.

Finalmente, sólo resta decir que, tal cual lo afirma el propio Claudio Illanes, es una necesidad de los tiempos actuales que los tribunales de justicia revisen sus criterios tradicionales y los confronten con las nuevas tendencias, encaminando así una evolución del pensamiento jurídico. En este sentido, esperamos de la Corte Suprema, en su condición de máximo tribunal del país, un pronunciamiento más flexible y, si se quiere, rupturista en la materia. Esto a fin de que, si lo ameritan las circunstancias particulares de un caso, pueda concebir la imprevisión como un instituto excepcional, posible de aplicar al margen del respeto a la fuerza obligatoria de los contratos. Ello no es óbice para que prosiga con la importante función de uniformar la correcta aplicación que merece el derecho. Es éste, sin duda alguna, el instrumento idóneo para regular las conductas humanas y proveer de justicia.

Bibliografía

Libros

Abeliuk M., René (2003): *Las Obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile), 4ª edición actualizada, Tomos I y II.

Fundación Fernando Fueyo L (2000): *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.

[34] *Estudio sobre Reformas al Código Civil y de Comercio* (2000), p. 221.

López Santa María, Jorge (2005): *Los Contratos, Parte General* (Editorial Jurídica de Chile), Tomos I y II.

Rodríguez Grez, Pablo (1999): *El Derecho como Creación Colectiva* (Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo).

Rodríguez Grez, Pablo (2003): *Responsabilidad Contractual* (Editorial Jurídica de Chile).

Vial Del Río, Víctor (2006): *Teoría General del Acto Jurídico* (Editorial Jurídica de Chile).

Artículos de revistas

Macaulay, Stewart (1985): *An Empirical View of Contract,* Wisconsin Law Review, N° 465, pp. 465-482.

Momberg Uribe, Rodrigo (2010): "Teoría de la Imprevisión: La Necesidad de su Regulación Legal en Chile". en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo L., Número 15, pp. 29-64.

Normas nacionales citadas

Código Civil chileno.

Código Orgánico de Tribunales.

Ley 18.010, Normas sobre Operaciones de Crédito y Otras Obligaciones de Dinero que indica. Diario Oficial, 27 de junio de 1981.

Normas extranjeras citadas

Código Civil argentino.

Código Civil español.

Código Civil francés.

Ley 17.711, introdujo modificaciones al Código Civil Argentino. República Argentina, 22 de abril de 1968.

Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

Sergio Cea Cienfuegos
Abogado, Magíster en Derecho Administrativo UCH
Fundador de la Asociación Internacional de Justicias Militares
Profesor de Derecho Administrativo en la U. del Desarrollo
Ricardo Coronado Donoso
Abogado, Magíster en Derecho Público PUC
Profesores-investigadores

Resumen: Los autores efectúan un análisis del Derecho Militar, en relación con el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, considerando disposiciones internacionales, como asimismo la Ley 20.357.

***

1. Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Militar

a) Derecho Penal Internacional

i) El Derecho Penal Internacional regula los delitos creados por el derecho internacional, que no dependen para su existencia de la adhesión a tratados o convenciones determinadas, ni tampoco de su recepción expresa en los derechos internos que se imponen como tales a la humanidad, esto es, un Derecho Penal de fuente internacional que estaría por sobre las normas estatales.

ii) En efecto, como anota KAI AMBOS siguiendo a Otto Triffterer: "El Derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional"[1], aunque agrega que algunos autores comprenden en la denominación a

[1] AMBOS Kai. *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Ara Editores, año 2003, página 47.

"la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal"[2].

iii) Este Derecho Penal Internacional tiene como ejemplo clásico los actos criminales juzgados en Nuremberg, que deben sancionarse como delitos internacionales, y sus autores deben tener una "responsabilidad internacional especial".[3]

iv) Los crímenes de guerra y de lesa humanidad constituyen un control preventivo de los actos de fuerza del cuerpo armado, limitando excesos atentatorios contra la dignidad humana.

v) La primacía del Derecho Penal Internacional por sobre el derecho interno no es un tema pacífico, particularmente en aquellos casos en que la Constitución Política de la República establece por una parte la incorporación directa de normas internacionales en materias de derechos humanos, y por otra, excluye a los tratados internacionales como mecanismo de reforma constitucional, lo que obliga a los Tribunales Constitucionales a pronunciarse en favor de la norma constitucional, por sobre la norma internacional.

vi) En Chile debemos reconocer que la incorporación directa de normas internacionales al Derecho Interno ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional, quien al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Tratado de Roma, resolvió que éste no se podía aprobar, por cuanto para poder aplicar sus disposiciones se requería de una reforma Constitucional, la que de hecho debió llevarse a efecto especialmente para permitir la aprobación de dicho Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte del Congreso Nacional, que hace primar a la jurisdicción penal de Chile, e incluso establece una prohibición de retroactividad en cuanto a la competencia para conocer genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad[4].

vii) En España, la primacía de los tratados internacionales por sobre el derecho interno fue resuelta expresamente por el artículo 96 de la Constitución Política española, al prohibirse que los tratados internacionales sean modificados por normas que no sean de rango internacional, lo que en consecuencia genera una mayor jerarquía del precepto internacional por sobre el orden jurídico interno, sin perjuicio, además, del deber del Estado de adoptar medidas legislativas para cumplir los preceptos internacionales.

[2] Ob. cit.
[3] Ob. cit.
[4] Disposición transitoria vigésimo cuarta, introducida por ley de Reforma Constitucional N° 20.352, de 30 de mayo de 2009. Sentencias de 08 de abril de 2002 y 24 de junio de 2009, Roles 346-2002 y 1415-2009, respectivamente.

ix) Asimismo, respecto del deber de legislar internamente para adecuarse al estándar internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, BLECUA FRAGA[5] expresa que la obligación de complementar los tratados internacionales, por parte de los Estados, se ha expresado de tres formas:

a) En primer lugar están los Estados que han cumplido o que no han cumplido todavía con la obligación de tomar medidas legislativas adecuadas, como es, por ejemplo, el caso de Bélgica.

b) En segundo lugar están los Estados que consideran que su legislación vigente es suficiente para cumplir con el compromiso contraído, por lo que no es necesario adoptar medidas legislativas específicas como consecuencia de ser parte en los textos internacionales, cual es el caso de Francia o el de Estados Unidos o el de Japón, entre otros.

c) En tercer lugar están los países que han introducido reformas en sus ordenamientos jurídicos, adoptando tales medidas, bien en sus códigos, como el caso de Suiza (cuyo Código Penal Militar contiene un capítulo VI dedicado a las infracciones cometidas en tiempo de guerra contra el Derecho de Gentes, o bien dictando leyes específicas al efecto, como es el caso de Holanda (con la ley de 10 de julio de 1952).

x) En el caso de Chile, la dictación de la Ley 20.357 y disposición vigésimo cuarta transitoria, incorporada mediante la Ley de Reforma Constitucional 20.352, permiten sostener que el Estado de Chile debió adecuar su legislación interna para satisfacer los preceptos internacionales relativos al genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad.

xi) El juzgamiento de los delitos contemplados en el Derecho Penal Internacional corresponde a los Estados nacionales. En efecto, la competencia de la Corte Penal Internacional se rige por el "principio de complementariedad", esto es, que ésta conocerá del crimen en el evento que el señalado Estado no sancione a los responsables en virtud de las condiciones señaladas en el artículo 17 del Estatuto de la referida Corte, es decir, cuando el crimen sea o haya sido objeto de una investigación en el Estado, y éste "no esté dispuesto" o no "pueda realmente" llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento.

xii) Doctrinariamente[6] se ha estimado que dichas condiciones se producen por cuatro razones:

[5] BLECUA FRAGA, Ramón, y otros. Comentarios al Código Penal Militar. Editorial Civitas, Madrid, 1988, página 813.

[6] VALDÉS RIVEROLL, Mariana. "El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma", conferencia dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 16 de noviembre 2001.

a) Que los procedimientos jurisdiccionales tengan o hayan tenido el propósito de "sustraer" a la persona de que se trata de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

b) Que existió una demora injustificada durante el procedimiento y que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, o que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

d) Asimismo, se considera como "otra razón" el hecho de que el Estado respectivo no tenga incorporados los crímenes previstos por el Estatuto en su legislación nacional, y que por lo tanto no pueda ejercer su jurisdicción.

xiii) En Chile, con fecha 18 de julio de 2009, se publicó la Ley N° 20.357, cuerpo legal que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, la que tuvo por finalidad adecuar la legislación interna a las disposiciones previstas en el Tratado de Roma, de tal manera de permitir la posterior aprobación y publicación de éste, sin perjuicio de la reforma constitucional prevista en la Ley 20.352, que era necesaria para armonizar la normativa internacional a los preceptos constitucionales, especialmente en lo que respecta al principio de irretroactividad de la ley procesal y penal.

xiv) En efecto, la disposición vigésimo cuarta transitoria de la Constitución Política de la República, en su inciso cuarto, dispone: "La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su estatuto sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma".

xv) Asimismo, en lo que respecta a la citada dictación de la Ley N°20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, a la que ya aludimos, esta disposición también debe aplicarse conforme al principio de irretroactividad de la ley penal, atendido lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso sexto, que expresa que "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", de lo que se deprende que por tratarse de conductas que antes no estaban expresamente penadas, éstas deben sancionarse a partir de la fecha de promulgación, que en el caso concreto es el 26 de junio del año 2009.

xvi) Lo anterior es concordante con el artículo 44 de la citada Ley 20.357, que dispone: "Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia".

xvii) De las tres materias contenidas en la citada Ley 20.357, tanto los crímenes de lesa humanidad y el genocidio son perseguidos por un Fiscal Regional[7] y juzgados por los tribunales ordinarios con jurisdicción criminal, lo que se encuentra en el artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640.

xviii) A su vez, en lo que concierne a los crímenes de guerra, no se reguló expresamente la competencia para su persecución y juzgamiento, en la citada Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640.

xix) En consecuencia, estimamos que actualmente si un crimen de guerra de los previstos en la mencionada Ley N° 20.357 es perpetrado por un militar, debe aplicarse la disposición prevista en el artículo 5° numeral 3 del Código de Justicia Militar, en el sentido que los tribunales militares son competentes para conocer de los delitos comunes (es decir, los no tipificados en el Código referido), perpetrados por militares durante el estado de guerra, estando en campaña o en acto de servicio o con ocasión de él. En cambio, si los mencionados crímenes de guerra tienen como sujeto activo a un civil, sería competente para su persecución y juzgamiento la judicatura ordinaria.

xx) Las fuentes del Derecho Penal Internacional están constituidas fundamentalmente por el tratado internacional, aun cuando podemos que señalar que existen otros orígenes, tales como la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la costumbre internacional, siempre que se entiendan como elementos de interpretación respectivamente o como elementos normativos del tipo, que no crean delitos, pero si permiten sancionar conductas mediante la interpretación efectuada por decisiones anteriores o al castigar las violaciones graves de las leyes y usos de la guerra, conforme a los artículo 8.2.a y 21.2 del Estatuto de Roma.

xxi) Los delitos internacionales tienen una doble dimensión, por cuanto por una parte tienen un contenido material de bienes jurídicos relevantes para

[7] Artículo 43 de la ley 20.357 dispone que: Artículo 43.- Introdúcense las siguientes enmiendas al artículo 19 de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público:
a) Intercálase el siguiente inciso segundo, nuevo,
"Se entenderá, especialmente, que resulta necesaria dicha designación, tratándose de investigaciones por delitos de lesa humanidad y genocidio".

la comunidad internacional, como en sentido formal, toda vez que están regulados en tratados internacionales.

b) **El Derecho Internacional Humanitario**

i) El Derecho Internacional Humanitario, también conocido como Derecho de la Guerra o Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene una finalidad protectora tanto para las personas como a los bienes, que pueden afectarse en un conflicto armado. En efecto, reconoce la existencia de reglas que humanizan el fenómeno de la guerra, que restringen o prohíben el empleo de ciertas armas de alto poder de destrucción, como también de ciertas estrategias y tácticas.

ii) Los contenidos del Derecho Internacional Humanitario o, como lo denomina FERNÁNDEZ FLORES[8] en su obra "*Del Derecho de la Guerra*", son:

a) Un gran núcleo de temas que constituyen la problemática jurídica básica entre los que se encuentran el concepto del derecho de guerra y de la guerra propiamente tal.

b) Regulación de la guerra durante la misma, que incluye normas para moderar su conducción, tanto en tierra, aire o mar, y la mitigación de sus males u horrores.

c) Derecho de neutralidad, que comprende el conjunto de normas sobre neutralidad tanto en un aspecto general como su relación con la guerra terrestre, marítima y aérea.

iii) Para ZARACHO[9], citando a SWINARSKI, el Derecho Internacional Humanitario es "una rama del derecho internacional público, conformado por un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limitan, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protegen a las personas y a los bienes afectados, o que puedan estar afectados por el conflicto".

iv) El Derecho Internacional Humanitario trata de que los Estados no afecten con la guerra a quienes no participen en las hostilidades o han abandona-

[8] FERNANDEZ FLORES, José Luis. *Del derecho de la Guerra*. Colección ediciones Ejército (Servicio de Publicaciones del E.M.E), Madrid, 1982, página 67.

[9] ZARACHO, Humberto Andrés. "Afinidades entre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) con el Derecho Positivo Paraguayo", en *Revista de la Associacao Internacional Das Justicas Militares: Humanitas et Militaris*, N° 5, Dezembro 2009, página 15.

do las armas, limitando o evitando el dolor, sufrimiento y horrores que un conflicto armado produce, tal como lo prescriben los Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a éstos.

v) La vinculación entre el Derecho Militar chileno y el Derecho Internacional Humanitario está determinada por que el Estado de Chile aprobó y ratificó diversos tratados internacionales.

vi) Entre estas disposiciones internacionales encontramos el "Convenio para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña"[10], "Convención sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra"[11], "Convención sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra"[12], "Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales"[13] y finalmente el "Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)"[14] y finalmente el "Estatuto de la Corte Penal Internacional o Tratado de Roma"[15].

vii) Asimismo, en el ámbito interno, el artículo 17 de la Ley N° 20.357 contempla disposiciones de derecho militar, en las que se definen algunos conceptos relacionados con el derecho de la guerra, entre los de mayor relevancia para estos efectos encontramos las nociones de: "conflicto armado de carácter internacional", "conflicto armado de carácter no internacional" y "población civil".

a) "Conflicto armado de carácter internacional: los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, así como los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar."

En esta materia existe una simetría del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Militar, por cuanto la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional N°18.415, contempla la declaración de un "Estado de Asamblea" originado en una guerra externa conforme a lo previsto en el artículo 40 de nuestra Constitución Política, que por una parte permite al Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional, declarar dicho

[10] Publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951.
[11] Publicado en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951.
[12] Publicado en el Diario Oficial de 19 y 20 de abril de 1951.
[13] Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991.
[14] Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991.
[15] Ratificado el 29 de junio de 2009.

estado, para suspender o restringir ciertos derechos y garantías fundamentales y delegar dichas facultades en los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que él designe.

Asimismo el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional N° 20.424, de 4 de febrero de 2010, dispone que al Estado de Chile le corresponde resguardar la seguridad exterior y dar protección a la población.

Por su parte, el Presidente de la República tiene la autoridad en materias relativas a la seguridad externa y a la conducción de la defensa nacional, por lo que puede disponer de las fuerzas de aire, mar o tierra, ordenando el empleo de esas fuerzas militares, correspondiéndole la conducción estratégica al Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En definitiva, la conducción política del fenómeno de la guerra le compete constitucionalmente a la máxima autoridad del país, esto es, al Presidente de la República.

En cambio, el Jefe del Estado Mayor Conjunto es un asesor directo e inmediato del Ministro de Defensa Nacional, en todo lo que diga relación con el desarrollo y empleo conjunto de la fuerza, sin perjuicio que además ejercerá el "mando militar"[16] de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional.

Ahora bien, la planificación secundaria de la defensa nacional contempla una elaboración de la planificación de guerra, de seguridad interior, de catástrofe y calamidades públicas y aquella que considere el accionar de las Fuerzas Armadas, proponiendo las acciones y coordinaciones necesarias destinadas a su preparación, organización, apoyo logístico, movilización y conducción para el cumplimiento de sus misiones.

Por otro lado, sólo una guerra declarada oficialmente permite tomar medidas de resguardo al Estado, también se contempla que en caso de "crisis internacional", esto es, aquella que afecte la seguridad exterior del país, el Presidente de la República pueda disponer la activación de los planes de la defensa nacional respectivos. Lo anterior obvia tener que efectuar una declaración formal de guerra, cuando no exista necesidad inmediata para ello, evitando que el conflicto internacional aumente su intensidad.

[16] Entendemos por **mando militar** "el que corresponde por naturaleza al Oficial de Armas y por excepción al de otro escalafón, sobre el personal que le está subordinado, en razón del puesto que desempeñe o de una comisión asignada y que tiende directamente a la consecución de los objetivos de las Fuerzas Armadas. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancia y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos" , al tenor de lo previsto en el artículo 45 inciso segundo de la Ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N°18.948.

Reconocemos que si bien existe una adecuada coordinación entra las normas legales antes referidas, no acontece lo propio con el concepto de guerra que nos otorga en actual artículo 418 del Código de Justicia Militar, toda vez que define "estado de guerra" o "tiempo de guerra" "no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio", en conformidad a las leyes respectivas, sino también "cuando de hecho existiere" o "se hubiere decretado la movilización para la misma", aunque no se haya hecho su declaración oficial.

En consecuencia, estimamos que la noción de "estado de guerra" prevista en el citado artículo 418 del Código de Justicia Militar se extiende y comprende además al estado de sitio, lo que no guarda coherencia y armonía con los artículos 39 y siguientes del texto constitucional y tampoco tiene simetría con las disposiciones de la Ley N°20.424, por lo que es necesario una adecuación legislativa que permita una modernización de los señalados contenidos. Lo anterior será analizado en el número respectivo de esta obra.

"b) Conflicto armado de carácter no internacional: aquel que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. No constituyen conflicto de este carácter las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos."

Esta definición complementa las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, particularmente el artículo 3° común a dichos convenios, por cuanto la doctrina[17] ha estimado que "el estudio del artículo 3° común evidencia una serie de deficiencias y lagunas, en especial a la luz de la práctica estatal subsiguiente a su adopción. Primero la ausencia de una definición sobre qué debe entenderse por conflicto armado no internacional, así como la falta de un mecanismo para la calificación y/o reconocimiento de una situación como tal han permitido a los Estados negar la existencia de un conflicto armado en su territorio o bien manipular la aplicación del art. 3° en situaciones a priori encuadrables bajo su ámbito".

En el derecho militar chileno se han resuelto las dos observaciones que algunos autores formulan al artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949, por cuanto por una parte el legislador determinó con exactitud el sentido y alcance que se otorga a la expresión "conflicto armado de carácter no internacional" y por la otra, el instrumento adoptado por el Estado ha sido el de ejemplificar aquellos

[17] ARMENDÁRIZ, Leticia. "La regulación internacional del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados". Artículo publicado en *Revista Española de Derecho Militar*, de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, N° 92, de julio a diciembre de 2008, páginas 47 a 78.

casos en que no existe tal conflicto, como son las "tensiones internas", "disturbios interiores", "motines", "actos esporádicos y aislados de violencia" y "otros actos análogos", situaciones de diversa naturaleza que en definitiva serán determinadas por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y militares según corresponda.

"c) Población civil: conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera de combate".

Al analizar este concepto, debemos tener presente que hasta el siglo XIX las normas del derecho de la guerra se preocupaban especialmente de otorgar protección a los militares y combatientes, toda vez que en opinión de NAHLIK, siguiendo a Rousseau, se partía de la premisa que estos eran: "los únicos expuestos a peligros inmanentes en todo conflicto armado, mientras que las personas civiles quedarían protegidas contra toda amenaza".[18]

Las dos guerras mundiales demostraron que los daños colaterales de estas afectaban de manera importante a quienes no hubiesen participado directamente como combatientes en las hostilidades, por lo que las normas internacionales comenzaron a otorgar especial protección a la categoría denominada "población civil".

Por lo anterior, se generó un "sistema de protección de las víctimas civiles de un conflicto armado internacional, en la forma del IV Convenio de Ginebra"[19].

En el artículo 4° del mencionado Convenio se ampara a la población civil que: "en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén".

La amplitud del concepto de población civil ha sido reconocida por la doctrina, por cuanto se estima que en definitiva la población civil es la "no combatiente"[20], es decir, "son personas que no toman parte activa en ninguna de las hostilidades, y ahí pueden quedar comprendidos los miembros de las Fuerzas Armadas

[18] NAHLIK, Stanislaw. "Compendio de derecho internacional humanitario". Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Edición julio-agosto de 1984, página 23.

[19] SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Editado por el Comité internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 1984, página 34.

[20] Artículo 50, Protocolo I, Convenio IV de Ginebra.

que depusieron sus armas y las personas que ya no participan en el combate por enfermedad, heridas, arrestos, o cualquier otra causa"[21].

Atendido lo expuesto, existe una debida correspondencia y armonía entre el concepto amplio de población civil previsto en el artículo 17 de la Ley N° 20.357, y las normas de Derecho Internacional Humanitario.

Al vincular el Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Militar chileno, particularmente con el Código de Justicia Militar, podemos observar algunos aspectos particulares:

a) El concepto de militar contenido en el actual art. 6° del Código de Justicia Militar, contempla como sujetos, entre otros, a: "las personas que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra" y a "los prisioneros de guerra, que revistan el carácter de militar". Estas dos denominaciones se vinculan en el ámbito del Derecho Internacional en el sentido que el prisionero de guerra es el "género" y las personas que sigan a las fuerzas armadas en estado de guerra "son una especie del anterior".

b) En efecto, el III Convenio de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949, ratificado en Chile por Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1952, dispone en su artículo 4° que son prisioneros de guerra quienes "caigan en poder del enemigo" y además pertenezcan a alguna categoría especialmente prevista en dicha disposición, como es la establecida en su número cuarto: "las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan reclbído autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto".

c) Lo antes expuesto nos permite afirmar que en el artículo 6° del Código de Justicia Militar la incorporación como militares de los "que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra" fue innecesaria, ya que la norma internacional citada anteriormente, esto es, el artículo 4° de la Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, los contempló como tales desde 1949.

[21] AMBOS, Kai, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, año 2004, página 140.

d) Tampoco es precisa la mención que efectúa el artículo 6° del Código de Justicia Militar a los prisioneros de guerra "que revistan el carácter de militar", por cuanto en el referido artículo 4° de la Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, se contemplan diversas categorías de estos, y no es posible que una norma de derecho interno intente limitar el alcance de una norma de derecho internacional humanitario, más aún cuando se trata de normas protectoras de derechos fundamentales, por lo tanto la restricción a la extensión del concepto de prisioneros de guerra se explicaría, a nuestro entender, como un mecanismo o instrumento destinado a limitar la competencia de los tribunales militares.

c) Los Derechos Humanos

i) Entendemos por derechos humanos "ciertos atributos, facultades o capacidades que son reconocidos a todos los individuos de la especie humana, y cuya consagración positiva y respeto efectivo se reclaman de todo sistema político-jurídico"[22].

ii) Se trata de potestades inalienables, intransferibles e irrevocables, que tiene un sujeto por el sólo hecho de estar dotado de su condición de ser persona, anteriores y superiores al Estado. Los derechos humanos comprenden "disposiciones que, en la práctica, son difíciles de aplicar durante un conflicto armado, como la libertad de reunión y de asociación, así como ciertos derechos económicos, sociales o culturales"[23].

iii) La vinculación existente entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario es precisada por SWINARSKI:

iv) El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en casos de ruptura del orden jurídico internacional, mientras que los Derechos Humanos, aunque algunos de ellos irrefragables en cualquier circunstancia, se aplican sobre todo en tiempo de paz.

v) En el Derecho Internacional Humanitario (*lex especialis*) hay reglas más detalladas que los Derechos Humanos para la protección de las personas en situaciones de conflicto armado, por ejemplo, las normas por las que se rige la conducción de la guerra marítima"[24].

[22] ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, año 2008, página 46.
[23] SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Editado por el Comité internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 1984, página 17.
[24] Ob cit.

vi) No es necesario que el Estado reconozca expresamente los Derechos Humanos, por cuanto el individuo los posee per se, cualquiera sea su raza, origen social, religión, sexo, o cualquier otra condición o característica.

vii) La existencia de derechos humanos, anteriores y superiores al Estado ha debido consagrarse positivamente tanto en normas internacionales (mediante las declaraciones y convenciones internacionales) y en el ámbito interno (en las Constituciones Políticas) para que estos derechos básicos sean cautelados de una manera efectiva, incluyendo acciones y recursos que permiten su amparo.

2. Conclusiones

El Derecho Militar se relaciona con los Derechos Humanos por cuanto limita el ejercicio de las potestades y deberes del cuerpo armado sólo cuando sea propio de una defensa y seguridad nacional, mediante el empleo de la fuerza racional o necesaria para cumplir sus fines constitucionales.

Por lo expuesto, hemos afirmado que el amparo de los Derechos Humanos significa una imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y por ello se delimitan las funciones y deberes de los cuerpos armados, para que estos cumplan las finalidades constitucionales.

En todo caso, reconocemos que la Constitución Política, en circunstancias excepcionales, permite afectar garantías individuales para la defensa de los intereses colectivos, tal como acontece por ejemplo en el estado de asamblea, respecto de los derechos de reunión, trabajo, libertad personal y propiedad, entre otros.

Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"

Guillermo L. Barrios Baudor
Universidad Rey Juan Carlos
Madrid

Resumen: A partir de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, el presente artículo analiza la delimitación subjetiva en España de los denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes". Esto es, aquellos trabajadores verdaderamente autónomos que, ejerciendo una actividad económica o profesional a título lucrativo y de manera habitual, personal y directa, dependen económicamente de un cliente principal (persona física o jurídica). Dicha dependencia económica (que no jurídica) viene determinada por la percepción del citado cliente de, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador autónomo.

***

I. Presentación

En el Boletín Oficial del Estado español número 166, de 12 de julio de 2007, apareció publicada la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante LETA). En su versión definitiva tras las muy diversas aportaciones efectuadas al Proyecto de Ley en tramitación parlamentaria, la LETA quedó estructurada en los siguientes 5 Títulos[1]:

a) Título I: Ámbito de aplicación subjetivo (arts. 1 y 2).

b) Título II: Régimen profesional del trabajo autónomo (arts. 3 a 18).

Capítulo I: Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo (art. 3).

[1] El texto de la LETA se completa con una extensa Exposición de Motivos, 19 disposiciones adicionales, 3 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 6 disposiciones finales. Dicha norma puede consultarse a través de la siguiente dirección de internet: www.boe.es.

Capítulo II: Régimen profesional (común) del trabajo autónomo (arts. 4 a 10).

Capítulo III: Régimen profesional (específico) del trabajo autónomo económicamente dependiente (arts. 11 a 18).

c) Título III: Derechos colectivos en el trabajo autónomo (arts. 19 a 22).

d) Título IV: Protección social del trabajo autónomo (arts. 23 a 26).

e) Título V: Fomento y promoción del trabajo autónomo (arts. 27 a 29).

Como fácilmente puede imaginarse, muchos y variados son los aspectos que merecerían ser destacados de esta norma. Tantos que, aun en forma breve, resulta ahora imposible dar noticia de todos ellos[2]. Ello no obstante, desde este pórtico introductorio no puede dejar de reconocerse la importancia histórica que en el ordenamiento jurídico español se deriva de la aprobación de una norma semejante. Y es que al margen de la regulación existente hasta el momento en materia de Seguridad Social y, en menor medida, también, en materia de prevención de riesgos laborales, por primera vez en España (como también en el Derecho Comparado de los países de nuestro entorno) se dota al trabajo autónomo, y muy especialmente al trabajo "parasubordinado", de una regulación propia y diferenciada. En este sentido no es de extrañar que la propia Exposición de Motivos de la LETA (párrafo sexto, de su apartado I) resalte "la importancia que tiene el presente Proyecto de Ley, pues se trata del primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye un hito en nuestro ordenamiento jurídico".

Al margen de cuanto se acaba de indicar, sin lugar a dudas la principal novedad de la LETA consiste en la introducción en el ordenamiento jurídico español de una novedosa regulación del trabajo parasubordinado: el trabajo autónomo económicamente dependiente. Al margen de otras referencias más o menos dispersas por la norma, a él se dedica por entero el Capítulo III del Título II de la LETA (arts. 11 a 18). Y con él vendría a reconocerse la figura del "trabajador autónomo económicamente dependiente" (en adelante TRADE) en cuanto una modalidad diferenciada y específica del trabajador autónomo común u ordinario.

Como señala la propia Exposición de Motivos de la LETA, su específica regulación obedecería "a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social:

[2] Para un análisis completo de la norma *vid.*, por todos, Barrios Baudor, G. L. (Dir.): *Tratado del Trabajo Autónomo*, segunda edición, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010, Luján Alcaraz, J. (Dir.) *et alter*: *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007 o Montoya Melgar, A. y Martín Jiménez, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata". Pero también, "dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena", la introducción de esta nueva categoría respondería a "la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura"[3]. Es más, "la intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías" indicadas.

Precisamente por ello, como tendrá ocasión de señalarse, el concepto legal de TRADE, contenido en el artículo 11 de la LETA, es ciertamente restrictivo[4]. En realidad, si bien se mira, toda la construcción jurídica del TRADE que se recoge en el citado precepto no tiene otra finalidad que la de poder justificar luego la aplicación de un régimen profesional garantista lo más parecido posible al del trabajador por cuenta ajena, dadas las evidentes (aunque no absolutas) concomitancias existentes entre ambas categorías de trabajadores (subordinados y parasubordinados); básicamente, por el juego de la nota de la dependencia (jurídica o, en este caso, económica) de otra persona, física o jurídica (empresario o, en este caso, cliente predominante). Lo cual, en tanto la figura no vaya consolidándose en el tiempo, fundamentalmente a través del necesario desarrollo reglamentario de la LETA, habrá de llevarse a cabo con las máximas cautelas. De ahí que, por más que complejas por genéricas, confusas e incompletas, las previsiones legales contenidas en la LETA adquieran aquí una enorme importancia.

En cualquier caso, lo cierto es que, con independencia de su justificación última, el TRADE aparece constituido como una de las previsiones más controvertidas de la norma. En todo caso, por más que su propia existencia o la delimitación de sus contornos jurídicos puedan resultar controvertidos, ha de reconocerse la extraordinaria importancia que, sin lugar a dudas, supone la regulación de esta figura. Y es que, trascendiendo del debate doctrinal, por primera vez en España la misma habría encontrado, por fin, acomodo legal. Desde este punto de vista, este debería ser el dato jurídicamente relevante, pues tiempo habrá para ir delimitando aquellos contornos jurídicos.

[3] "En cierta medida, el *trade* es un trabajador situado en una posición intermedia entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo tipo o modelo. Pero esa posición no le resta independencia desde la perspectiva profesional. Por ello, el *trade* no debe identificarse, y menos confundirse, con los denominados *"falsos autónomos"*, ya que su actividad se presta fuera de los parámetros que califican una relación como laboral" [*Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo (Informe de la Comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 129].

[4] "Muy restrictivo", en palabras de la propia Exposición de Motivos de la LETA (párrafo octavo de su apartado III). Resaltando semejante carácter *vid.* la STSJ Cantabria 26 junio 2009 (AS 2009, 1876).

En este último sentido, a partir del oportuno desarrollo reglamentario de la LETA, importantísimas han de resultar, por supuesto, las primeras aproximaciones doctrinales y judiciales en la materia[5]. Y es que, si bien las fronteras existentes entre unos u otros tipos de trabajadores (subordinados, parasubordinados y autónomos clásicos) ya han sido abordadas por la jurisprudencia española en numerosas ocasiones por referencia a la delimitación de los contornos jurídicos de los trabajadores por cuenta ajena, lo cierto es que dichas aproximaciones partirán ahora de un marco jurídico-legal de referencia. Tanto por lo que respecta a la delimitación conceptual del TRADE en sí mismo considerado, como por lo que atañe a la aplicación e interpretación del particular régimen profesional diseñado por la LETA para él[6].

Pues bien, tanto la delimitación conceptual del TRADE como su particular régimen profesional aparecen contemplados legalmente en el Capítulo III del Título II de la LETA (arts. 11 a 18) junto con alguna que otra previsión dispersa en ella. En lo no previsto en dicho Capítulo habrá de acudirse con carácter supletorio al régimen profesional general previsto en el Capítulo II del Título II de la citada norma para el común de los trabajadores autónomos. Dicho régimen jurídico se hallaría completado, en fin, por las demás previsiones contenidas en la LETA respecto a muy diversas materias. Reglamentariamente, parte del citado régimen profesional se desarrolla a través del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero.

Por razones de limitación de espacio, en el presente trabajo resulta imposible dar cumplida cuenta de dicho régimen profesional específico[7]. De ahí que las páginas que siguen se centren, única y exclusivamente, en la delimitación subjetiva de la figura del TRADE[8].

[5] Además de las obras anteriormente citadas, en el ámbito exclusivamente doctrinal puede consultarse también sobre este tema, entre otros muchos, RIVAS VALLEJO, P.: "Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, p. 778 y ss.

[6] Sobre esta controvertida figura *vid.*, por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *El contrato de TRADE. La Ley y el Reglamento*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2009.

[7] Entre otros temas, este régimen profesional protector del TRADE contemplaría una fuente de regulación específica (los acuerdos de interés profesional) de la que carecerían los trabajadores autónomos comunes u ordinarios (art. 13), disposiciones limitativas de la jornada profesional (art. 14), supuestos de interrupción justificativa de la actividad profesional (art. 16), el juego de indemnizaciones en supuestos de extinción contractual (art. 15), procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos (art. 18) y, sobre todo, el acceso a la jurisdicción social (art. 19).

[8] Para un estudio más detallado sobre el concepto de TRADE *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M.: *El trabajador autónomo económicamente dependiente: delimitación conceptual y ámbito de aplicación*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010.

II. Ámbito de aplicación subjetivo

1. Sujetos incluidos (TRADEs)

A. Delimitación conceptual

a) Concepto legal

La LETA instituye un régimen profesional específico aplicable al TRADE. Básicamente, aunque no exclusivamente, dicho régimen profesional aparecería contemplado en el Capítulo III del Título II de la LETA. Ahora bien, presupuesto previo y necesario para la aplicación del citado régimen lo constituiría la delimitación de la propia figura del TRADE. No en vano de qué quepa considerar como tal dependerá, en cada caso, la aplicación o no de dicho régimen profesional. De ahí la importancia que, a todos los efectos, adquiera la delimitación conceptual del TRADE.

Por cuanto aquí interesa, el concepto legal del TRADE aparece regulado en el apartado primero del artículo 11 de la LETA. Se trata de una definición legal (interpretación auténtica) que, sin embargo, tal y como aparece configurada, no quedará exenta de una posterior delimitación jurisprudencial y doctrinal al ser muy numerosas las cuestiones controvertidas que de ella se derivan. Máxime si la misma se pone en relación con las restrictivas condiciones limitativas exigidas al TRADE para el ejercicio profesional como tal y recogidas en el apartado segundo del artículo 11 de la LETA.

Sea como fuere, de entrada ostentarían semejante consideración "quienes realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales" (art. 11.1 LETA)[9]. Como puede apreciarse, la definición legal del TRADE literalmente transcrita vendría delimitada, por tanto, por dos tipos de elementos conceptuales:

a) Comunes (extensibles a todo tipo de trabajador autónomo).

Dichos elementos comunes, asimismo previstos para los trabajadores autónomos en general en el artículo 1.1 de la LETA, serían la realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal

[9] Adviértase que, según la disposición adicional 11ª de la LETA, los trabajadores autónomos del sector del transporte podrán ser TRADE si, además de la condición prevista en su artículo 11.2 a), reúnen los elementos concurrentes en este precepto.

y directa (por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona).

b) Específicos (exclusivos del TRADE).

Dichos elementos específicos serían la realización de una actividad económica o profesional de forma predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que se depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Veamos a continuación en qué consisten dichos elementos conceptuales.

b) Elementos conceptuales

a´) Elementos comunes con los demás trabajadores autónomos (remisión)

Por lo que respecta a los elementos comunes, obsérvese que la definición del TRADE coincide en lo esencial con la del trabajador autónomo común o clásico (art. 1.1 LETA)[10]. Así, aquélla ha de venir necesariamente delimitada por la realización por parte de una persona física (el trabajador autónomo) de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. Todo ello, además, aunque no lo diga ahora la norma, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona (física o jurídica). Y es que, aunque especial, el TRADE no deja de ser un trabajador autónomo más.

Dado que estos elementos comunes no difieren de los que tradicionalmente se han venido exigiendo a todo trabajador autónomo, parece oportuno, por razones de limitación de espacio, centrarse ahora en los elementos específicos del TRADE introducidos *ex novo* por la LETA.

b´) Elementos específicos del TRADE: dependencia económica del cliente predominante

Por lo que respecta a los elementos específicos, sabido es ya que junto a la necesaria concurrencia de los citados elementos comunes (sin ellos no estaríamos ante un trabajador autónomo), característica esencial de la delimitación conceptual del TRADE lo es la de su dependencia económica respecto de una persona, física o jurídica, denominada cliente. Dependencia económica que, por

[10] "La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo" (art. 1.1 LETA).

lo demás, no habrá de ser exclusiva (y, por tanto, excluyente) respecto de dicho cliente, sino tan sólo "predominante". De ahí que quede abierta la posibilidad de que el TRADE pueda prestar sus servicios para más de un cliente. Aun así, se insiste, con uno de ellos (el cliente predominante o principal) habrá de tener una importante vinculación económica; tan es así que dicho cliente habrá de constituir para el TRADE su principal fuente de ingresos profesionales[11].

De entrada, pues, en la relación profesional de los TRADEs cabría distinguir entre clientes principales o predominantes (que no exclusivos ni excluyentes de otras posibles relaciones profesionales) y, en su caso, clientes secundarios u ordinarios. Clientes que, por lo demás, en sus respectivas relaciones profesionales con el TRADE podrán coincidir temporalmente. Ahora bien, para la delimitación conceptual del TRADE es condición necesaria la concurrencia del primer tipo de clientes, mas no del segundo, que es potestativa.

Así las cosas, desde un punto de vista legal (y sin perjuicio de lo que válidamente pudieran pactar al respecto las partes) no existiría, por tanto, exclusividad prestacional respecto del cliente principal (pudiendo el TRADE contratar con más clientes secundarios), aunque sí dependencia económica de un único cliente principal o predominante. De hecho, la condición de TRADE sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente (art. 12.2 *in fine* LETA), el principal o predominante, que no respecto de los demás clientes con los que aquél pudiera haber contratado sus servicios.

Por lo demás, al margen de la genérica advertencia de que unos y otros pueden ser tanto personas físicas o jurídicas, nada más se indica en la LETA respecto del cliente (principal o secundario), que bien puede tratarse de un trabajador autónomo común (pero no un TRADE), una sociedad en cualquiera de las formas admitidas en derecho, una comunidad de bienes e, incluso, una Administración Pública. Ante este silencio de la norma legal, y en una redacción no muy afortunada, el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, señala en el apartado segundo de su artículo 1 que "Se considera cliente a estos efectos la persona física o jurídica para la que se realiza la actividad económica o profesional a que se refieren los apartados anteriores"[12].

[11] En este sentido, el artículo 1.2 del Real Decreto 197/2009 sostiene que "Se considera cliente a estos efectos la persona física o jurídica para la que se realiza la actividad económica o profesional" en términos de dependencia económica.

[12] En realidad, sólo hay un apartado anterior; el apartado primero del artículo 1 del Real Decreto 197/2009, según el cual "Se considera trabajador autónomo económicamente dependiente la persona física que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente del que percibe, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económica o profesionales y en el que concurren las restantes condiciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo".

En todo caso adviértase que, por más que en la práctica resulte complejo distinguir los conceptos, ha de tratarse de una dependencia exclusivamente económica, mas no jurídica, organizativa ni directiva. En caso contrario, la relación profesional que une al TRADE con su cliente principal se hallaría más próxima a la que derivaría del contrato de trabajo que a la que ahora se analiza. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la ausencia de toda dependencia organizativa y directiva del cliente ha de darse por incluida entre los elementos comunes del TRADE (art. 1.1 LETA). Al fin y al cabo no es éste sino un trabajador autónomo; ciertamente particular en cuanto a su régimen profesional, pero autónomo en último término.

Entre las diversas posibilidades existentes para delimitar *ad casum* la concurrencia del elemento conceptual de la dependencia económica del TRADE respecto de un cliente predominante o principal, la norma ha optado por establecer un parámetro cuantitativo pretendidamente objetivo. En concreto, concurriría la misma cuando el TRADE perciba del cliente predominante "al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales"[13]. Por debajo de dicha magnitud económica no surgiría, por tanto, el concepto de TRADE. Incluso aun en los supuestos en que el TRADE tenga un único cliente o, de tener más de uno, la relación con uno de ellos predomine sobre las demás. De no existir una relación laboral encubierta, en tales supuestos deberá aplicarse el régimen profesional común previsto para los trabajadores autónomos tipo u ordinarios (arts. 4 y ss. LETA).

Frente al carácter pretendidamente objetivo del parámetro cuantitativo elegido, nada dice la norma, sin embargo, respecto del modo de fiscalizar y/o cuantificar los ingresos realmente percibídos del cliente principal (o, en su caso, de los diversos clientes), si los ingresos percibídos han de ser brutos (como parece) o netos[14] (descontadas, entonces, las cargas fiscales y de protección social correspondientes) o si en el cómputo se han de incluir las prestaciones económicas sustitutivas de los rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales percibídas de los sistemas de protección social (pública o privada). Tampoco se establece en la norma previsión alguna respecto de si dicha magnitud económica (el 75% de los ingresos percibídos del cliente predominante o principal) ha de alcanzar una determinada cantidad mínima (por ejemplo, referenciada a partir del salario mínimo interprofesional). En fin, nada se indica, tampoco, respecto del momento temporal (diario, semanal, mensual, anual) en que dichos ingresos han de computarse para que dicha dependencia económica se entienda producida.

[13] La ausencia de dependencia económica en el indicado porcentaje y, por tanto, la condición de TRADE se rechaza en las Sentencia(s) de Tribunal(es) Superior(es) de Justicia (en adelante) SSTSJ Andalucía 25 marzo 2009 (AS 2009, 1593) y País Vasco 24 marzo 2009 (AS 2009, 1851), 22 diciembre 2009 (JUR 2010, 138063) y 9 febrero 2010 (AS 2010, 935).

[14] La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 6 de junio de 2008 (AS 2008, 1757) entendió que dichos ingresos debían ser netos.

Cuestiones todas ellas de suma importancia pese a su muy difícil concreción práctica, ya que, en función de muy diversas y cambiantes circunstancias (por ejemplo, aparición o desaparición en el tiempo de nuevos clientes, finalización de los trabajos encargados o asunción de nuevos encargos de cuantía muy diversa, etc.), sucesivas y/o concurrentes en el tiempo, semejante calificación puede variar respecto de unos u otros clientes. A este respecto téngase en cuenta que no es posible establecer respecto del trabajo autónomo, aun económicamente dependiente, relaciones profesionales tipo siendo muy diversos y heterogéneos las condiciones de trabajo y los intereses profesionales en juego en cada sector de actividad. Por todo ello, sin entrar a valorar ahora si el acogido es el mejor de todos los criterios posibles, ninguna duda cabe de que, dado el extraordinario dinamismo a que puede verse sometido la actividad profesional del TRADE con unos y otros clientes (principales o secundarios), semejante criterio no resulta fácil de discernir en la práctica, sino más bien todo lo contrario.

Precisamente por ello, no deja de resultar llamativa la parquedad de la regulación legal en relación a una cuestión tan importante como ésta. No en vano, la dependencia económica es el elemento esencial que caracterizaría la condición del trabajador autónomo como TRADE. Es más, la aplicación práctica del régimen profesional del TRADE recogido en los artículos 11 y siguientes de la LETA ha de girar, necesariamente, en torno a este concepto. De ahí que, tal y como aparece configurado el mismo, no es en absoluto descartable la aparición de numerosos problemas interpretativos al respecto relativos todos ellos, ya no al régimen profesional aplicable, sino a la propia existencia del TRADE[15]. Problemas que, en último término, habrán de ser resueltos por la jurisdicción social [arts. 17 LETA], quien, en el ejercicio de su actividad judicial irá, sin duda, delimitando los conceptos[16].

En el ánimo de disipar posibles dudas, el artículo 2 del Real Decreto 197/2009 dedica por entero su primer apartado a esta complicada cuestión. Así, a los efectos de la determinación de la figura del TRADE establece de forma expresa que "se entenderán como ingresos percibidos por el trabajador autónomo

[15] Denegando la existencia de dependencia económica a la vista de los ingresos acreditados por el TRADE *vid.* la STSJ Castilla y León 12 mayo 2010 (Rec. núm. 583/2010). Según esta disposición judicial, es el TRADE quien debe asumir la carga de la prueba de los ingresos alegados y, por ende, la correspondiente dependencia económica respecto del cliente principal.

[16] A este respecto el último párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LETA señala lo siguiente: "La dependencia económica que la Ley reconoce al trabajador autónomo económicamente dependiente no debe llevar a equívoco: se trata de un trabajador autónomo y esa dependencia económica en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad. Las cuestiones litigiosas propias del contrato civil o mercantil celebrado entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente van a estar estrechamente ligadas a la propia naturaleza de la figura de aquél, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según cumpla o no con los requisitos establecidos en la Ley. Y esta circunstancia, nuclear en todo litigio, ha de ser conocida por la Jurisdicción Social".

del cliente con quien tiene dicha relación, los rendimientos íntegros, de naturaleza dineraria o en especie, que procedan de la actividad económica o profesional realizada por aquél a título lucrativo como trabajador por cuenta propia. Los rendimientos íntegros percibídos en especie se valorarán por su valor normal de mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio". A su vez, establece la señalada norma reglamentaria que "Para el cálculo del porcentaje del 75 por 100, los ingresos mencionados en el párrafo anterior se pondrán en relación exclusivamente con los ingresos totales percibídos por el trabajador autónomo por rendimientos de actividades económicas o profesionales como consecuencia del trabajo por cuenta propia realizado para todos los clientes, incluido el que se toma como referencia para determinar la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, así como los rendimientos que pudiera tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de contrato de trabajo, bien sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente. En este cálculo se excluyen los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que perciba el trabajador autónomo derivados de la gestión de su propio patrimonio personal, así como los ingresos procedentes de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas"[17].

En último término recuérdese cómo la norma ha querido que todas las cuestiones conceptuales relativas a la delimitación conceptual de los TRADEs se interpreten de un modo "muy restrictivo", habiéndose planteado "la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura" (párrafo octavo, apartado III de la Exposición de Motivos de la LETA). Por tal motivo, no parecen admisibles interpretaciones excesivamente amplias del concepto de TRADE, máxime cuando lo que persigan sea la inaplicación del régimen jurídico-laboral del contrato de trabajo. Así las cosas, muy probablemente el régimen profesional previsto en los artículos 11 y siguientes de la LETA tan sólo resultará de aplicación, en un primer momento, a las relaciones de los clientes principales con TRADEs respecto de los cuales no exista ningún género de dudas de su dependencia económica de aquéllos, quedando de momento apartados del mismo las relaciones civiles, mercantiles o administrativas de cuantos trabajadores autónomos se encuentren en potenciales zonas grises.

[17] En el supuesto de que el TRADE dependa económicamente de un cliente distinto de la sociedad o persona jurídica en la que pudiera hallarse inserto en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho, para el cálculo del 75% "se incluirán en el cómputo de los ingresos totales, los que el profesional perciba procedentes de la sociedad o persona jurídica de la que forme parte" (disp. adic. octava Real Decreto 197/2009).

B. Condiciones limitativas del régimen profesional aplicable

a) Exigencia simultánea

La concurrencia de ambos elementos conceptuales (comunes y específicos) delimitaría, teóricamente, el concepto legal de TRADE. Ahora bien, frente a lo que pudiera parecer, semejante delimitación conceptual no bastaría por sí sola para determinar la aplicación del régimen profesional previsto en el Capítulo III del Título II de la LETA a la relación civil, mercantil o administrativa del TRADE con su cliente principal. A tal efecto resulta necesaria, todavía, la acreditación por parte del TRADE de una serie de condiciones limitativas recogidas en el apartado segundo del artículo 11 de la LETA. Al menos teóricamente, la norma establecería de este modo una distinción entre los elementos (comunes y específicos) previstos para la delimitación conceptual del TRADE y los requisitos exigidos para la aplicación a la relación del TRADE con su cliente de un régimen profesional más garantista que el previsto para el común de los trabajadores autónomos. Lo cual, a la postre, generará no pocos problemas de interpretación. Entre otras cosas, porque algunas de dichas condiciones no son sino concreciones de los elementos conceptuales comunes que caracterizan la prestación de servicios por cuenta propia.

Así, enseguida surge la duda de si las condiciones limitativas que a continuación se indicarán han exigirse tan sólo "Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente" (art. 11.2 LETA) por referencia exclusiva a la relación contractual con cliente principal o si, por el contrario, como es de suponer, han de hallarse presentes incluso en las relaciones de los TRADEs frente a terceros (por ejemplo, la Seguridad Social u otros clientes secundarios distintos del principal).

En todo caso, repárese que, tal y como aparecen recogidas en la norma, estas condiciones no constituirían, en puridad, elementos conceptuales específicos de la figura del TRADE (de hecho, algunas de ellas son más bien manifestaciones concretas de elementos conceptuales comunes a todo trabajador autónomo), sino, como ha quedado dicho, requisitos "Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente" (art. 11.2 LETA); o, si se prefiere, condiciones limitativas de la aplicación del régimen profesional diseñado por la LETA para las relaciones de los TRADEs con sus respectivos clientes principales. Siendo ello así, no es de extrañar, por tanto, que dichos requisitos vengan específicamente referidos al propio TRADE y no al cliente principal o a la relación civil, mercantil o administrativa que pueda surgir entre ambos. Como tampoco que la exigencia de algunas de dichas condiciones parezca relativizarse por la norma en relación a determinados colectivos (párrafo segundo, disp. adic. 11ª LETA, en relación a los trabajadores autónomos del transporte; último inciso de la disp. adic.

19ª LETA, en relación a los agentes comerciales; en relación a los agentes de seguro, semejante posibilidad quedaría abierta en virtud de lo establecido en la disp. adic. 17ª LETA)[18].

Precisamente por ello, el TRADE es quien habrá de acreditar las condiciones o requisitos previstos en el artículo 11.2 de la LETA. Y ello "simultáneamente". En efecto, la aplicación a la relación del TRADE con su cliente principal del régimen profesional específico previsto por la norma en el Capítulo III del Título II de la LETA (y demás normas dispersas) exige, además de la necesaria presencia de los elementos conceptuales (comunes y específicos) anteriormente señalados, la concurrencia simultánea en él de dichas condiciones. De modo tal que, a salvo de las excepciones previstas en la propia norma, la no acreditación por parte del TRADE de alguna de estas condiciones limitativas reconduciría el régimen jurídico profesional aplicable, según los casos, o bien hacia el régimen profesional común de los trabajadores autónomos o bien hacia el de los trabajadores por cuenta ajena. En este último sentido recuérdese una vez más que no solo su concurrencia, sino también la interpretación de estas condiciones habrá de llevarse a cabo con carácter restrictivo evitando así utilizaciones fraudulentas de la figura del TRADE (párrafo octavo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LETA).

Dicho lo cual, a continuación procede dar noticia de estas concretas condiciones, buena parte de las cuales no son, como se dijera ya, sino manifestación específica de los elementos conceptuales comunes de todo trabajador autónomo (art. 1.1 LETA) bien que por referencia expresa al TRADE[19]:

b) Enumeración

Sobre la base de cuanto se acaba de indicar y por referencia siempre al específico régimen profesional aplicable al TRADE, semejantes condiciones limitativas serían las siguientes (art. 11.2 LETA):

a´) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena...

A diferencia de lo que se establece en el artículo 1.1 LETA *in fine* respecto de la posibilidad de que los trabajadores autónomos en general puedan dar "o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", semejante opción no se traslada a los TRADEs. Prohibición que abarcaría a cuantos presten sus servicios para el

[18] Relativizando estas condiciones en relación a los transportistas *vid.* la disposición adicional primera del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero; en relación a los agentes comerciales *vid.* su disposición adicional segunda; en relación a los agentes de seguro *vid.* los artículos 8 y siguientes del citado reglamento.

[19] Sobre la exigencia de que todas estas condiciones se hagan constar en el respectivo contrato, *vid.* el artículo 5 del Real Decreto 197/2009.

TRADE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), se encuentren o no dados de alta en la Seguridad Social y con independencia, en su caso, del negocio jurídico utilizado para encubrir la posible existencia de relaciones laborales[20]. Semejante exclusión alcanzaría, incluso, a los propios familiares del TRADE que quisieran trabajar para él bajo el marco de una relación laboral. Y en todo caso excluiría la posibilidad de que el TRADE pudiera recibir los servicios de un trabajador en misión a través de una Empresa de Trabajo Temporal.

Adviértase que, desde esta perspectiva, lo que caracterizaría al TRADE es que, a diferencia de lo que sucede con el trabajador autónomo modelo o tipo, no puede concurrir en él la doble condición de trabajador autónomo y empresario[21]. Ciertamente, de un modo u otro, en ambos supuestos sus respectivas prestaciones de servicios han de ser personales. Sin embargo, en el caso del TRADE no se admiten colaboraciones externas a este respecto; ni siquiera para actividades complementarias (por ejemplo, de asistencia o apoyo) o distintas de la principal llevada a cabo para el cliente (por ejemplo, en relación con otros clientes con los que mantenga una relación más o menos esporádica).

Sin lugar a dudas, este modo personalísimo de prestar los servicios para el cliente (principal o no) es uno de los requisitos más importantes a la hora de determinar la aplicación del régimen profesional específico a la relación del TRADE con su cliente. Ahora bien, frente a lo que pudiera parecer, debe advertirse que semejante condición limitativa no es elemento absolutamente determinante para la conceptuación de un trabajador autónomo como TRADE. En este sentido piénsese que si bien un trabajador autónomo no podrá exigir la aplicación del régimen profesional previsto para el TRADE de tener trabajadores a su cargo, no por carecer de trabajadores a cargo un trabajador autónomo adquiere automáticamente la condición de TRADE. De hecho, dicho ha quedado ya que se puede ser autónomo común sin tener trabajadores a su servicio (art. 1.1 LETA, *in fine*). Para ostentar la condición de TRADE se requiere, esencialmente, la concurrencia, junto a los demás elementos conceptuales comunes, del elemento conceptual de la dependencia económica del cliente predominante. De no concurrir ésta (por no alcanzarse respecto de dicho cliente la magnitud económica de referencia anteriormente indicada), no se adquiere la condición de TRADE aun cuando el trabajador autónomo carezca de trabajadores a su servicio.

Semejante limitación habrá de operar, como las demás, de modo continuado en el tiempo. De ahí que, para la aplicación del régimen profesional específico

[20] En este sentido cfr. la STSJ Cataluña 22 junio 2009 (AS 2009, 2274).

[21] Denegando la condición de TRADE a quien tenía trabajadores por cuenta ajena a su servicio *vid.* la STSJ Asturias 19 marzo 2010 (JUR 2010, 163995).

a la relación del TRADE con su cliente principal, la ausencia de trabajadores a su cargo ha de acreditarse no sólo al inicio de la correspondiente relación contractual con el cliente predominante, sino también a lo largo de la prestación de servicios contratada. En todo caso, de tener el TRADE que recurrir a la contratación de trabajadores para el desempeño de la actividad contratada (ya se trate de la relativa a su cliente principal, de la atinente a otros potenciales clientes distintos del principal), el efecto derivado sería la inaplicación, a partir de dicho momento, del régimen profesional del TRADE a la relación que éste mantenía con su cliente principal, que no, necesariamente, la resolución de la relación contractual con este último. Aunque, eso sí, de mantenerse la relación contractual entre las partes, semejante circunstancia obligaría a redefinir (novar) los términos de su relación contractual[22].

En este orden de cosas, adviértase cómo esta condición limitativa podría producir el efecto negativo de limitar el crecimiento profesional del TRADE, quien, de contratar trabajadores a su servicio para el desempeño de la actividad contratada con sus clientes, siquiera fuera con meras tareas de apoyo, tendría que renunciar a la aplicación de un régimen profesional más protector. Con todo, en estos casos de crecimiento profesional respecto del cliente principal, es de suponer que la mejor posición del TRADE frente al mismo le permitirá negociar con éste último condiciones más ventajosas que las que pudiera cerrar desde una posición de mayor debilidad.

En fin, fuera de la presente limitación quedarían aquellas situaciones que queden al margen de la relación laboral. Este sería el caso, por ejemplo, de los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad [art. 1.3 d) ET].

b´) ...ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes

Derivada, asimismo, de la nota de personalidad que cabe atribuir al trabajo autónomo en general, constituye ésta una previsión que aparece conjuntamente contemplada en la LETA de la mano de la anterior [art. 11.2 a) LETA][23]. De ahí que resulten de aplicación aquí buena parte de las observaciones realizadas en el apartado precedente.

[22] Admitiendo la solución contraria, esto es, pasar de trabajador autónomo común a TRADE respecto de relaciones contractuales ya iniciadas con el cliente principal, *vid.* el artículo 12.3 LETA.

[23] La STSJ Cantabria 26 junio 2009 (AS 2009, 1876) deniega la condición de TRADE en un supuesto en el que no quedó acreditada la ausencia de contratación o subcontratación de la actividad principal. Negando, igualmente, semejante condición al preverse expresamente la posibilidad de contratar o subcontratar, vid. la STSJ Madrid 23 junio 2009 (JUR 2009, 343391).

En todo caso, pese al silencio de la norma, fuera de toda duda parece que la prohibición de contratación o subcontratación haría referencia a las actividades económicas o profesionales contratadas con los respectivos clientes, sean éstos predominantes o no, incluidas las tareas de apoyo a dichas actividades principales. Ello no obstante, de la expresa referencia legal a la "actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes" (en su condición de proveedor de servicios) cabría deducir que la prohibición no alcanzaría, sin embargo, a la contratación o subcontratación de servicios ajenos a dichas actividades principales (por ejemplo, seguridad, limpieza, etc.). De admitirse semejante posibilidad, el TRADE quedaría sometido al régimen de responsabilidades que legalmente correspondan (por ejemplo, art. 42 ET).

Sea como fuere, cuando refiera a las actividades contratadas con sus respectivos clientes (predominantes o secundarios), la limitación que ahora se contempla alcanzará, igualmente, a la contratación o subcontratación de actividades con otros trabajadores autónomos, TRADEs incluidos. Así las cosas, si bien un trabajador autónomo ordinario puede contratar o subcontratar sin limitación alguna con otros trabajadores autónomos, TRADEs incluidos, para la aplicación del régimen profesional que ahora se contempla un TRADE no puede contratar los servicios de otro TRADE (ni, por supuesto, de otro trabajador autónomo). En este sentido, aun hallándose excluidos del régimen jurídico previsto para el contrato de trabajo [art. 1.3 e) ET], muy probablemente los TRADEs no puedan recibir los servicios de sus familiares; al menos cuando éstos deban quedar obligatoriamente incluidos en el RETA, resultando muy difícil la fiscalización de esta actividad familiar de apoyo en caso contrario. En último término, repárese que en ningún caso tendrán la consideración de TRADEs "los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho" (art. 11.3 LETA).

c´) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

Obviamente, siendo como es tan personalísima la prestación de servicios del TRADE, la norma pretende que no exista confusión subjetiva entre éste y los trabajadores al servicio de su cliente. Por tal motivo se le exige una prestación de servicios diferenciada de los trabajadores por cuenta ajena al servicio del cliente y, por tanto, sin sometimiento a sus poderes de organización y dirección[24]. Por supuesto, semejante limitación hará referencia a los trabajadores del cliente principal o predominante, pero, a buen seguro, también, a los trabajadores de los demás

[24] De no existir esta prestación de servicios diferenciada, no nos encontraríamos ante un TRADE. A este respecto cfr. la STSJ País Vasco 19 mayo 2009 (JUR 2009, 371709).

clientes secundarios con los que el TRADE pueda mantener una relación civil, mercantil o administrativa de prestación de servicios. A este respecto, poco importará la modalidad contractual (temporal o indefinida, a tiempo parcial o completo) en virtud de la cual dichos trabajadores se encuentren vinculados con sus respectivos empresarios (y, a su vez, clientes para el TRADE). Lo cual alcanzaría, incluso, a los trabajadores en misión por referencia a las Empresas de Trabajo Temporal.

Con todo, no deja de constituir ésta una condición limitativa no siempre fácil de abstraer en muchos procesos productivos. Sobre todo cuando la prestación de servicios del TRADE se lleve a cabo de manera conjunta con aquellos trabajadores, por ejemplo compartiendo en ocasiones un mismo espacio físico y/o sujetos a un mismo régimen de jornada profesional en cuanto a horarios, régimen de descansos, festivos, etc. Pero es que además, con independencia de ello, en la gran mayoría de las ocasiones el TRADE tiene que coordinar su actividad profesional con la de los propios empleados del cliente lo que siempre complica dicha tarea de abstracción. En definitiva, lo que se pretende es que el trabajador autónomo económicamente dependiente no realice su prestación confundiéndose con la plantilla laboral de la empresa-cliente, lo que no impide que pueda llevarla a cabo de forma coordinada (que no jurídicamente dependiente) con otros trabajadores autónomos, ya sean éstos TRADEs o no.

d´) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente

Como fácilmente puede intuirse, a través de esta concreta previsión se pretende, también aquí, que el TRADE "quede fuera del ámbito de dirección y organización" del cliente (art. 1.1, en relación con el art. 11.1 LETA). Por tal motivo, se le exige disponer de infraestructura productiva y materiales propios y diferenciados de los del cliente principal. Y, aunque no lo diga ahora la norma, parece lógico pensar que dicha infraestructura y materiales independientes también habrán de exigirse respecto de los demás potenciales clientes distintos y secundarios del principal con los que el TRADE pueda contratar la prestación de sus servicios. En todo caso, disponer de una cierta infraestructura propia y diferenciada del cliente es lo mínimo que se le puede pedir a cualquier trabajador autónomo, incluidos los TRADEs.

Sin embargo, a salvo de que la misma resulte necesaria para el ejercicio de la actividad contratada y de que, en relación a esta última, sea económicamente relevante, nada se indica respecto de qué ha de entenderse a estos efectos por infraestructura productiva, lo que albergaría, según los casos, bienes muebles, inmuebles, acceso a las nuevas tecnologías de la información, etc. De ahí que, dada la enorme disparidad de condiciones bajo las que los trabajadores autónomos prestan sus servicios por referencia a los muy diversos sectores de actividad

existentes, nos hallemos ante una cuestión que sólo podrá resolverse *ad casum*[25]. A tal efecto, más que el de la relevancia económica de la infraestructura en cuestión, puede resultar de mayor utilidad el criterio de su necesidad para el ejercicio de la actividad principal de que se trate. Con todo, nos hallamos ante cuestión no siempre sencilla de determinar en la práctica.

En esta misma línea, la referencia al material propio necesario para el ejercicio de la actividad contratada resultará, en ocasiones, igualmente compleja de determinar. A modo de ejemplo piénsese que en la práctica no resulta en absoluto infrecuente que el trabajador autónomo trabaje con los materiales que el cliente pone a su disposición. Quizás por ello, conceptualmente no debiera confundirse el término "material" (como sinónimo de materia prima) con el de "material propio" (como sinónimo de herramientas, maquinaria o medios de producción necesarios para el desarrollo de la actividad de que se trate). Siendo ello así, el que el material (como sinónimo de materia prima) sea del TRADE o del cliente no tendría por qué constituir una condición limitativa para la aplicación de este particular régimen jurídico. Lo que no cabría sostener, en cambio, respecto de los materiales (como sinónimo de herramientas, maquinaria o medios de producción necesarios) que sí debieran exigirse al TRADE en todo caso.

De todas formas, también aquí, a los efectos de determinar la independencia jurídica del TRADE respecto de su cliente, más que el de la relevancia económica de los materiales en cuestión, puede resultar de mayor utilidad el criterio de su necesidad para el ejercicio de la actividad principal de que se trate. Y es que, qué deba entenderse ahora por infraestructura productiva o materiales propios "relevantes económicamente" es cuestión también genérica que, además de complicada en cuanto a su concreción práctica, no siempre resultará determinante para delimitar esa independencia jurídica que la norma quiere posea el TRADE respecto de su cliente (principal o secundario).

e´) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente

Nuevamente se pretende evitar con ello que el TRADE se encuentre inmerso en el ámbito de dirección y organización del cliente, en cuyo caso este último se asemejaría más a la figura del empresario y aquel otro a la de trabajador por cuenta ajena. De hecho, a salvo de la referencia expresa a las indicaciones técnicas del cliente (lo que denota la previsión de una actividad coordinada), constituiría esta condición limitativa manifestación clara y evidente de uno de los elementos conceptuales comunes que caracterizan la actividad de todo

[25] Rechazando que una paleta y una llana constituyan infraestructura propia a los indicados efectos respecto de quien presta sus servicios como albañil *vid.* la STSJ La Rioja 4 diciembre 2008 (AS 2008, 640).

trabajador autónomo; en concreto, la de realizar la actividad profesional de que se trate "fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona" (art. 1.1 LETA). Ahora bien, si ello se reitera aquí es porque la norma quiere dejar constancia expresa de la distinción existente entre "criterios organizativos propios" (independencia jurídica) e "indicaciones técnicas" del cliente en relación a la realización del encargo recibído (dependencia técnica). Distinción que no siempre resultará sencilla de efectuar en la práctica. Máxime cuando, en lugar de meras indicaciones técnicas, nos hallemos ante verdaderas previsiones de control y fiscalización de la tarea llevada a cabo por el TRADE por parte del cliente.

En todo caso, de la expresa referencia legal a las "indicaciones técnicas" que el TRADE "pudiese recibir de su cliente" no debe deducirse dependencia organizativa de él, sino más bien actividad coordinada entre ambos. De hecho, "la delimitación del concepto de coordinación frente al de dependencia, característico del trabajo por cuenta ajena, puede realizarse utilizando distintos criterios. Entre otros, los siguientes: requerimiento al trabajador para desempeñar otras funciones, distintas de las convenidas, en la empresa; contenido y frecuencia de las instrucciones recibídas por parte del cliente; forma de cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral y naturaleza meramente técnica o funcional, o por el contrario estructural, de las instrucciones que puedan recibirse"[26].
Sin perjuicio de la concurrencia de esta necesaria coordinación de actividades con el cliente principal, el TRADE ha de ser quien, en último término, dirija y organice de forma autónoma la prestación de sus servicios manteniendo sobre ella en todo momento el control organizativo. Y ello tanto respecto de aquél como de los demás clientes con los que pudiera llegar a contratar su actividad profesional. Y es que, para poder ser calificado como tal, el TRADE "ni puede delegar su poder de organización en el cliente ni tampoco delimitar el contenido de su prestación de servicios de forma tan genérica que ello comporte, en la práctica, que es el cliente o contratante quien lo concrete"[27].

f´) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla

En esta ocasión, es la nota de ajenidad tan característica de las relaciones laborales la que se pretende evitar concurra en el TRADE. Y ello tanto desde su doble perspectiva de ajenidad en los frutos (no habría salario a cambio del trabajo prestado por cuenta del empresario, sino contraprestación económica por el resultado de la actividad desarrollada a favor del cliente), como desde

[26] *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., p. 129.
[27] *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., p. 129.

su perspectiva de ajenidad en los riesgos (entendiendo aquí por tal riesgo el de la ruptura de la relación con el cliente, mas no, lógicamente, el riesgo y ventura de la actividad desarrollada por el cliente). No en vano, aunque no lo diga expresamente el artículo 11.1 de la LETA, la prestación de servicios lo es aquí por cuenta propia (art. 1.1 LETA). Ahora bien, no obstante la claridad de la norma en este punto, ambas derivaciones del concepto de ajenidad no siempre resultarán fácilmente deducibles en la práctica. Por lo que a la postre habremos de estar siempre a la realidad subyacente, teniendo muy presente que la zona fronteriza no lo es aquí el trabajo autónomo común, sino el trabajo por cuenta ajena.

Por lo demás, ninguna duda cabe de que con semejante previsión quedan fuera del régimen profesional aplicable al TRADE los trabajos benévolos, amistosos o de buena vecindad. A este respecto, recuérdese que, como cualquier otro trabajador autónomo, los TRADEs habrán de llevar a cabo una actividad a título lucrativo (art. 11.1 LETA). Actividad (obra o servicio) en función de la cual (o de su resultado concreto) aquéllos percibirán la correspondiente contraprestación económica en los términos y alcance pactados con el cliente (principal o secundario) a través del respectivo contrato civil, mercantil o administrativo.

c) Relativización

No obstante cuanto se acaba de señalar, respecto de determinados colectivos de trabajadores autónomos la propia norma parecería excluir la exigencia de alguna o algunas de las condiciones limitativas citadas para la aplicación del régimen jurídico previsto en los artículos 11 y siguientes de la LETA a la relación civil, mercantil o administrativa existente entre el TRADE y su cliente predominante. En realidad, lo que la LETA hace es incluir de forma expresa en su ámbito subjetivo de aplicación a determinados colectivos de trabajadores, bien que matizando los requisitos que en cada caso deben cumplirse por los trabajadores autónomos de cada sector para su consideración como TRADEs. En concreto, se trataría de los dos colectivos siguientes[28]:

a) Trabajadores autónomos del transporte (disp. adic. 11ª LETA)[29]

   En concreto, a los efectos de ser considerados TRADEs, las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo

[28] Respecto de la adaptación de los contratos de estos colectivos a las previsiones contenidas en la LETA, *vid.* la disposición transitoria 3ª LETA, así como la disposición transitoria. 2ª del Real Decreto 197/2009.

[29] Reconociéndose la existencia de un TRADE transportista, cfr. la STSJ Cataluña 30 septiembre 2009 (JUR 2009, 491331).

de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador, únicamente deberán acreditar, junto con los elementos conceptuales (comunes y específicos) del TRADE (art. 11.1 LETA), la condición limitativa prevista en la letra a) del artículo 11.2 de la LETA[30]. Esto es, "No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes"[31].

b) Agentes comerciales (disp. adic. 19ª de la LETA)

Asimismo, por cuanto aquí interesa, a los efectos de ser considerados TRADE, la específica condición limitativa de asumir el riesgo y ventura de las operaciones que lleven a cabo prevista en la letra e) del artículo 11.2 de la LETA no resultará de aplicación a los agentes comerciales que, actuando como intermediarios independientes, se encarguen de manera continuada o estable y a cambio de remuneración, de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos[32].

Junto a estos dos colectivos adviértase, además, cómo se deja para el desarrollo reglamentario la específica consideración como TRADE de los agentes de seguros (exclusivos y vinculados) que reúnan los elementos y requisitos exigidos para la aplicación de su particular régimen profesional, así como los supuestos y condiciones en que dichos agentes quedarían sujetos al mismo; desarrollo reglamentario que, si bien podrá determinar la relativización de alguna condición limitativa, en ningún caso podrá afectar a su relación mercantil (disp. adic. 17ª LETA)[33]. En concreto, semejante desarrollo reglamentario se encuentra expresamente recogido en el Capítulo II del Real Decreto 197/2009 y, más específicamente, en sus artículos 8 a 11. Y, por cuanto ahora interesa, en dichos preceptos se efectúan las siguientes precisiones en relación a las condiciones limitativas de la condición de TRADE (art. 9 Real Decreto 197/2009)[34]:

[30] En virtud de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.3 g) ET estas personas se hallarían excluidas del ámbito laboral.

[31] Al respecto *vid.* también la disposición adicional primera del Real Decreto 197/2009. Denegando la condición de TRADE a transportista que subcontrataba su actividad profesional, *vid.* la STSJ Madrid 23 junio 2009 (JUR 2009, 343391). Denegando semejante condición por tener el transportista trabajadores a su cargo, *vid.* la STSJ Cataluña 22 junio 2009 (AS 2009, 2274).

[32] Al respecto *vid.* también la disposición adicional segunda del Real Decreto 197/2009. Cfr., asimismo, el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre régimen jurídico del contrato de agencia mercantil, así como el artículo 1.2 b) del Real Decreto 1438/1985, de 1de agosto. Denegando la existencia de un agente comercial TRADE, cfr. la STSJ Madrid 22 diciembre 2009 (JUR 2010, 68116).

[33] Cfr. a este respecto el artículo 1.2 c) del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto.

[34] Con carácter general, el artículo 8 del Real Decreto 197/2009 señala que "Los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo

a) "en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.2 a) del Estatuto del Trabajo Autónomo, quedarán excluidos de la condición de trabajadores autónomos económicamente dependientes los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que hayan suscrito un contrato mercantil con auxiliares externos, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados"[35].

b) "A los efectos del artículo 11.2.d) del Estatuto del Trabajo Autónomo, se considerarán indicaciones técnicas, entre otras, las relacionadas con su actividad, especialmente las que deriven de la normativa interna de suscripción y de cobertura de riesgos de la entidad aseguradora, de la normativa de seguros privados, de la normativa de protección de datos de carácter personal, de blanqueo de capitales u otras disposiciones de obligado cumplimiento".

c) "A los efectos del artículo 11.2.c) del Estatuto del Trabajo Autónomo, no se considerará económicamente relevante la documentación, el material, ni el uso de instrumentos o herramientas, incluidas las telemáticas, que la entidad aseguradora proporcione a los agentes de seguros autónomos económicamente dependientes".

d) "El cumplimiento de las indicaciones técnicas que los agentes de seguros autónomos económicamente dependientes puedan recibir de la entidad aseguradora para la que presten sus servicios, así como el uso de la documentación, material, herramientas e instrumentos proporcionados por la entidad aseguradora a aquéllos no supondrá que tales agentes de seguros ejecuten su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente".

2. Sujetos excluidos

Lógicamente, excluidos del ámbito subjetivo de aplicación del particular régimen jurídico profesional previsto para las relaciones civiles, mercantiles o administrativas existentes entre los TRADEs y sus clientes estarían todos aquellos trabajadores autónomos que conceptualmente no merezcan semejante consideración en los términos anteriormente indicados; o que, mereciéndolo, al menos conceptualmente, y a salvo de las relativizaciones anteriormente descritas, no

11 del Estatuto del Trabajo Autónomo, estarán sujetos, como trabajadores autónomos económicamente dependientes, al capítulo III del Título II del citado Estatuto y quedan incluidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto".

[35] Tal y como establece el apartado primero del citado precepto, "Los mediadores de seguros podrán celebrar contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y podrán realizar trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones".

acrediten de forma simultánea los requisitos o condiciones limitativas previstas en el artículo 11.2 de la LETA.

Junto a esta genérica y obvia exclusión, aun cuando concurriesen en ellos los elementos conceptuales y requisitos exigidos para ser considerado TRADE, el legislador ha querido dejar fuera de aquel ámbito subjetivo a los dos siguientes colectivos de trabajadores autónomos (art. 11.3 LETA):

a) Los titulares (personas físicas) de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público[36].

   Como fácilmente podrá deducirse, pese a la generalidad de supuestos que pueden presentarse a este respecto, se trata de exclusión lógica derivada del hecho de que el cliente es, en estos casos, el propio público en general. Con lo cual resultará prácticamente imposible determinar la existencia de una dependencia económica al respecto. El sólo hecho de que estos establecimientos se hallen "abiertos al público" parecería impedir la calificación de TRADE en todo caso, incluso si los servicios se prestasen, fundamentalmente, en los términos anteriormente descritos, para un cliente principal (persona física o jurídica).

b) Los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o (de forma conjunta) bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho[37].

   La expresa referencia a los "profesionales" permitiría concluir que semejante previsión está pensando únicamente en los "profesionales liberales" (ingenieros, arquitectos, abogados, etc.). Aunque nada impide que como tales quepa considerar, igualmente, a cualquier profesional autónomo. De hecho, por este mismo motivo, no parece que deban considerarse incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación que aquí importa ni los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias [art. 1.2 a) LETA] ni a los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares [art. 1.2 b) LETA].

   En todo caso, la cobertura (social, económica o jurídica) que una sociedad (en cualquiera de sus formas legalmente admitidas) otorga a los miembros

[36] Denegando la condición de TRADE a quien, además de trabajar como cristalero para un determinado cliente, ostentaba también un comercio de cristalería abierto al público, *vid.* la STSJ Asturias 19 marzo 2010 (JUR 2010, 163995).

[37] A este respecto, la disposición adicional octava del Real Decreto 197/2009 recuerda que las especificaciones previstas para la delimitación conceptual de los TRADEs "no se entenderán aplicables a la relación contractual establecida entre profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho".

que la integran, así como la colaboración de éstos en orden a la consecución de un mismo fin común, justificaría, en este caso, la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación del régimen jurídico profesional diseñado para la relación existente entre el TRADE y su cliente principal. Previsión ésta que, sin embargo, podría llevar a algún cliente a exigir a los potenciales TRADEs a su servicio que se asociaran para evitar, con ello, la aplicación de dicho régimen profesional más garantista. Sea como fuere, adviértase que la limitación alcanza al ejercicio de una actividad profesional en régimen societario, mas no al ejercicio de una actividad de forma coordinada con otros profesionales.

En este último sentido, téngase en cuenta además cómo "La citada exclusión se entiende sin perjuicio del contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente que pueda celebrar el profesional con un cliente distinto de la sociedad o persona jurídica en la que esté inserto"; en tal caso, "para el cálculo del porcentaje del 75 por 100 se incluirán en el cómputo de los ingresos totales los que el profesional perciba procedentes de la sociedad o persona jurídica de la que forme parte" (disp. adic. octava Real Decreto 197/2009).

Por lo demás, ni qué decir tiene que excluidos de dicho ámbito de aplicación se hallarían, también, los supuestos a que se refiere el artículo 2 de la LETA. Esto es:

a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 del ET.

   No por evidente está de más recordar ahora la inaplicación del régimen profesional previsto en los artículos 11 y siguientes de la LETA a los trabajadores por cuenta ajena. Muy especialmente, también, a los trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios laborales bajo la apariencia de un TRADE. A este respecto, repárese que los negocios jurídicos tienen la naturaleza que les corresponde con independencia de la denominación que las partes les otorguen a los mismos.

b) La actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 c) ET. La exclusión resulta aquí de la propia definición de trabajador autónomo, en general (art. 1.1 LETA), y de TRADE, en particular (art. 11.1 LETA). En ambos casos, recuérdese, es necesario llevar a cabo una actividad económica o profesional a título lucrativo.

c) Las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 del ET y demás disposiciones complementarias[38].

En fin, como se apuntara en su momento, quizás también se hallen excluidos del ámbito subjetivo de aplicación diseñado en la LETA para los TRADE los familiares de los trabajadores autónomos que, colaborando habitualmente con ellos, no tengan, respecto de los mismos, la condición de trabajadores por cuenta ajena [*ex* art. 1.3 ET]; quizás, tampoco, los propios trabajadores autónomos con quienes dichos familiares colaboren habitualmente.

[38] Sobre la posibilidad de realizar actividades artísticas en régimen de autonomía, cfr. la disp. adic. 2ª. 2 de la LETA. En relación a los agentes comerciales, cfr. la disp. adic. 19ª de la LETA.

Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho comparado.

Lusitania Villablanca Cerda
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción
Magíster en derecho de los mercados, de los negocios y de la economía
Université de Bourgogne, Francia
Doctorando en Derecho Privado
Université Paris 2, Panthéon-Assas, Francia

Resumen: Tras la crisis de *subprimes* y en un momento en que los escándalos financieros parecieran ser cada vez más frecuentes, los poderes estatales buscan mejorar los sistemas de regulación de los mercados financieros. En Inglaterra se propone suprimir la FSA, en Francia, contra todo pronóstico que considere la cultura jurídica francesa, se acaba de otorgar a la AMF el poder de transigir. En Chile se propone remplazar la SVS por un cuerpo colegiado. En Latinoamérica, el proyecto MILA (Mercado Integrado Latinoamericano) integra operativamente los mercados financieros de Colombia, Perú y Chile, lo que supone varios desafíos. Cuando se busca mejorar la legislación interna se tiende a mirar el derecho comparado, es por esto que creemos útil presentar un estudio aún limitado, de la organización y poderes de algunos de los reguladores del mundo. Este texto se centrará en el primer aspecto, esto es en la organización jurídica de los reguladores, destacando dos características fundamentales de esta organización: la profesionalización y la independencia. El acento será puesto en el derecho regulatorio francés, el que a diferencia del derecho inglés o norteamericano es menos conocido para el jurista latinoamericano, ello no quita que también haremos referencia a estos últimos. Para representar a América Latina escogimos las legislaciones colombiana, mexicana y chilena.

***

Introducción

La economía y sus dogmas son pilares de la sociedad contemporánea. Fueron la necesidades de una economía globalizada, altamente técnica, y que desconfía de los poderes políticos, los principales elementos que favorecieron la creación de autoridades que se caracterizan por tener una estructura institu-

cional diferente de la Administración, como la entendemos clásicamente en Chile. Ellas pueden considerarse la forma tradicional de organización de los poderes públicos en Inglaterra, considerando que la existencia de organismos dotados de una fuerte autonomía constituye una constante histórica en ese país[1]. En Estados Unidos, el fenómeno es también antiguo: hay entidades de este tipo desde fines del siglo XIX[2]. En Francia, los autores sitúan el nacimiento de los reguladores, conocidos como "*autorités administratives indépendantes*"[3] (AAI), en la década de 1970 coincidiendo con el proceso de liberalización de los mercados y con el fin de los monopolios públicos, impuestos por la Unión Europea.

En los países de América Latina es posible encontrar entidades que buscan parecerse a los reguladores de los países antes citados. Nos referimos a las Superintendencias chilenas y colombianas y a las Comisiones de México. Tanto en Chile como en Colombia un germen de estas entidades se encuentra a principios de los años 20 desarrollándose en los años 80.
En todos los casos se trata de entidades que gozan de un cúmulo de poderes, tales como el poder de dictar normas, de vigilar su cumplimiento y de sancionar el desconocimiento de las mismas. Así, las nuevas formas de regulación se caracterizan en su aspecto institucional por abandonar el recurso, en primer resorte, a la ley, reemplazando el control permanente que la ley realizaba, por una autoridad que controla de forma permanente.

Tradicionalmente se afirma que los reguladores encuentran su modelo en las *quangos* inglesas o en las *agencies* de Estados-Unidos[4]. Ellas son los modelos utilizados para configurar las AAI francesas y los reguladores latinoamericanos (por lo menos en lo que se refiere a los poderes de estos últimos). La afirmación es aplicable a los reguladores de los mercados financieros. Existe, en efecto, un parecido entre todas estas autoridades, pero ello no es aplicable más que a la base. En los países anglosajones, como hemos dicho, los reguladores son prácticamente la forma tradicional de organización, mientras que las AAI francesas y los reguladores de America Latina han sido concebidos al interior de políticas de descentralización[5]; el modelo francés es, a nuestro parecer, una figura exacerbada de esta descentralización, especialmente si se analiza su autoridad de los mercados financieros. Las autoridades de America Latina aparecen como mucho menos desarrolladas desde este punto de vista.

[1] Martínez, (2002), pp. 42 y ss.
[2] *Ídem* p. 30. Ver también García G. (2009), p. 327; Medina (2007), p. 17, Verkuil (1988).
[3] La expresión es usada por primera vez en la ley de 6 de enero de 1978, que califica como autoridad administrativa independiente a la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).
[4] Martínez (2002), Valette (2005), pp. 201 y ss.
[5] http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/autorites-administratives-independantes/aai-nouveau-pouvoir.shtml.

Este estudio se refiere a los reguladores de 6 países. Inglaterra y Estados Unidos han sido escogidos por constituir los modelos tradicionalmente considerados a la hora de instaurar un regulador. Francia ha sido escogida porque nos parece poseer un sistema más desconocido y que puede aportar mucho a las legislaciones latinoamericanas, por esta misma razón y considerando el hecho de que los modelos anglosajones son mucho más citados en los estudios que se realizan en nuestro país, hemos decidido poner un acento especial en la legislación francesa. En América Latina hemos escogido una muestra constituida por tres países: México por su envergadura, Colombia por lo avanzado de su modelo regulador, y Chile por encontrarse justo en un momento en que se estudia la reforma a su regulador.

En los párrafos que siguen presentaremos un panorama general de los reguladores de los mercados financieros ya citados, centrándonos en lo que pareciera ser sus características más importantes, la profesionalización en la composición del regulador, y su independencia.

En todos las legislaciones analizadas, el regulador de los mercados financieros se encuentra más o menos alejado de los poderes tradicionales del Estado, lo que corresponde a la idea tradicional de un regulador. Sin embargo, la uniformidad se limita a ese punto. Los roles conferidos a los reguladores y su composición nos permiten afirmar la existencia de varios modelos. El análisis de su independencia con respecto a los poderes estatales no altera esta conclusión. A continuación expondremos cómo se organizan las diferentes autoridades encargadas de regular los mercados financieros con el fin de alcanzar la profesionalización (I) y la independencia (II).

I. La necesidad de una profesionalización

¿Por qué los reguladores se alejan de la concepción clásica de la administración? La respuesta tradicionalmente dada indica que los reguladores tienen a su cargo un sector especialmente complejo, de manera que la elaboración de las normas que lo van a regir y su aplicación debe estar a cargo de profesionales[6]. Ellos es especialmente cierto en materia de reguladores de los mercados financieros.

1. El sector regulado

Las misiones que se confieren a los reguladores constituyen un elemento esencial desde el punto de vista de la teoría de la regulación, pues ellas justifican los rasgos que los alejan de la administración tradicional. A continuación expon-

[6] *Vid.* a este respecto nuestro artículo "La metodología de la regulación. La lectura francesa aplicada al derecho comparado".

dremos las misiones otorgadas a los reguladores de los mercados financieros. El análisis permite distinguir las autoridades que nosotros llamamos universales, ya que poseen competencias que abarcan diferentes sectores económicos que por diferentes razones que pueden reducirse a la eficacia, se ha considerado que deben estar bajo el control que una autoridad única. Como estamos del lado de las ciencias sociales, hay también argumentos para sostener la eficacia de las autoridades que extienden sus competencias a distintos sectores, sin por eso abarcarlos todos, como ocurre en el caso mexicano. Aún más, hay argumentos para limitar su competencia exclusivamente a los mercados financieros.

a) Las autoridades universales

Se trata de autoridades que poseen una competencia que se extiende al sector de los seguros, a la banca y los mercados financieros. Es el caso de Inglaterra y de Colombia.

i) El modelo inglés

En el Reino Unido, la autoridad de los mercados financieros es la *Financial Service authority* (en adelante, FSA), creada por la *Financial Services and Markets Act* de 2000.

La FSA regula casi la totalidad de las actividades financieras (mercados financieros y de servicios de inversión comprendidos, tanto en materia de títulos y de productos de ahorro y de todas las actividades de gestión, conservación o intervención cualquiera de compra, venta, suscripción, etc.), incluyendo la actividad financiera de los bancos, de las empresas de seguros y de las instituciones de previsión[7]. En el marco de la regulación de los mercados financieros, la FSA regula la actividad de las bolsas reglamentadas (*Recognised investment exchange*[8]), así como la bolsa de derivados (*London securities and derivative exchange*), la bolsa de metales y la bolsa del petróleo[9].

La FSA es también competente respecto de otras actividades reguladas, tales como la actividad de las cámaras de compensación (*clearing houses*), de los intermediarios financieros que tienen el estatus de *brokers-dealers*, de los organismos de conservación en un sentido amplio (*custodians*)[10]. Cabe destacar que este modelo de un regulador universal es objeto de revisión, así a mediados de mayo de 2011 fue votada en Inglaterra una ley que elimina la FSA. De esta forma, el 17 de febrero de este año el ministro encargado de los asuntos financieros presentó al Poder Legislativo las tres nuevas autoridades

[7] Delion (2006), p. 220.
[8] Stock Exchange de Londres y LIFFE (bolsa de futuros y de opciones).
[9] Delion (2006), p. 220.
[10] *Ídem.*

que sustituirán a la FSA y que serán controladas por el Banco de Inglaterra: la autoridad de conducta financiera (*Financial Conduct Authority*, FCA), encargada de la defensa del consumidor; la autoridad de regulación prudencial (*Prudential Regulatory Authority*, PRA), que vigilará la banca y el sector de seguros; un comité de política financiera (*Financial Policy Commitee*, FPC) vigilará el buen funcionamiento del sistema financiero en general.

ii) En Colombia

En Colombia la regulación de los mercados financieros se encuentra en manos de la Superintendencia Financiera, creada por el Decreto 4327 de 2005[11].

En este país, toda persona que ejerce actividades financieras, de banca, de seguros, de administración de fondos de pensiones y en general de gestión y de inversión de recursos captados del público, está sometida al control de la Superintendencia Financiera. Entre las funciones que el legislador ha conferido a la Superintendencia Financiera se encuentran: mantener la integridad, eficiencia y transparencia del mercado de valores mobiliarios y de otros activos financieros y vigilar el respeto de los derechos de los consumidores financieros[12] y la adecuada prestación de los servicios.

b) Las autoridades sectoriales

Se trata de autoridades cuya competencia se centra en los mercados financieros, dejando el control de la banca y de los seguros a cargo de otros organismos. Es el caso de Francia y de Estados Unidos.

i) En Francia

En Francia, los mercados financieros están regulados por la Autoridad de los Mercados Financieros (AMF), creada por la Ley N° 2003-706, de seguridad financiera del 1° de agosto de 2003[13].

En conformidad a la ley, la AMF tiene por misión velar por la protección de la inversión realizada en los instrumentos financieros, por la información de los inversores, y por el buen funcionamiento del mercado de instrumentos financieros. La AMF es competente para controlar todos los mercados financieros, sus actores y los operadores del mercado. Hoy en día su competencia está en vías de extenderse al sector de los seguros de vida, en virtud de la supresión

[11] El organismo de gobierno competente es el Ministerio de Hacienda y de Crédito Publico.
[12] Entendiendo por tales los inversores, los ahorrantes y los asegurados.
[13] La AMF es el resultado de la fusión entre la Commission des opérations de bourse (COB), del Conseil des marchés financiers (CMF) y del Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

de la noción de *appel public à l'épargne*[14]. Ella no tiene competencia en materia bancaria.

ii) En Estados Unidos

La *Securities and exchange commission* (SEC) es la autoridad norteamericana de los mercados financieros, ella fue instituida por la *Securities Exchange Act* de 1934. La SEC es también una autoridad especializada: su competencia se centra en los valores mobiliarios y los mercados financieros. Su vigilancia se extiende a las operaciones relativas a valores mobiliarios y a los emisores de los mismos, así como a los mercados y a la infraestructura de mercado y a los profesionales de los valores mobiliarios[15]. Ella no tiene competencia ni respecto de los bancos ni respecto del mercado de derivados[16].

La protección de los consumidores está a cargo de una nueva autoridad denominada *Bureau of Consumer Financial Protection*, creada por la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (conocida como la "Dodd-Frank Act"[17]), de 21 de Julio de 2010. Ella tiene a su cargo luchar contra las prácticas comerciales abusivas y desleales que pueden tener lugar en la distribución de productos financieros y en el financiamiento de transacciones inmobiliarias. Su primera misión es limpiar el mercado de préstamos hipotecarios otorgados a personas cuya solvencia es cuestionable (*subprime mortgages*).

c) Modelos particulares

Se trata de países que han agregado a la competencia sus reguladores de mercados financieros, competencia para vigilar ya sea el sector de los seguros, ya sea el sector bancario. Aquí se encuentran el modelo mexicano y el modelo chileno.

i) El modelo mexicano

La autoridad mexicana de los mercados financieros es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). Fue creada por la ley de 28 de abril de 1995,

[14] Ordonnance N° 2009-80, de 22 enero de 2009. El artículo L.621-1 se refiere a "la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociation sur un marché réglementé y dans tous autres placements offerts au public". La noción de "placements offerts au public" es más amplia que la noción de "offre au public". Se trataría, según algunos, de una sutileza que anuncia una reforma a la competencia de la AMF para incluir el sector de los seguros. Le Bars (2009), p. 1502.

[15] Conac (2006), p. 178.

[16] Ella está a cargo de diferentes autoridades creadas especialmente por los estados federados. Este modelo que distingue dos polos se denomina *twin peaks regulation*.

[17] http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:h4173enr.txt.pdf

modificada, la última vez, el 13 de agosto de 2009[18]. Se trata de un organismo desconcentrado. México siguió el modelo de banca universal, de esta forma, la autoridad financiera mexicana tiene facultades para controlar los bancos y otras entidades financieras, como los administradores de fondos de pensiones o de retiro, los que son considerados como intermediarios financieros. Ella no tiene facultades para controlar el sector de seguros.

ii) El modelo chileno

La autoridad chilena de los mercados financieros es la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), creada por el DL 3.538, de 1980, y modificada en última instancia por la Ley 20.345, de 2009[19]. Ella regula y fiscaliza los agentes del mercado de valores, entre ellos a las sociedades anónimas abiertas, a los intermediarios de valores, ya sean las bolsas, corredores de bolsa, seguros, fondos y agentes de valores, entre éstos a las compañías de seguros, a los inversores institucionales (compañías de seguros, fondos de inversiones, fondos de capitales extranjeros y agencias de notación).

En Chile, la autoridad tiene competencia para vigilar el sector de los mercados financieros y de seguros, pero no para vigilar los fondos de pensiones ni los bancos. Estos últimos y las sociedades financieras están autorizados para realizar actividades propias del mercado de valores, en cuyo caso son controlados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras[20].

2. Arquitectura del regulador

Para estudiar la arquitectura de la autoridad es necesario estudiar la composición del organismo en el cual residen las misiones conferidas y los poderes otorgados. Es necesario también analizar la composición de los servicios que les ayudan en el ejercicio de su misión.

a) La composición de las distintas autoridades

Las autoridades de la regulación pueden ser colegiales o individuales. En el primer caso, la autoridad reside en un cuerpo compuesto de varias personas y presididas por un individuo con competencias más o menos amplias. En el segundo caso la autoridad reside en un organismo presidido y cuyos poderes se radican en un individuo, sin perjuicio de la existencia de colaboradores con competencias más o menos amplias.

[18] El organismo de gobierno competente es la Secretaría de Hacienda y de Crédito Público.
[19] El organismo de gobierno competente es el Ministerio de Hacienda.
[20] Art. 69 de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045 de 1981.

No se trata sólo de un aspecto formal, en efecto, la arquitectura del regulador es muy importante desde el punto de vista de la teoría de la regulación. Temas tales como la necesidad de asegurar la independencia de la autoridad y su eficiencia dependen de esta configuración. Desde el punto de vista de la teoría de la regulación existe une tendencia a constituir autoridades colegiales, sin embargo, países que cuentan con un desarrollo bastante extendido de esta teoría, como Colombia, no han dudado en crear autoridades individuales. El modelo colegial corresponde a los países desarrollados: Inglaterra, Francia y Estados Unidos, México también tiene una autoridad colegial. El modelo individual es seguido por Colombia y Chile.

i) Las autoridades colegiales

Los reguladores de los mercados financieros de los dos países europeos analizados se caracterizan por ser autoridades colegiales. La AMF es el cuerpo colegial más grande en número, su colegio está constituido por 16 miembros, y mientras que la comisión de sanciones cuenta con 12 miembros. Existen también comisiones especializadas y comisiones consultivas. Las funciones otorgadas a las autoridad son ejercidas por el colegio, salvo disposición contraria (ella posee lo que se denomina competencia de principio)[21]. La AMF es seguida por la FSA, que cuenta con 15 miembros. La autoridad inglesa es dirigida por un consejo que cuenta con un presidente, tres miembros ejecutivos[22] y once miembros no ejecutivos. Entre los países latinoamericanos analizados sólo México tiene una autoridad colegial compuesta de 10 miembros. Mucho más pequeña desde este punto de vista es la SEC, la cual está dirigida por un consejo de comisarios compuesto de 5 miembros y dirigidos por un presidente.

ii) El modelo individual en retiro

Chile y Colombia poseen una autoridad individual. Se trata en ambos casos de un organismo técnico que la ley califica como independiente y cuyas funciones y poderes son ejercidos por un funcionario denominado Superintendente. Dicho de otra forma, el Superintendente es la verdadera autoridad[23].

En Colombia, la Superintendencia financiera está vinculada al Ministerio de finanzas y de crédito público. A diferencia de la situación chilena, la legislación colombiana prevé la existencia de superintendentes delegados, los cuales colaboran con la dirección del organismo.

[21] Art. 621-2 CMF.

[22] *Executive directors*, es decir, funcionarios remunerados.

[23] Las superintendencias están organizadas bajo la autoridad de un solo funcionario, que ocupa la cabeza del servicio. Libertad y Desarrollo, (2009), p. 1.

Dos aspectos nos parecen destacables de la legislación colombiana. El primero: en conformidad con la ley, es el Presidente de la Republica quien ejerce, a través de la Superintendencia Financiera, la inspección vigilancia y el control de las personas que realizan actividades financieras, de valores y toda actividad relativa a la gestión, aprovechamiento o inversión de recursos públicos. Por otra parte, el artículo 335 de la Constitución colombiana califica como de interés público las actividades que forman parte de la infraestructura de mercado, esto es, la administración y la gestión de los sistemas de negociación y de los sistemas de compensación y de liquidación.

En Chile, la autoridad reside también en la persona del Superintendente. Los superintendentes de los organismos reguladores son nombrados por el ministro bajo la dependencia del cual se encuentran, aun cuando algunos son nombrados conforme a un procedimiento especial[24] que no es aplicable a la SVS. Indirectamente, los superintendentes son nombrados por el Presidente de la República. Existen sin embargo proyectos destinados a modificar esta estructura, de manera que el Presidente propondría una nómina de candidatos, uno de los cuales sería retenido por el Senado[25]. Respecto a la Superintendencia de Valores y Seguros en particular, se estudia una reforma a la Ley Orgánica de la SVS, que transforma la Superintendencia en una Comisión de Valores y Seguros (CVS), como cuerpo colegiado, entre otras reformas de igual importancia. La CVS estaría compuesta por dos órganos independientes entre sí: el Consejo Directivo, equivalente al órgano ejecutivo, y la Audiencia de Valores y Seguros, como órgano encargado de aplicar las sanciones[26]. Los lineamientos de esta reforma demuestran la tendencia a recurrir a órganos colegiados.

En Chile la SVS es calificada como una autoridad independiente Las relaciones entre la autoridad y el Poder Ejecutivo tienen lugar a través del Ministerio de Hacienda. El Superintendente posee la representación legal, judicial y extrajudicial de la Superintendencia[27].

Cualquiera sea el modelo seguido, las autoridades necesitan contar con un equipo de asistentes que colaboran con la autoridad para el ejercicio de sus misiones.

b) Servicios

Tratándose de organismos que llevan a cabo funciones altamente técnicas, la configuración de los servicios que colaboran con la autoridad es un factor que se evoca habitualmente al momento de analizar la eficacia de la autoridad. Esto

[24] *Ídem.*
[25] Aprobación que operaría con el voto de 2/3 de los miembros en ejercicio.
[26] V. http://www.svs.cl/sitio/legislacion_normativa/doc/cvs_final.pdf
[27] Art. 7° del DL 3.538, de 1980.

se explica por la competencia existente entre el regulador y el sector privado a fin de contratar los mejores profesionales del mercado[28]. En efecto, para bien controlar los mercados, detectando las conductas peligrosas, la elusión de la legislación, los riesgos que generan las nuevas operaciones es necesario contar con los profesionales que posean los conocimientos técnicos necesarios para comprender y anticipar la conducta de los operadores vigilados. En este contexto es importante entregar al regulador un marco jurídico suficientemente flexible y amplio para atraer los mejores profesionales del sector privado hacia el sector público, de forma temporal o permanente. Al mismo tiempo la eficacia de la regulación exige a los reguladores la instauración de un marco legislativo que asegure la transparencia de sus actos por vía de la publicidad. Al parecer todos los países del norte cuya legislación se ha analizado, salvo México, han tomado en cuenta este esquema y han otorgado una mayor libertad a los reguladores para contratar personas que no han seguido la carrera funcionaria habitual. En el hemisferio sur Chile sigue la misma vía.

i) Regímenes existentes en los países desarrollados

En Francia, la AMF dispone de autonomía administrativa: puede reclutar libremente su personal sin perjuicio de la obligación de respetar la trasparencia de ciertos procedimientos. Así, en virtud de la ley 91-3, de 3 de enero de 1991, relativa a la transparencia y a la regularidad de los procedimientos de mercado, la autoridad debe respetar ciertas normas para asegurar la libre competencia entre sus prestadores de servicios, así como debe someter ciertos contratos a las reglas de publicidad.

Entre colaboradores de la AMF[29] se distinguen tres categorías: agentes contractuales de derecho público, empleados de derecho privado y funcionarios puestos a disposición por otros organismos; todos se encuentran bajo la autoridad del secretario general de la autoridad[30]. Este último es nombrado por el presidente de la AMF oyendo la opinión del colegio[31] y con la aprobación del ministro, aprobación que se da por medio de una carta de no-oposición.

[28] Esta realidad es expresamente manifestada por la autoridad inglesa, que en un sitio de Internet afirma "The FSA's success depends on the performance of our people (...) So it will come as no surprise that we seek to lure quality people to take on the responsibilities of overseeing such a dynamic and complex industry". Ella posee incluso un sitio de Internet destinado a reclutar personal: http://www.careersatfsa.com/Default.aspx

[29] Un número de 300 en 2003, y de 400 en enero de 2010 y pronto 450. Su presupuesto en 2009 fue de 67,7 millones de euros. http://www.amf-france.org/affiche_page.asp?urldoc=amfrecrute.htm.

[30] Él sirve de vínculo entre los servicios de la AMF y las instancias decisivas. Él dirige y rinde cuentas a las instancias que toman las decisiones. Él es designado por el colegio con la opinión conforme del presidente escuchando la opinión del consejo y con el acuerdo del Ministerio de Economía, Finanzas y de Industria. Dispone además de poderes de gestión, es responsable a título principal de las investigaciones y de los controles. Es el secretario quien representa civilmente a la institución, salvo la representación judicial, que corresponde al presidente de la AMF.

[31] Art. 21-5-1 CMF.

En Inglaterra los servicios[32] están compuestos por un estado mayor de gestión del presupuesto y de orientación general, dirigidos por un director general y por un grupo de consejeros por cada uno de los diferentes sectores que se encuentran bajo la competencia de la autoridad. Por otra parte, la autoridad posee tres servicios sectoriales ("servicio de regulación", "mercado de detalle" y "mercado al por mayor e institucional"), divididos en distintas oficinas. Los directores de estos servicios componen el cuerpo ejecutivo de la FSA (*executive managing directors)*. La FSA posee también una División de grandes grupos financieros (*Major Financial Groups Division*) destinada, entre otros fines, a asegurar un control global de riesgos en materia de actores que desarrollan actividades múltiples, banca, seguros e inversiones[33]. La FSA está encargada de nombrar el *Financial Ombudsman Service* y el *Financial Service Compensation Scheme.*

Al igual que en Francia, la FSA es independiente en la determinación de sus políticas de contratación de personal, siendo el consejo del Tesoro de la FSA quien se encarga de esta tarea; en todo caso las decisiones del día a día relativas al personal son tomadas por el Comité Ejecutivo[34].

En Estados Unidos, la SEC posee un secretario (*Secretary*) encargado de las tareas administrativas, de llevar las actas del consejo y de firmar las decisiones de éste. Cuenta además con un director ejecutivo (*Executive Director*) y un director jurídico (*General Counsel*). La SEC está organizada en divisiones y oficinas. Las divisiones son: *Division of enforcement*, encargada de las investigaciones y de las oficinas regionales de la SEC; *Division of corporation finance,* encargada del control de la información; *Division of market regulation*, encargada del control de los intermediarios financieros y de los mercados; *Division of Investment management,* encargada de la gestión por cuenta de terceros. Las oficinas que la componen son dos: la *Office of complianse, inspeccion and examination*, encargada de controlar los intermediarios financieros, las SRO[35], las sociedades y consejeros en inversiones, y la *Office of international affairs,* encargada de las relaciones internacionales. El Consejo puede delegar una parte importante de sus poderes en los directores de divisiones, en las oficinas regionales o distritales, en el secretario, en el director jurídico y en otros empleados superiores[36].

Siempre preocupados de poder competir con el sector privado en la contratación de los mejores profesionales del mercado, la SEC ha sido autorizada por el Congreso para pagar salarios más elevados que los propios de la función

[32] En 2005, la FSA empleaba 2300 personas y disponía de un presupuesto de 220 millones de libras. Valette (2005) p. 207.
[33] Hay que recordar que la FSA posee competencia respecto de los tres sectores.
[34] http://www.careersatfsa.com/about-the-fsa.aspx
[35] Las SRO son organismos encargados de la autorregulación.
[36] Section 4a de la Exchange Act. 17 CFR Part 200.30-1 y ss.

pública, aun más, la remuneración puede ser fijada en función de los resultados[37]. Puede contratar auditores, abogados, economistas y fiscalizadores sin necesidad de aplicar los procedimientos propios de la función pública, todo ello con el fin de reclutar rápidamente su personal[38]. Los funcionarios de la SEC son funcionarios públicos, pero se benefician de varias derogaciones al marco jurídico propio de estos últimos.

ii) Regímenes existentes en los países latinoamericanos

Comenzando por Colombia, la Superintendencia Financiera posee organismos auxiliares de carácter consultivo: el comité de coordinación para el seguimiento del sistema financiero, el comité consultivo y el consejo asesor. Posee también varias direcciones: de investigación y desarrollo, dirección jurídica, dirección de protección al consumidor financiero, de tecnología y planeación, oficina de control interno y oficina de control disciplinario. Las funciones de la Superintendencia se delegan en dos Superintendentes delegados adjuntos (uno para la supervisión de riesgos y conductas de mercado y otro para la supervisión institucional), los que actúan con la ayuda de varios superintendente delegados (no adjuntos, esta vez)[39]. El superintendente conserva la facultad de ejercer en cualquier momento las funciones que le han sido delegadas, con la excepción de la facultad otorgada a los superintendentes delegados para aplicar a título de sanción la suspensión o la cancelación de la inscripción en los registros que conforman el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores (SIMEV)[40]. En lo que se refiere a la contratación de personal, Colombia posee normas especiales respecto del resto de la Administración Pública, pero que son comunes a todas las superintendencias, ello no significa que no deban cumplir con las normas generales aplicables a los funcionarios públicos[41]. Finalmente, la superintendencia colombiana posee un secretario general y tres organismos de coordinación (también denominados comités).

En México, la CNBV posee una Junta de gobierno, una presidencia, nueve vicepresidencias, un organismo de inspección interna y 36 direcciones generales, además de otras unidades administrativas. Es sin duda el cuerpo más complejo entre los analizados. La CNBV está sometida, en la contratación de personal, a las mismas reglas que se aplican a la administración federal centralizada y desconcentrada[42].

[37] Investor and capital markets Fee Relief Act. Pub. L. N° 107-123, 115 Stat. 2390 (2002).
[38] Accoutant, Compliance, and Enforcement Staffing Act de 2003
[39] Hay 5 Superintendentes delegados por cada Superintendente delegado adjunto.
[40] Está compuesto de tres registros: Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores (RNAMV) y el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV).
[41] Le son aplicables las normas contenidas en la Ley 909 de 2004, en el Decreto-ley 775 de 2005, Decreto reglamentario 2929 de 2005, Decreto N° 770 y 2772 de 2005.
[42] V. Art. 20 de la Ley de la CNBV. Son aplicables la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, Reglamento de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración

La Superintendencia chilena por su parte, puede reclutar libremente su personal, no estando sometida, en este aspecto, a las normas que rigen la administración estatal ni centralizada ni descentralizada[43]. El Superintendente posee un cierta libertad para organizar los servicios y determinar el rol de cada división, libertad que es relativa ya que siguen vigentes ciertos límites, tales como el de respectar la dotación máxima establecida en la ley[44] o el hecho de que los empleados de derecho privado asignados a puesto de dirección no pueden exceder el 7% del total de empleados[45]. Se puede contratar personal a honorarios, caso en el cual éstos no tendrán la calidad de funcionarios ni los beneficios propios a este carácter. Los funcionarios de la Superintendencia gozan de ciertas bonificaciones especiales[46].

La mayor parte de los aspectos analizados *supra* buscan un objetivo: contribuir a la existencia de autoridades profesionales e independientes. Corresponde entonces, analizar este rasgo esencial de los reguladores de los mercados financieros analizados.

II. La búsqueda de independencia

Uno de los fundamentos de la existencia de los reguladores es, a grandes rasgos, la necesidad de dejar la regulación de ciertos sectores económicos en manos de entidades independientes de los intereses políticos de turno, de modo de asegurar una continuidad en las políticas regulatorias. Varios aspectos son considerados por la doctrina al momento de determinar si una autoridad puede ser calificada como independiente. De nuestra investigación podemos concluir que estos criterios visan en general la independencia con respecto a los poderes estatales, es decir con respecto al ejecutivo y al legislativo, sin que se analice la independencia respecto al medio regulado (los llamados poderes privados económicos[47]), salvo algunas excepciones. Por otra parte, ningún modelo de autoridad respeta en un 100% los criterios establecidos por la doctrina: la independencia puede ser medida, a través del análisis del respeto de estos criterios, sin embargo no puede darse por adquirida, teniendo en cuenta que siempre existen factores que la vulneran.

1. Factores de independencia

Entre los factores corrientemente evocados a la hora de medir la independencia de la autoridad se encuentran: el régimen financiero, el otorgamiento de

Pública Federal. http://www.cnbv.gob.mx/noticia.asp?noticia_liga=no&com_id=0&sec_id=498&it_id=922.

[43] Con excepción del DL 1263 de 1975, que rige la administración financiera del Estado.

[44] Art. 8 del DL 3538 de 1980.

[45] Art. 13 del DL 3538 de 1980.

[46] Art. 12 del DL 3538 de 1980.

[47] *Cf.* Farjat, (2001), pp. 613 y ss.

personalidad jurídica, la representación del gobierno en el seno de la entidad, la duración del mandato de quienes la dirigen, la posibilidad de renovar los cargos superiores, y la posibilidad dada al gobierno de destituir al regulador.

a) Régimen financiero

Comencemos por el regulador que es más desconocido para la doctrina chilena, el regulador francés. En Francia, no obstante la personalidad moral de la AMF, ella no está sometida al régimen de los establecimientos públicos[48]. Es por esto que se habla de una autoridad pública, pero no administrativa, detalle que según los autores quiere marcar una ruptura con las otras autoridades destacando la autonomía de la autoridad[49]. Se puede sostener que la autoridad francesa es independiente desde el punto de vista financiero, considerando que ella cuenta con un presupuesto y recursos propios, los que adquiere por la prestación de sus servicios. La AMF tiene libertad en la determinación de sus gastos no estando sometida al control de un contralor financiero que deba aprobarlos previamente, como ocurre con otras autoridades.

La AMF percibe sus recursos directamente, bajo la forma de derechos que deben pagar las personas cuya actividad está sometida a la vigilancia de la autoridad. Son las llamadas *contributions*[50]. Estos derechos son pagados también por quienes inician operaciones financieras que entran en la competencia de la autoridad (emisores respecto de las operaciones financieras y los prestatarios de servicios de inversiones[51]). Existen derechos fijos y contribuciones variables. En todo caso, en su calidad de organismo público, la AMF tiene un contralor y está sometida a la vigilancia de la *Cour des comptes*.

En Inglaterra, al igual que la AMF, la FSA posee una autonomía financiera basada en la percepción de recursos conforme a las prescripciones de la *FSA Act*. Existen tres tipos de rentas:

- rentas anuales percibidas de parte de los organismos que están bajo su competencia, variables según la actividad que desarrollan, las incidencia de la actividad respecto de los objetivos perseguidos por la FSA y los costos producidos por ella.

[48] El legislador quiso crear una persona jurídica de derecho público, *sui generis*, según resulta del análisis de los trabajos preparatorios. Roussel (2006), p. 164.

[49] Bonneau y Drummond (2005), p. 243.

[50] Las sumas percibidas a título de control no pueden ser consideradas como remuneración por servicios prestados, ellas constituyen "contribuciones de toda naturaleza". Conseil d'Etat en su informe público de 2001. Bonneau y Drummond (2005), p. 251.

[51] V. arts. 621-5-2 ; 621-5-3 ; 621-5-4 del Code monétaire y financier, y art. 32 y ss. del Décret N° 2003-1109 de 21 nov. de 2003; Décret N° 2003-1290, del 26 septembre 2003, relatifs aux montants y aux taxes perçues par l'Autorité.

- rentas específicas por determinadas intervenciones.

- rentas especiales ligadas a una solicitud de la persona interesada.

En Estados Unidos, desde el punto de vista financiero, la SEC no es independiente, ya que el Parlamento controla su presupuesto, el cual es votado cada año. De esta forma, las sumas que obtiene por las operaciones financieras realizadas van al tesoro público.

En lo que se refiere a los reguladores de los países latinoamericanos, ellos se caracterizan por una independencia financiera atenuada. En México, la ley impone el pago de derechos a determinadas entidades y personas que realizan actividades sometidas al control de la CNBV[52]. Estos derechos están destinados a formar el presupuesto de la autoridad. El presupuesto anual es elaborado por el presidente de la CNBV, y luego es aprobado por el órgano ejecutivo para ser sometido finalmente a la aprobación del Poder Ejecutivo nacional[53].

La legislación colombiana, por su parte, otorga a la Superintendencia una autonomía financiera que se funda en la percepción de rentas[54], entre las cuales se encuentran aquellas obtenidas en virtud de las contribuciones impuestas a las entidades vigiladas, derechos de inscripción y cotizaciones impuestas a las personas inscritas en el Registro Nacional de Valores, derechos por concepto de oferta pública en el país o en el extranjero y otros menores. La autoridad recibe también recursos que son transferidos por el presupuesto general de la nación.

El caso de la SVS chilena es bastante particular. Como en Colombia, la autoridad posee un patrimonio conformado por los fondos anuales previstos en el presupuesto general de la nación y ella percibe también recursos en virtud de los servicios que presta. La ley detalla los actos por los cuales la autoridad puede exigir el pago de derechos y el monto de estos[55], entre ellos: derechos por la inscripción en los registros que están a cargo de la autoridad, por la aprobación o autorización de los reglamentos bursátiles, o por los reglamentos de los sistemas de liquidación y de compensación, por las autorizaciones de entidades vigiladas, de contratos, de certificaciones. En todo caso, los derechos que la SVS puede solicitar van a beneficio del fisco.[56]

Sería interesante determinar si los reguladores latinoamericanos están en situación de financiarse a través de los servicios que prestan; en la negativa

[52] Art. 18 de la Ley de la CNBV.
[53] Art. 16 XI de la Ley de la CNBV.
[54] Estos ingresos están previstos en el artículo 5 del Decreto número 4327 de 2005.
[55] Art. 14 DL 3538
[56] Art. 16 DL 3538 de 1980.

deberían estudiarse los mecanismos para asegurar su independencia económica del Poder Ejecutivo y del Legislativo.

b) Personalidad jurídica

Comencemos, una vez más por el regulador francés. Éste cuenta con personalidad jurídica que unida a la independencia financiera le permiten reclutar libremente empleados del sector público y privado, como hemos visto *supra*. La personalidad jurídica le permite en general la afectación directa de los recursos percibidos por operaciones financieras y por los actores controlados. La misma situación se presenta en Estados Unidos y en Inglaterra. La *Financial Service authority* (FSA) se encuentra dotada de personalidad jurídica y es calificada como una agencia reguladora independiente (*Independant non-governmental body*[57]). La SEC, por su parte, es un organismo dotado de personalidad jurídica y también es calificada como agencia reguladora independiente.

La Superintendencia financiera colombiana[58] y la SVS chilena[59] están dotadas de personalidad jurídica y son calificadas por la ley como organismos que gozan de independencia financiera, cuestión controvertible, como hemos visto. La autoridad mexicana es la única que no posee personalidad jurídica, ella es calificada por la ley como un organismo desconcentrado con autonomía técnica, lo que en México significa que se trata de un organismo que posee ciertas facultades de decisión limitadas y que tiene una cierta autonomía financiera. Como tal, las facultades administrativas que la ley le otorga pueden ser ejercidas en cualquier momento por el organismo central del cual depende[60], en este caso, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Su situación es altamente cuestionable desde el punto de vista de la teoría jurídica de la regulación.

c) Nominación y destitución de los miembros de la autoridad

La nominación de los miembros de la autoridades es siempre realizada por un funcionario estatal: el Presidente de la republica, actuando sólo o con la venia del Poder Legislativo, a veces el Poder Judicial tiene un derecho de participación, tal como ocurre en Francia. En efecto, en la nominación de los miembros de la AMF intervienen distintas autoridades estatales (Consejo de Estado, Corte Suprema, por ejemplo) e incluso buena parte de los miembros forman parte

[57] *Non-governmental* significa en inglés, en principio, no incluido en los servicios del gobierno, y no necesariamente no estatal.
[58] Art. 2 del Decreto 4327 de 2005.
[59] Art. 1 del DL 3538 de 1980.
[60] Espinoza Barragán (1986), p. 141.

de la autoridad que los designa[61-62], así, el Consejo del Estado designa un representante de entre sus miembros. El presidente de la AMF es nombrado por un decreto del Presidente de la República[63]. El presidente de la comisión de sanciones es elegido por sus miembros entre los consejeros de Estado y los consejeros de la *Cour de cassation*. Se asegura, de esta forma, la diversidad y la representación de diversos sectores estatales, lo que debería constituir una garantía de independencia, a lo menos con respecto a los poderes estatales. En efecto, la independencia respecto de los operadores, o del medio regulado, no está asegurada, si se considera que 2/3 de los miembros de la comisión de sanciones son representantes de los mercados financieros.

En Inglaterra, los tres miembros ejecutivos son nombrados por el Ministro de Finanzas[64]. Los once miembros no ejecutivos son nombrados por el consejo. Su presidente es nombrado, entre los miembros, por el Ministro de Finanzas[65]. El Ministro de Finanzas es libre en la nominación de los miembros ejecutivos. El vicegobernador del Banco de Inglaterra es el único miembro *"ex oficio"*. Entre

[61] La composición del colegio se rige por el Art. L. 621-2, II del Code Monétaire y Financier, según el cual componen la autoridad: –Un consejero de Estado designado por el vicepresidente del Consejo de Estado; –Un asesor de la Corte Suprema designado por el primer Presidente del Tribunal de Casación; –Un miembro Senior del Tribunal de Cuentas, designado por el presidente del Tribunal de Cuentas; –Un representante del Banco de Francia, nombrado por el Gobernador; –El presidente del Consejo Nacional de la contabilidad; –Tres miembros designados en razón de su experiencia financiera y jurídica, así como de su experiencia en materia de ofertas públicas y de inversión en instrumentos financieros, por el Presidente del Senado, por el Presidente de la Asamblea Nacional y por el Presidente del Consejo Económico Social; – Seis miembros designados en razón de su experiencia financiera y jurídica, así como su experiencia en materia de ofertas públicas y de inversión en instrumentos financieros, por el Ministro de Economía con consulta a las organizaciones que representan a empresas emisoras, las sociedades de inversión, consejeros en inversiones, cámaras de compensación, administradores de los sistemas de liquidación de los depositarios centrales; –Un representante de los trabajadores accionistas nombrado por el Ministro de Economía, previa consulta a los sindicatos y asociaciones representativas.

[62] Los miembros de la comisión de sanciones son nombrados en conformidad con el artículo L. 621-2, IV del Code Monétaire y Financier: –Dos consejeros de Estado designados por el Vicepresidente del Consejo del Estado;

–Dos asesores de la Corte Suprema designados por el primer Presidente del Tribunal de Casación; –Seis miembros designados por el Ministro de Economía en razón de su experiencia financiera y jurídica, así como su experiencia en materia de ofertas públicas y de inversión en instrumentos financieros; –Dos representantes de los trabajadores de las empresas o instituciones que proporcionan servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, los operadores del mercado, las cámaras de compensación, los administradores de los sistemas de liquidación de las centrales depositarias, designado por el Ministro de Economía, previa consulta con los sindicatos representativos.

[63] Entre las funciones, del Presidente de la AMF se encuentran: – Representar a la Autoridad y actuar en su nombre ante cualquier jurisdicción (art. L 621-2 I-CMF). –Asegurar el respecto de las normas destinadas a evitar incompatibilidades (Art. L 621-4 I-CMF). –Nombrar al Secretario General de la Autoridad (Art. L 621-5-1 CMF). –Presidir las comisiones especiales del colegio (art. L 621-2 CMF-III). – Convocar al colegio y a las comisiones especializadas del colegio. –En caso de imposición de una prohibición o de suspensión de la actividad de un prestatario, désigna un prestatario de reemplazo (Art. 22, Décret N° 2003-1109 del 21 noviembre de 2003).

[64] Según las reglas aplicables a la función pública, luego de un anuncio de vacancia del cargo. Financial services and markets Act, Schedule 1. The Financial Service Authority. Part I General. Constitution y Non-executive members of the governing body.

[65] Financial services and markets Act, Schedule 1. The Financial Service Authority. Part I General. Constitution y Non-executive members of the governing body.

los miembros no ejecutivos, en mayo de 2010, seis miembros correspondían a dirigentes de grandes organismos financieros y los otros 5 provenían de instituciones diversas[66]. Puede constatarse aquí un equilibrio más acabado, con respecto a la situación francesa, que asegura algo más la independencia respecto del medio regulado. El ministro de finanzas posee también competencias para destituir los miembros de la FSA en caso de falta en el cumplimiento de sus funciones estatutarias.

Mucho más simple es la nominación de los miembros del regulador norteamericano: todos los miembros son nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado (se aplica el mismo tratamiento que un Ministro). El presidente de la autoridad es nombrado también por el Presidente de Estados Unidos, sin necesidad esta vez de aprobación del Senado. Esta situación no deja de sorprendernos. ¿Cómo es posible que la nominación de la autoridad (que sirve de modelo al planeta como autoridad independiente) dependa de aquellos respecto de los cuales ella se supone que es independiente? Aun más, el presidente puede, en cualquier momento, remover de su cargo al presidente de la SEC sin necesidad de justificar su decisión (de hecho, en caso de alternancia política a nivel del cargo de Presidente, generalmente se produce la dimisión del presidente del consejo). Sin embargo, la legislación norteamericana ha puesto en obra varios mecanismos destinados a asegurar la independencia de la autoridad respecto del Presidente de la República:

- Con el fin de que el Presidente de Estados Unidos no pueda renovar enteramente la comisión, 5 miembros del consejo son renovados todos los años, por otra parte el mandato de los miembros es de 5 años, uno más que aquel del Presidente.

- Un máximo de 3 comisarios (de un total de 5) pueden ser miembros del mismo partido político.

- La Corte Suprema ha estimado que los comisarios de las agencias independientes no pueden ser destituidos de sus funciones por el presidente si no en caso de falta.

La situación norteamericana nos sigue pareciendo cuestionable, a lo menos desde el punto de vista de la independencia respecto de los poderes políticos. El simple acuerdo entre el gobierno y el senado no es garantía suficiente, sobre todo cuando el Presidente cuenta con mayoría parlamentaria, este mecanismo, a nuestro parecer, no hace sino equilibrar la influencia de los dos poderes,

[66] Entre los cuales un funcionario de la Oficina del gabinete, un vicepresidente de una universidad, el presidente del Consejo Nacional de Consumidores, el presidente de un organismo del Servicio Nacional de la Salud.

pero la influencia política sigue presente. Hay que destacar también que basta con contar con tres comisarios para poder orientar las decisiones del consejo, por lo que el máximo de 3 funcionarios pertenecientes al mismo partido no parece muy útil.

En México la intervención del gobierno en la nominación de los miembros de la autoridad es, como en Colombia y Chile, muy fuerte. Los diez miembros de la CNBV son nombrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (5 miembros), por el Banco de México (3 miembros), y por las Comisiones Nacionales de Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro (1 miembro cada una). Su presidente es designado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público[67].

En Chile, el Superintendente es nombrado por el Presidente de la República, se trata de un cargo de exclusiva confianza de este último, en consecuencia el presidente puede destituirlo sin expresión de causa. La misma situación existe en Colombia, el Superintendente es nombrado y destituido por el Presidente de la República[68]. La independencia es controvertible.

En estricta relación con este tema se encuentra la duración del cargo de miembro de la autoridad. A este respecto existe una coincidencia en la duración de los mandatos de los presidentes de la AMF y de la FSA, ella es de cinco años renovables. La coincidencia no se extiende a la duración del cargo de los otros miembros de la autoridad, la cual es de 5 años tanto para los miembros de la comisión de sanciones[69] como del colegio[70], renovables una vez, mientras que el mandato de los miembros de la FSA es más breve, es de 3 años. En Estados Unidos la duración del mandato es uniforme para todos los miembros, ella es de 5 años y puede ser renovado. Si se nombra un comisario en reemplazo del anterior, aquel que lo remplaza va solamente a terminar el mandato de su predecesor. Los mandatos de las autoridades latinoamericanas terminan de *facto* con el mandato del presidente del poder ejecutivo, visto que el presidente posee la facultad de nombrarlos y destituirlos a discreción.

Dejando aparte los factores ya citados, que pueden ser mirados como un atentado a la independencia de los reguladores, hay factores aun más importantes que contribuyen a cuestionar esta independencia.

[67] Art. 14 de la Ley de la Comisión Bancaria y de Valores.
[68] No hay norma expresa en este sentido, sin embargo, este régimen se deduce de la Ley 489 de 1998.
[69] La Comisión de Sanciones es renovada, por mitades, cada 30 meses.
[70] Con excepción del representante de la Banque de France y del président del Conseil National de la Comptabilité.

2. Cuestionamiento de la independencia de los reguladores

Varios aspectos de la práctica e incluso de la legislación permiten cuestionar la realidad de la independencia de la autoridad, sin que ellos sean siempre justificables. Lamentablemente, cuando se trata de decidir si un determinado mecanismo de control es o no justificable, se realiza una elección más bien política que jurídica. Nosotros hemos realizado nuestra elección y el resultado es expuesto a continuación.

a) Los mecanismos justificables

Existen cuatro principales elementos que permiten cuestionar la independencia de los reguladores sin que ellos permitan afirmar que se trata de organismos dependientes.

1. La homologación: Es una suerte de autorización o visa que parece estar restringida a Francia. La AMF debe recibir la homologación de las reglas que dicta a través de un decreto del Ministro de Economía. El reglamento general de la AMF es así homologado, lo que según la doctrina se explica por la competencia de principio, que de acuerdo a la Constitución corresponde al Poder Ejecutivo.

La FSA[71] debe notificar las reglas que emite al Tesoro. En Chile no existe el procedimiento de la homologación, lo que podría explicarse por el hecho de que el poder reglamentario de los reguladores no está expresamente reconocido.

2. El control financiero: La gestión financiera y contable de la AMF está sometida a la *Cour de comptes* y tiene un contralor. En Chile, la ley especifica que la Superintendencia está sometida a la vigilancia de la Contraloría General de la República, restringida al examen de las entradas y gastos[72].

3. Otros medios de control: La AMF tiene que entregar un reporte anual al Presidente de la República y al Legislativo. La FSA parece estar aún más controlada: debe entregar anualmente un reporte al Ministerio de Finanzas, que transmite este informe al Parlamento. Un comité formado por los miembros no ejecutivos del consejo envía un informe respecto del ejercicio de las actividades de la FSA, poniendo acento en el respeto de los principios de eficiencia y de economía en la gestión. El ministro de finanzas puede someterla a controles de eficiencia (*value for money*) y efectuar investigaciones en caso de fallas serias en los sistemas de regulación.

[71] If the Authority makes any rules, it must give a copy to the Treasury without delay. (2) If the Authority alters or revokes any rules, it must give written notice to the Treasury without delay. (3) Notice of an alteration must include details of the altération. Financial services and markets Act, Part X Rules and Guidance, Chapter I Rule-making Powers, Procedural provisions.

[72] Art. 25 del DL 3538 1980.

4. La representación del gobierno: es un factor corrientemente analizado por la doctrina francesa al momento de examinar la independencia de una autoridad. El tema no se plantea al extranjero, lo que se explica por la composición y nominación de los miembros de la autoridad. En Estados Unidos, por ejemplo, no se necesita un representante del Poder Ejecutivo en el consejo de la SEC, lo que parece lógico teniendo en cuenta la intervención gubernamental en la nominación de los miembros. La afirmación es aplicable a los países latinoamericanos analizados y a la FSA.

Cabe destacar que esta representación puede justificarse si se considera que aunque el regulador sea independiente del gobierno, éste conserva la responsabilidad de la regulación. Todo dependerá de la forma como se conciba la responsabilidad del regulador[73].

En Francia, el gobierno está representado por un comisario de gobierno que participa en todas las instancias de la AMF, sin derecho a voto, y que es nombrado por el Ministro de Economía, Finanzas y Empleo. La evolución del régimen francés en cuanto al representante del gobierno ilustra bien las tensiones existentes en la regulación de los mercados financieros. Ello demuestra también que el diseño regulatorio no siempre va en el sentido que dicta la lógica de la regulación, más bien orientada hacia la independencia de los reguladores. En efecto, la presencia de un comisario del gobierno fue prevista en el seno del consejo de los mercados financieros (CMF) para ser luego suprimida de la composición de la COB[74]. La ley MAF reinstauró la representación gubernamental en la COB, cambiando la denominación del cargo, que pasó a llamarse "representante del ministerio de economía y de finanzas". Como ya lo hemos dicho, la representación en el seno de la AMF se mantuvo. Antes de la creación de la AMF un autor veía en esta representación una manifestación de la tutela del gobierno sobre la autoridad[75], otro se sorprendía del "refuerzo del Poder Ejecutivo en el seno de un órgano que goza de la calidad de autoridad administrativa independiente"[76]; se afirmó también que el representante del gobierno, con poderes para ser escuchado y para realizar proposiciones a la autoridad, poseía un verdadero poder de orientación[77] que "fragiliza la independencia mostrada por la comisión"[78]. Las criticas fueron en todo caso matizadas, ya que tratándose del CMF se estaba en presencia de una autoridad privada de orden profesional que gozaba de prerrogativas de poder público, lo que justificaba un control o intervención de parte del gobierno; en el caso de la COB la intervención del represen-

[73] Algunas nociones sobre este tema se encuentran en Villablanca Cerda (2010a).
[74] En virtud de la Ley 89-531 de 2 de agosto de 1989.
[75] Aidan (2001), p. 62.
[76] *Ídem.*
[77] Decoopman (1996).
[78] Thomasset-Pierre (2004), p. 433.

tante del Ministro estaba referida únicamente al poder reglamentario de la autoridad[79].

La doctrina no ha sido escuchada a este respecto, de esta forma la AMF no solamente cuenta con la representación del gobierno, sino que además se han extendido sus poderes, así, él puede asistir a las sesiones en que se toman decisiones individuales (ver *infra*) e incluso sanciones, en este último caso el comisario no puede asistir a la deliberación. El comisario puede solicitar una segunda deliberación, salvo en materia de sanciones.

Queremos destacar que en Colombia el Parlamento posee facultades importantes respecto al regulador de los mercados financieros: en conformidad con el artículo 135 N° 9 de la Constitución colombiana, cada miembro del Parlamento tiene la facultad de proponer la censura de los superintendentes por asuntos propios al cargo o por desconocimiento de las solicitudes o citaciones del Congreso. Por otra parte, según el artículo 150 de la Constitución colombiana, corresponde al Congreso la creación y supresión de las superintendencias. Es él quien determina la organización y los objetivos de las mismas. El principio del paralelismo es así aplicable a Colombia.

b) Los mecanismos cuestionables

Tanto la práctica como el contenido mismo de las legislaciones analizadas poseen ciertos aspectos que permiten cuestionar que los reguladores sean realmente independientes. Esto se explica ya sea por la necesidad de ejercer un control sobre las autoridades, control que se traduce en un límite a su independencia, mientras que en otros casos se trata simplemente de una decisión política, con el fin de impedir que la regulación de los mercados financieros escape al poder estatal. Veamos algunos ejemplos.

En Estados Unidos, el presidente de la SEC manifiesta una cierta tendencia a aplicar las reglamentaciones (*Executive orders*) adoptadas por el gobierno aun cuando su marco legal no lo exige. Esto se explicaría por el hecho de haber sido nombrado por el Presidente de la República, la crítica que hemos formulado *supra* encuentra en este hecho un sustento; por otra parte hay que recordar que el presupuesto de la SEC debe someterse a la *Office of Management of Budget* (*OMB*), que depende del Presidente. Existen también factores que limitan su independencia respecto del Congreso. Recordemos que los comisarios son nombrados con el acuerdo del Senado y que el Congreso controla el financiamiento de la SEC, ya que las sumas que cobra por las operaciones financieras pasan a las arcas fiscales, siendo el Congreso quien vota todos los

[79] Las intervenciones del commissaire du gouvernement no se extendían a las decisiones individuales, por lo tanto no alcanzaban ni a las sanciones ni a las visas, ni a las decisiones de investigación.

años su presupuesto. Esta dependencia explica el hecho de que la SEC sea bastante sensible a los deseos del Poder Legislativo a su vez influenciado por los *lobbies* y grupos de presión. Así, a fines de los años noventa y bajo la presión del Congreso, la SEC no impuso la contabilización de las *stock-options* en la contabilidad, medida que no contaba con el apoyo de mundo de los negocios ni de las multinacionales de la auditoría.

En Colombia y en Chile, aun cuando jurídicamente para asegurar una independencia no se consagran los mecanismos que se utilizan en los países más desarrollados, la doctrina desea y reclama esta independencia.

En Francia hay una disposición del *Code Monétaire et Financier* que es especialmente cuestionada por la doctrina y por los operadores de los mercados financieros. Se trata del artículo L. 621-7-2, según el cual: "En caso de carencia de la autoridad de los mercados financieros, no obstante una advertencia dada por el Ministerio de Economía, las medidas de urgencia necesarias serán tomadas por decreto". Un autor ve en esta norma una manifestación de la voluntad del legislador de reforzar la ligazón entre la autoridad y el Poder Ejecutivo, una posibilidad de injerencia directa reservada al gobierno que "contiene en germen una debilitación de la independencia de la autoridad (...)"[80]. Esta disposición, a la luz de las legislaciones latinoamericanas puede parecer un mínimo inocuo mientras que en Francia da lugar a críticas, como la citada. Esto demuestra la distancia que aún existe entre nuestras concepciones regulatorias.

La independencia, que, repetimos, visa principalmente los poderes políticos, y la profesionalización son así, en todos los países, ambiciones del medio regulado, y de los mismos reguladores, lo que genera principalmente una objeción: ¿cómo resolver el conflicto de intereses entre los miembros profesionales que componen la autoridad y los profesionales del sector regulado?

Conclusión: El conflicto de intereses subsiste

Las autoridades de la regulación normalmente están compuestas de personas que pertenecen al medio regulado: los profesionales. La autoridades gozan también normalmente de los poderes de dictar reglas, y de aplicarlas, gracias al poder de sanción. Estos dos hechos conjugados generan un conflicto de intereses a dos títulos:

- los miembros profesionales pueden tener la tendencia a beneficiar, en el
- ejercicio de sus poderes, a sus camaradas de profesión.

[80] Thomasset-Pierre, (2004), p. 434.

- los miembros profesionales pueden encontrarse en situación de competencia respecto de las personas sancionadas, por el hecho de pertenecer ambos a un mismo sector económico.

No se trata sólo de hipótesis, algunas decisiones de la Comisión de Sanciones francesa han sido anuladas por ausencia de imparcialidad, por ejemplo, porque uno de los miembros de la comisión mantenía una relación de negocios con el imputado, o porque tenían un litigio pendiente, o porque pertenecían a empresas en situación de competencia[81].

Para resolver este tipo de conflictos se ha previsto un procedimiento de recusación, el que sólo es aplicable al proceso de sanción. Esta situación revela una suerte de parcialidad estructural de los reguladores; varias soluciones son posibles, todas más o menos criticables: el poder de sanción podría transferirse a una jurisdicción común, podría prescindirse de los miembros profesionales en la Comisión de Sanciones, y reemplazarlos por juristas, más proclives, se ha sostenido, a respetar las garantías de un debido proceso; podrían tomarse otras medidas tendientes a reforzar las garantías de imparcialidad, prever sanciones fuertes en caso de desconocimiento de las normas del debido proceso.

A nuestro parecer el problema es mayor, ya que él subsiste a la base, en efecto, la recusación no es aplicable a los poderes de aprobación, autorización, ni al proceso de elaboración de normas. ¿Cómo asegurar que la toma de este tipo de decisiones se realice a favor del interés general y no del interés particular de los profesionales? Creemos que una forma de conciliar la presencia de profesionales y el interés general consiste en asumir que los reguladores tienen a cargo únicamente la protección del sector regulado y no la protección del interés general, el cual debe ser asegurado por el Estado, a través de mecanismos tales cómo la homologación de las normas y sobre todo a través de la elaboración de las normas mayores que deben estar siempre a cargo del Poder Legislativo. Ello no nos libera de nuestra misión de reflexionar acerca de otros mecanismos que puedan mejorar la arquitectura de los reguladores.

Bibliografía citada

Aïdan, Pierre, (2001), *Droit des marchés financiers. Réflexions sur les sources* (Paris, Banque éditeur), 342 pp.

Bonneau, Thierry y Drummond, France, (2005), *Droit des marchés financiers* (Paris, Editorial Economica), 847 pp.

[81] CE, 27 octobre 2006, *Parent c/AMF* ; CE, 12 mars 2007, *Société Europe Finance et Industrie* ; CE, 26 juillet 2007, *Société Global Gestion.*

Conac, Pierre Henry, (2006), "L'Autorité de régulation del marché financier américain : La Securities and Exchange Commission (SEC)", en *Annales de la régulation*, v. 1, Bibliothèque de l'institut André Tunc, Tome 9 (Paris, Editorial LGDJ), pp. 177-197.

Consorcio para la reforma del Estado, Un Estado de clase mundial.

Superintendencia de Valores y Seguros, Chile, *Comisión de valores y seguros,* Disponible en http://www.svs.cl/sitio/legislacion_normativa/doc/cvs_final.pdf [fecha de consulta, 22 de febrero de 2011].

Decoopman, Nicole, (1996), "La COB", en *La modernisation des activités financières,* Bonneau, Thierry, (edit.), (Paris, Editorial GLN Joly), N° 236.

Delion, André, (2006), "La Financial services authority britannique", en *Annales de la régulation,* v. 1, Bibliothèque de l'institut André Tunc, Tome 9 (Paris, LGDJ), pp. 219-226.

Espinoza Barragán, Manuel, (1986), "*Lineamientos de Derecho Público mexicano*", (Tijuana, Baja California, Cárdenas, Editor y Distribuidor).

Farjat, Gérard, (2001), "Les pouvoirs privés économiques", en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges Philippe Kahn,* (Paris, Litec), pp. 613-661.

García García, José Francisco, (2009), "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio, *Actualidad Jurídica*, N° 19 T. I, pp. 327-372

Le Bars, Benoit, (2009), "Réforme de l'appel public à l'épargne: entrée pragmatique del droit français dans l'ère de l'offre au public des titres financiers", *Recueil Dalloz*, N° 22, pp. 1500-1503.

Libertad y Desarrollo, (2009), "Superintendencias en tiempos de cambio", Temas públicos, N° 948, p. 1, Disponible en http://www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3757/deploy/TP948RedisenodeSUPER.pdf, [fecha de consulta 22 de febrero de 2011].

Martínez, María Salvador, (2002), *Autoridades independientes* (Barcelona, Editorial Ariel Derecho), 404 pp.

Pisier, Evelyne, (1988), "Vous avez dit indépendantes? Réflexions sur les AAI", *Pouvoirs*, N° 46, pp. 73-83.

Roussel, Florence, (2006), "L'Autorité des marchés financiers", en, *Annales de la régulation,* V. 1, Bibliothèque de l'institut André Tunc, Tome 9, (Paris, LGDJ), pp. 159-175.

Rumeau Maillot, Daoud, (2008), *Les Autorités de régulation dans le domaine des services financiers*, Thèse Lyon 3, 565 pp.

Thomasset-Pierre, Sylvie, (2004), "L'autorité des marchés financiers, une autorité publique ambivalente", *Mélanges AEDBF-France IV,* (Paris, Revue Banque editores), pp. 417-437.

Valette, Jean-Paul, (2005), "La régulation des marchés financiers", *RDP,* N° 1, pp. 183-210.

Verkuil, Paul, (1988), "The Purposes and Limits of Independent Agencies", *Duke Law Journal* N° 272.

Villablanca Cerda, Lusitania, (2010), "Los pilares del derecho, contrato y responsabilidad, como instrumentos de regulación", *Revista de derecho y ciencias penales,* N° 14, pp. 45-57.

Villablanca Cerda, Lusitania, (2010), "Derecho y regulación en Francia: derecho de la regulación", *Actualidad jurídica,* N°22, pp. 237-261.

Documentos electrónicos

http://frwebgate.access.gpo.gov/cgibin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:h4173enr.txt.pdf [Fecha de consulta: 17 de abril de 2011]

http://www.amf-france.org/affiche_page.asp?urldoc=amfrecrute.htm [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2010]

http://www.careersatfsa.com/Default.aspx [Fecha de consulta: 5 de febrero de 2011]

http://www.careersatfsa.com/about-the-fsa.aspx [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2011]

http://www.cnbv.gob.mx/noticia.asp?noticia_liga=no&com_id=0&sec_id=498&it_id=922 [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2010]

http://fr.jurispedia.org/index.php/Circulaire_(fr) [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2010]

Legislación utilizada

Francia

1. *Code des postes y des communications électroniques.*

2. Loi N° 2000-108 de modernisation y au développement del service public de l'électricité, 10 febrero de 2000.

3. Ordonnance N° 2009-80 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, JORF: 23 enero de 2009.

4. *Code monétaire et financier* (CMF).

5. Décret N° 2003-1109 relatif à l'autorité des marchés financiers, JORF: 23 de noviembre de 2003.

6. Décret N° 2003-1290 relatif aux montants et aux taux des taxes perçues par l'Autorité des marchés financiers, JORF, 30 de diciembre de 2003.

7. Règlement général de la AMF, homologado por el arrêté de 12 octubre 2004, JORF de 29 octubre de 2004, modificado en última instancia por el arrêté de 8 de diciembre de 2010, JORF de 11 de diciembre de 2010.

8. Loi N° 86-1067 Relative à la liberté de communication, JORF: 1 de octubre de 1986.

9. Loi de 1 de agosto de 2000 modifiant la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF: 2 de agosto de 2000.

Chile

1. DL 1.263 de administración financiera del estado, Diario oficial 28 de noviembre de 1975.

2. DL 3.538 de la Superintendencia de Valores y Seguros, Diario Oficial 23 de diciembre de 1980.

3. Ley 18.045 de Mercado de Valores, Diario Oficial de 22 de octubre de1981.

4. Ley 19.880 de bases de procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de administración del Estado, Diario oficial 29 de mayo de 2003.

5. Ley 20.190, introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales, Diario Oficial de 5 de junio de 2007.

Estados Unidos

1. Sarbanes-Oxley Act 2002, Pub. L. N°. 107-204, 116 Stat. 745, 30 de Julio de 2002.

2. Securities Exchange Act 1934.

3. Act. Pub. L. N° 107-123, 115 Stat. 2390 (2002).

4. Accoutant, Compliance, and Enforcement Staffing Act de 2003.

5. Securities Act 1933.

6. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. N° 111-203, de 21 de Julio de 2010.

Colombia

1. Estatuto orgánico del sistema financiero.

2. Ley 909 de 2004.

3. Decreto-ley 775 de 2005.

4. Decreto reglamentario 2929 de 2005.

5. Decreto N° 770 de 2005.

6. Decreto 2772 de 2005.

7. Decreto número 4327 de 2005.

Inglaterra

Financial Services and Markets Act 2000.

Policy Statement PS10/4.

México

1. Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de 1985.

2. Ley de Instituciones de Crédito, de 1990.

3. Ley de la CNBV, de 1995.

4. Resolución 400, de 1995.

5. Ley 489, de 1998.

6. Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, de 1999.

7. Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, de 2003.

8. Reglamento de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, de 2004.

9. Ley de Mercado de Valores, de 2005.

10. Ley 1358, de 2009.

Lo no mercantil en el derecho internacional privado

Sabine Corneloup[1]

Traducción: Carlos Hecker Padilla & Lusitania Villablanca Cerda[2]

Resumen: El fenómeno de la mercantilización afecta diversas esferas: comercialización de elementos del cuerpo humano, de bienes culturales, del cuerpo de la mujer en el caso de la maternidad subrogada, de la adopción de niños, etc. En el contexto de la mundialización de la economía, el fenómeno es esencialmente internacional. La cuestión que debe responderse es cómo un Estado puede imponer sus valores no mercantiles cuando ellos no son compartidos con otros Estados implicados en la situación jurídica. El derecho internacional privado ofrece ciertos instrumentos, sin embargo, su eficacia como medios de resistencia a la mercantilización es limitada. Por consiguiente, debemos buscar soluciones originales.

***

Introducción

El derecho internacional privado –como el derecho en general– mantiene una relación ambigua con la mercantilización. *A priori*, el derecho internacional privado se encuentra en una posición neutra frente a la mercantilización. Como "instrumento de gestión del pluralismo jurídico", según la expresión de Francescakis[3], el derecho internacional privado busca encontrar una solución equilibrada para aquellas cuestiones respecto de las cuales los derechos nacionales difieren, a veces, enormemente. Se trata, en suma, de investigar cómo comprender la incorporación de situaciones jurídicas internacionales, relativas

[1] *Sabine Corneloup*: Jurista francesa, Doctor en Derecho, Professeur en la Université de Bourgogne, Miembro del Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des investissements Internationaux (CREDIMI). Contacto: sabine.corneloup@u-bourgogne.fr

[2] *Carlos Hecker*: Abogado chileno, Magíster en Derecho de los mercados, de los negocios y de la economía, de la Université de Bourgogne, Doctor (c) en Derecho, Teaching Assistant en la misma casa de estudios. Contacto: cahecker@mac.com

Lusitania Villablanca: Abogada chilena, Magíster en Derecho de los mercados, de los negocios y de la economía, de la Université de Bourgogne, Doctora (c) en Derecho en la Université Paris-II Panthéon-Assas. Contacto: lusitania.villablanca@gmail.com

[3] V. Ph. FRANCESCAKIS, prefacio de la traducción francesa del manual de Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, París, Dalloz, p. XVI.

a valores considerados por ciertos Estados como no mercantiles. Desde esta perspectiva, resulta conveniente citar el artículo de Bruno Oppetit titulado "Droit du commerce international et valeurs non marchandes"[4]. El autor se preguntó si existen o no valores superiores a los intereses o a las necesidades del comercio internacional, cuya promoción y respeto estén asegurados por el ordenamiento jurídico. El estudio condujo al autor a identificar tres conjuntos de valores, respecto de los cuales se han construido ciertas barreras con el fin de evitar una extensión descontrolada del comercio internacional: la protección de los seres vivos y de las personas; la preservación de la ética y del interés general; el respeto del patrimonio cultural y natural. En conclusión, Oppetit estima que el derecho moderno tiende a instaurar una conciliación, más que una subordinación o una jerarquización, entre los intereses del comercio internacional y los intereses no económicos, entre los valores utilitaristas y los valores extrapatrimoniales.

Esta neutralidad y búsqueda de una conciliación, sin embargo, da cuenta sólo en forma imperfecta de las relaciones que el derecho internacional privado mantiene con la mercantilización. En efecto, es innegable que el derecho internacional privado es, en sí mismo, un vector de la mercantilización, y con mayor precisión, un vector de la mercantilización del derecho. Cada vez que el derecho internacional privado consagra el principio de la autonomía, permite a las partes elegir la ley aplicable o designar el tribunal competente en caso de litigio. ¿No se está de esta forma permitiendo al justiciable su propio "mercado del derecho", al permitírsele buscar la mejor legislación o la mejor jurisdicción? El análisis económico del derecho explica plenamente esta forma de analizar la regla de la autonomía[5]. Ella conduce a considerar el conflicto de ley como una elección de productos legislativos disponibles en un mercado competitivo. En todo caso, el principio de autonomía, inicialmente acotado a los contratos y a los regímenes matrimoniales, conoce hoy por hoy consagraciones cada vez más numerosas, en especial en materia de obligaciones no contractuales, de divorcio y sucesorales. El fenómeno adquiere entonces importancia[6].

Paralelamente, pero en forma opuesta, el derecho internacional privado constituye también un vector de resistencia contra la mercantilización, entendida esta vez como la mercantilización ya no del derecho, si no que de ciertos valores. En efecto, en un contexto de mundialización de la economía, la mercantilización debe entenderse como un fenómeno esencialmente internacional. Y, frente a este fenómeno internacional, el Estado reacciona necesariamente a través de su

[4] B. OPPETIT, "Droit du commerce international et valeurs non marchandes", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 309 y ss.

[5] V. especialmente H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", *Rec. cours La Haye*, 2004, tomo 307, pp. 25 y ss.

[6] En este sentido, v. L. RAVILLON, "Les techniques contractuelles", en E. LOQUIN & A. MARTIN, *Droit et Marchandisation*, Credimi, Dijon, Litec, 2010, pp. 169 y ss.

derecho internacional privado, al menos cada vez que se encuentran en juego relaciones de derecho privado. En realidad, nuestro tema plantea, bajo un título centrado en el derecho internacional privado, el problema más general de la resistencia del derecho estatal. El derecho internacional privado representa el mecanismo que permite a un Estado resistirse a la mercantilización en un contexto de mundialización.

Siguiendo este enfoque, trataremos nuestro tema desde la perspectiva de un Estado que desea defender su concepción no mercantil frente a una situación internacional. El derecho internacional privado se presenta entonces como una verdadera caja de herramientas en virtud de las cuales el Estado podrá encontrar el razonamiento que le permita imponer sus valores locales, en detrimento de concepciones divergentes de otro Estado.

La hipótesis de base de nuestro estudio es la relatividad de los valores no mercantiles[7]. Estos valores no son compartidos por el conjunto de las naciones, ni siquiera por todos los Estados miembros de la Unión Europea[8]. La noción de no mercantil es entonces eminentemente relativa. Podemos tomar como ejemplo la prohibición de la maternidad subrogada, que en el derecho francés es objeto de una prohibición general; mientras que en países como Estados Unidos, Reino Unido, Holanda o Grecia constituye una actividad lícita en la medida en que se realice dentro del marco fijado por el legislador. La generalización y la institucionalización del alquiler de vientres pueden ser consideradas como una mercantilización de la mujer[9]. Aun cuando el servicio que ella presta no siempre es remunerado en sentido estricto, da en principio derecho a indemnizaciones por gastos y por salarios no percibidos. La madre de alquiler pone a disposición su cuerpo, como si el embarazo fuese una prestación de servicios como cualquier otra. Frente a un fenómeno de mercantilización como este, que se inscribe hoy en día en un contexto de mundialización del turismo reproductivo,

[7] V. por ejemplo E. LOQUIN, "Les manifestations de l'illicite", en Ph. KAHN & C. KASSEDJIAN, *L'illicite dans le commerce international*, Credimi, Dijon, Litec, 1996, pp. 247 y ss.; L. GANNAGE, "Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen (Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman)", *RID comp.*, 2006, pp. 101 y ss.; del mismo autor, "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", *Travaux comité fr., DIP*, sesión de 14 de marzo de 2008, de próxima publicación.

[8] Incluso en el seno del ordenamiento jurídico francés la noción de valor no mercantil está sometida al relativismo. Ciertas cosas se encuentran fuera del mercado, sin tratarse de cosas que se encuentren fuera del comercio. Es por ejemplo, el caso de los elementos o productos del cuerpo humano que pueden ser objeto de actos a título gratuito: V. en este sentido G. LOISEAU "Les choses hors du commerce", *RTD civ.*, 2000, pp. 47 y ss. Otros, como por ejemplo los bienes de dominio público, pueden cambiar su estatus a través de un simple cambio de afectación. La autoridad pública puede, por medio de una decisión de desafectación, sacar un bien del dominio público para pasarlo al dominio privado, permitiendo así una eventual transferencia a su respecto.

[9] V. en este sentido, especialmente S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, París, Flammarion, 2009, para quien "l'utilisation du ventre féminin au service d'autrui ne peut échapper à la marchandisation. Ce ne sont pas les abus qui sont à craindre, c'est cet usage lui-même" (p. 126). El perfil de las madres de alquiler es a este respecto significativo, generalmente se trata de mujeres cesantes o de personas que se encuentran en graves dificultades financieras.

conviene preguntarse qué herramientas de defensa puede ofrecer el derecho internacional privado a un Estado como Francia.

La pregunta que surge entonces es de saber cómo un Estado puede imponer sus valores no mercantiles, cuando ellos no son compartidos por los otros Estados implicados en una situación jurídica dada.

El derecho internacional privado, visto como una caja de herramientas, ofrece diversos instrumentos que podrían ser utilizados. Las herramientas entonces existen, ¿pero son eficaces? Es lo que tendremos que verificar. En un primer tiempo, nos interrogaremos acerca de la aptitud de la regla de conflicto para defender valores no mercantiles. *A priori*, la regla de conflicto no ha sido concebida con dicho objetivo. Según la concepción savigniana, la regla de conflicto es políticamente neutra; designa indiferentemente la *lex fori* o una ley extranjera, en función de la localización de la relación jurídica. No tiene por finalidad llevar a cabo tal o cual interés estatal. Aun más, el problema ni siquiera se plantea en la concepción tradicional, puesto que Savigny parte del postulado de una comunidad de derecho entre los Estados que pertenecen a una misma cultura jurídica. Los Estados deberían entonces contar con a lo menos una comunidad en materia de ordenamientos públicos, lo que precisamente no ocurre frente a la mercantilización. En consecuencia, intentar imponer una concepción no mercantil a través de una regla de conflicto, significa atribuir a esta última una función defensora de intereses estatales, que tradicionalmente no debería tener. Sin embargo, ello no debería constituir un obstáculo en sí mismo, puesto que desde hace bastante tiempo el derecho internacional privado se ha alejado de la concepción savigniana; hoy en día se admite sin dificultad que la regla de conflicto pueda servir como un vector de los intereses estatales. Sin embargo, este cambio de perspectiva tiene consecuencias respecto de la formulación de la regla, pasando entonces a presentar rasgos materialistas o unilaterales. Planteada de esta forma, la cuestión sobre la aptitud de la regla de conflicto para defender valores no mercantiles, nos llevará a la conclusión que, en su forma clásica, bilateral y articulada según las grandes categorías de incorporación existentes, no se trata de la herramienta correcta a utilizar.

Es por ello que posteriormente dirigiremos nuestra mirada hacia los mecanismos supletivos o derogatorios del derecho internacional privado. Entre ellos, existen dos nociones, el orden público y lo que en Francia se conoce como *lois de police*[10], que permiten imponer el respeto de ciertas reglas imperativas. Pero ¿se encuentran estas dos herramientas mejor adaptadas para defender los valores no mercantiles? *A priori*, la respuesta debería ser afirmativa, puesto que su función es precisamente asegurar el respeto de ciertos valores fundamentales o de ciertas políticas nacionales consideradas como esenciales para

[10] Leyes de policía para efectos de esta traducción.

el Estado. No obstante ello, la posibilidad de recurrir a estos dos mecanismos se encuentra cada vez más regulada por el derecho comunitario; su capacidad de proveer una resistencia a la mercantilización se encuentra entonces seriamente debilitada. Por lo demás, la efectividad de estos dos mecanismos depende en gran medida de las reglas de conflicto de ley; en efecto, se trata de dos instrumentos que ante todo permiten imponer el respeto de valores de la nacionalidad del juez que conoce del asunto (*lex fori*). Todo depende entonces, en forma directa, de la competencia de un juez del Estado hostil a la mercantilización, y en forma indirecta, de la disponibilidad de un motivo de no reconocimiento de la sentencia extranjera.

Constataremos que si bien no existe una impotencia total, la capacidad de resistencia del Estado está limitada frente a la mercantilización, estudiando sucesivamente:

- lo no mercantil por aplicación de la regla de conflicto

y

- lo no mercantil por derogación de la regla de conflicto.

I. Lo no mercantil por aplicación de la regla de conflicto

Para comenzar, un ejemplo nos permitirá situar de mejor manera la cuestión que nos proponemos examinar. Tomemos el célebre caso de las glándulas hipófisis de origen humano, que dio lugar a la sentencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de 1989[11]. Luego de varios decesos ocurridos en Hungría, se procedió a la extracción de las glándulas hipófisis de los cadáveres, con el fin de elaborar y distribuir una hormona del crecimiento. La extracción y la transferencia de las glándulas en estado bruto fueron realizadas en Hungría, sin contrapartida financiera para los herederos, en conformidad con la ley húngara. Con posterioridad, las glándulas fueron transferidas por una sociedad húngara a una sociedad suiza; contrato sometido a la ley suiza que estipulaba una contraprestación financiera. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho húngaro, dicho contrato era ilícito, por haber sido celebrado a título oneroso[12].

[11] Sentencia CCI N° 5617, *Journal du droit international*, 1994, pp. 1041 y ss., nota de D.H. Y de manera más general, sobre la bioética en el derecho internacional privado, C. LABRUSSE-RIOU, "Bioéthique et droit international privé: objectifs et méthodes en questions", *Travaux comité fr. DIP*, 2000-2002, pp. 47 y ss. El autor constata una "relativa impotencia del derecho internacional privado para hacerse cargo de los problemas específicos de la bioética", y ello a causa de tres factores: el escaso número de casos tratados por los conflictos de leyes, el predominio de las leyes de policía y la posibilidad de fuga en nombre de las libertades protegidas por el derecho europeo o internacional.

[12] El carácter ilícito a la luz del derecho húngaro se encontraba en todo caso discutido, por cuanto distintas autoridades húngaras habían dado su consentimiento para el suministro de las glándulas.

De acuerdo a la perspectiva que decidimos adoptar en el presente estudio, realizaremos el análisis desde el punto de vista del Estado húngaro, para preguntarnos si la regla de conflicto de leyes nos permite imponer su concepción no mercantil de la extracción, lo que conduciría a la ilicitud del contrato celebrado. Conviene entonces determinar cuál es la ley aplicable al asunto. Para hacerlo, debemos resolver un problema de calificación; ¿cuál será el criterio a utilizar para clasificar la problemática jurídica planteada por el presente caso[13]? Podríamos dudar entre tres soluciones: el estatuto personal, pues se trata de una extracción de un elemento perteneciente al cuerpo humano; el estatuto real , ya que el contrato consiste en la transferencia de un producto ya extraído; el estatuto contractual, puesto que la cuestión versa sobre la licitud de un contrato de suministro.

Más allá de este ejemplo, podemos constatar que la duda oscila generalmente entre la calificación jurídica por una parte, y una calificación centrada en el objeto del contrato por otra. El objeto del contrato puede ser una cosa que se encuentre fuera del comercio, como por ejemplo los elementos y productos del cuerpo humano o los recuerdos de familia. La calificación desde el punto de vista del estatuto real resulta entonces factible. El objeto de un contrato puede también ser una persona, o con mayor precisión, una prestación que implique su cuerpo, como la maternidad subrogada, situación que puede militar en pos del estatuto personal. Muy cercano a este ejemplo, se encuentran aquellas prestaciones contractuales estrechamente ligadas a la persona, como la adopción internacional, donde muchas veces podremos enfrentarnos a un verdadero mercado de niños. Veremos que no existe una vía única que pueda convenir a todas las manifestaciones de mercantilización. Ya que no podemos pretender realizar un análisis exhaustivo, utilizaremos ejemplos para mostrar cómo distintas soluciones pueden servir para los diversos casos de mercantilización. Como casi siempre la situación litigiosa implica un contrato, estimamos conveniente proceder, en un primer momento, al análisis de la problemática jurídica desde el punto de vista de los actos jurídicos, antes de examinar las otras calificaciones posibles fundadas en el objeto del contrato.

A. Problemática fundada en el contrato

En el ejemplo de la extracción de las glándulas hipófisis, la calificación trata la cuestión de la licitud de un contrato de suministro celebrado a título oneroso. En

[13] V. en relación al tema de la calificación, especialmente A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", *Rec. cours La Haye*, 2003, tomo 303, pp. 149 y ss.; C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Credimi, Dijon, Litec, 2006, pp. 223 y ss.; I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN, "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en I. MOINE-DUPUIS, *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Credimi, Dijon, Litec, 2007, pp. 441 y ss., en especial pp. 446 y ss.

derecho interno francés, la licitud tendría que analizarse, a falta de un régimen específico, según las reglas del derecho de las obligaciones. Se trata de una cuestión sobre la licitud del objeto y de la causa (art. 1128 y 1131 del Código Civil francés, en adelante CC), es decir, una cuestión de conformidad al orden público y a las buenas costumbres (art. 6 CC). La sanción es la nulidad del contrato. Disposiciones comparables existen en otras legislaciones nacionales. Si tomamos como ejemplo el derecho alemán, un contrato es nulo, en caso de violación de la ley (§ 134 del Código Civil alemán, en adelante BGB) o en caso de violación de la moral (§ 138 BGB), lo que incluye la prohibición de vender cosas que no están en el comercio. En estas condiciones, el análisis de la problemática basado en la categoría de los actos jurídicos, parece pertinente. De esto resulta que las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato. A falta de elección, el contrato será regido por la ley de la residencia habitual del proveedor[14]. En el caso de las glándulas, el contrato contenía la elección de la ley suiza y los árbitros decidieron, por consiguiente, apreciar su licitud o ilicitud según el derecho suizo[15]. En consecuencia, en virtud de una calificación contractual, llegamos a que las partes pueden eludir una legislación imperativa gracias a la simple elección de una ley extranjera. A falta de elección, la solución permite exclusivamente al Estado de la residencia habitual del deudor de la prestación característica, imponer sus valores no mercantiles. Esto significa que, en el marco de los contratos relativos a productos, el Estado de la residencia del comprador, que generalmente será también el Estado importador y donde la cosa se encuentra actualmente, carece de dicha facultad. En los contratos de prestación de servicios, la solución puede incitar a los residentes de países con legislaciones restrictivas, a desplazarse al extranjero con el fin de poder contratar prestaciones que de otro modo serían ilícitas en su propio país. Este fenómeno se encuentra ya generalizado, tal como lo demuestra el ejemplo del turismo procreativo. La solución actual fundada en una calificación contractual resulta entonces inadecuada para ser utilizada como vector de resistencia a la mercantilización.

Antes de proseguir, estimamos pertinente aportar, por una parte, una precisión al razonamiento antes expuesto, y explorar, por otra parte, algunas pistas sobre la forma como el derecho podría evolucionar en el porvenir.

1. Ley aplicable al contrato y ley aplicable a la actividad

Precisemos en primer lugar nuestro razonamiento. Debe distinguirse entre, por una parte, la actividad del suministrador y por otra, los contratos concluidos

[14] El fundamento de la solución depende de la calificación precisa del contrato. Si lo vemos como la venta de bienes corporales muebles, aplicaremos el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955. En caso contrario, el contrato será regido por el reglamento N° 593/2008 Roma I, de 17 de junio de 2008.

[15] Con mayor precisión, se interrogaron en un primer momento sobre la licitud de la operación según el punto de vista de la ley húngara, pero continuaron con su razonamiento "a pesar de que pudiera admitirse que el suministro de glándulas podría haber sido contrario al derecho húngaro".

por el suministrador en el ejercicio de su actividad. La actividad, como consecuencia de la presencia de valores no mercantiles, es objeto de una legislación precisa que, por ejemplo, fija las condiciones para practicar la extracción de algún órgano del cuerpo humano. Esas leyes se asemejan a las normas de derecho público, revistiendo incluso sanciones penales. El suministrador debe necesariamente respetar el conjunto de exigencias impuestas por la ley del lugar de su establecimiento[16]. Con el fin de evitar que tal legislación pueda ser eludida en un contexto de mundialización, se le debe asegurar un cierto campo de aplicación internacional. Esta problemática es bien conocida en el derecho comunitario. Desde el punto de vista metodológico, la directiva N° 2007/65 de 11 de diciembre de 2007 relativa a las actividades de radiodifusión televisiva, ofrece a este respecto un modelo muy interesante que podría sin lugar a dudas ser aplicado en otras hipótesis de defensa de valores no mercantiles. La directiva establece, en el fondo, una coordinación entre los Estados miembros, fijando las reglas mínimas que los Estados deben respetar, siendo en todo caso libres de imponer regímenes más estrictos. Esta armonización de reglas materiales se encuentra complementada por una regla de conflicto que prevé, bajo una formulación unilateral, la aplicación de la ley del país de origen del prestador de los servicios. La definición del lugar de implantación se encuentra formulada de tal manera que multiplica las posibilidades de establecimiento sobre el territorio de un Estado miembro[17]. El objetivo es doble: por una parte, evitar incentivar que los proveedores europeos migren hacia países externos a la Unión que no respeten los estrictos estándares europeos, y por otra, impedir a los proveedores no europeos el beneficio de la libre circulación en el seno del mercado interior. En todo caso, y en la medida en que una armonización total no sea alcanzada, subsiste el riesgo de deslocalización de las actividades internas de la Unión hacia Estados miembros con legislaciones más permisivas. Con el fin de evitar dichas maniobras, el texto establece un sistema de cooperación entre las autoridades administrativas de los Estados miembros en cuestión. Se ha demostrado que en ciertas condiciones la regla de conflicto puede aparecer como un medio de protección de la excepción cultural europea frente a los países externos a la Unión[18].

[16] Y debemos ir aún más lejos en lo tocante a las extracciones de órganos. ¿El respeto de la ley del lugar de establecimiento del prestador de servicios no debe acaso combinarse con el respeto de la ley nacional de la persona a quien se le realizó la extracción? V. en este sentido, en especial A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", Rec. Cours La Haye, 2003, tomo 303, pp. 223 y ss.; una visión matizada en C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Travaux du Credimi, vol. 26, Paris, Litec, 2006, N° 261 y ss. En efecto, como se trata de una cuestión relativa a la integridad corporal, para nosotros una aplicación acumulativa de la ley nacional y de la ley local es necesaria (*v. infra*).

[17] El país de origen es en principio el país de implantación del proveedor, sin embargo, cuando éste se encuentra implantado fuera de la Unión Europea, se considera que el país de origen es igualmente un Estado miembro, cuando no usando un enlace ascendente con un satélite situado en un Estado miembro, utiliza una capacidad de satélite perteneciente a dicho Estado miembro: art. 2 §4.

[18] V. T. AZZI, "La culture", en *Conflits de lois et régulations économique*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 209 y ss.

La cuestión de la ley aplicable a la actividad de un prestador de servicios debe ser claramente distinguida de aquella relativa a la ley aplicable a los contratos celebrados por el prestador de servicios en el ejercicio de su actividad. Se trata de un problema totalmente diferente, que puede ser objeto de una incorporación autónoma. Al analizar esta situación, debemos preguntarnos si la validez del contrato podrá verse afectada por una eventual ilicitud de la actividad inicial. En otras palabras, ¿la ilicitud originaria puede repercutir en la operación subsecuente? No podemos afirmar con certeza que así sea. La respuesta será ciertamente diferente en función del juez llamado a resolver el conflicto. Supongamos que la actividad, por ejemplo la extracción de un órgano, es ilícita por cuanto ha sido realizada en contravención a la ley del lugar de implantación del prestador del servicio; pero que a la luz de la ley del contrato, la operación es lícita. Teóricamente, sería posible recurrir al método que permite la consideración de la ley extranjera. El juez tendrá que reflexionar acerca de la validez del contrato, a la luz de las reglas impuestas por la *lex contractus*, tales como la exigencia de una causa lícita o de un objeto que esté en el comercio. Sin embargo, para poder apreciar la licitud de la causa o del objeto del contrato, es obviamente posible tomar en consideración la interdicción impuesta por la ley del lugar de implantación del prestador de servicios. Tal consideración de la ley extranjera puede entonces, al menos teóricamente, justificar la anulación del contrato, sin renunciar a la aplicación de la ley del contrato. Sin embargo, en la práctica, dicha anulación es muy poco probable si el litigio se lleva a cabo ante un juez del Estado de la *lex contractus*. En efecto, este juez podrá contentarse con la simple constatación que a la luz de la ley aplicable, el contrato es válido. Este ejemplo muestra que la eficacia de las herramientas de resistencia a la mercantilización que puede ofrecer el derecho internacional privado depende fundamentalmente de la identidad del juez llamado a resolver el conflicto. Volveremos sobre este punto en la segunda parte de nuestro estudio.

2. Perspectivas de evolución

¿Qué pista podría explorarse para hacer evolucionar nuestro derecho, manteniéndonos siempre en el marco de una calificación contractual? Una calificación en la categoría de los actos jurídicos no es necesariamente contradictoria con la voluntad de imponer un cierto resultado. El derecho del consumo y el derecho laboral nos entregan a este respecto elementos de comparación interesantes (arts. 6 y 8 del reglamento N° 593/2008 Roma I de 17 de junio de 2008). Si seguimos con nuestro ejemplo de los órganos y productos del cuerpo humano, nos encontramos frente a una legislación en derecho interno que prevalece sobre el derecho común de las obligaciones, en razón de la particular naturaleza de dichas convenciones. Ellas obedecen a reglas originales, tanto en lo tocante a la formación como a los efectos del contrato[19], situación análoga a lo que

[19] V. para mayor precisión, por ejemplo F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, París, Dalloz, 2005, N° 275.

ocurre en materia de derecho del consumo y de derecho laboral. El derecho internacional privado, por su parte, no renuncia a tratar estos últimos bajo el prisma de la ley aplicable al contrato. En estos casos, la regla de conflicto es simplemente retocada, para que en estos tipos de contratos, se limite la autonomía de las partes[20] y se asegure que, en caso de ausencia de elección, el criterio de vinculación sea acorde a la naturaleza especial de estos contratos. Una solución similar podría por ejemplo imaginarse en materia de órganos y productos del cuerpo humano[21]. Una distinción es sin duda necesaria entre, por una parte, los contratos que organizan el acceso a los órganos y productos del cuerpo humano, es decir, los contratos que tienen por objeto la extracción y la donación; y por otra parte, los contratos de comercialización y explotación de los productos obtenidos en su virtud[22]. En efecto, pertenecen principalmente al primer tipo los contratos regidos por legislaciones imperativas y que requieren por consiguiente una regla de conflicto especial; mientras que los del segundo tipo, en la medida en que generalmente se adoptan formas complejas, presentan dificultades en cuanto a la identificación de la prestación característica.

Pero, evidentemente, una solución como la que acabamos de proponer sólo podría ser eficaz en caso de encontrarse consagrada en un instrumento multilateral, una convención internacional o un reglamento comunitario. En caso de haber sido consagrada sólo por un Estado, el juego de las reglas de conflicto de jurisdicción hará que su aplicación sea, por supuesto, aleatoria. Por lo demás, para que esta pista pueda tener éxito, es necesario que los Estados logren ponerse de acuerdo acerca de la redacción de una regla de conflicto común. Sin embargo, en aquellas materias donde las concepciones materiales son diametralmente opuestas, tampoco se logrará consenso en materia de reglas de conflicto. Sólo una armonización material, y hacemos referencia en especial al caso de la Unión Europea, será capaz de crear una base mínima en común que permita elaborar una regla de conflicto hegemónica. Políticamente, dicha armonización será por supuesto difícil de conseguir, sin embargo, se trata de la *conditio sine qua non* de una resistencia eficaz a la mercantilización. Llegaríamos así a una armonización de ciertos principios básicos, con una regla de conflicto común, que debe ser formulada para cada problema específico, en función de sus particularidades.

Esta solución plantea el problema de la supuesta neutralidad de la regla de conflicto de leyes. Sin embargo, hace ya bastante tiempo que el creciente in-

[20] En derecho común de los contratos, la elección de una ley por las partes es posible, ya que las reglas son consideradas tradicionalmente como neutras. Sin embargo, en materia de derecho del consumo o de derecho laboral, numerosas son las disposiciones imperativas con miras a asegurar la protección de la parte más débil, lo que conduce a una limitación de la autonomía de la voluntad.

[21] Sin embargo, esta solución no puede ser utilizada para aquellos contratos totalmente ilícitos, como por ejemplo, los vientres de alquiler.

[22] En relación a los contratos relativos a recursos biológicos, v. F. BELLIVER, Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, París, LGDJ, 2006.

tervencionismo estatal ha ido acompañado, en derecho internacional privado, de reglas de conflicto que protegen ciertos intereses de Estados en particular. Como lo señaló Andreas Bucher, el derecho privado constituye un factor de regulación de la vida social y económica, y por ello dicha finalidad debe ser tenida en cuenta por el derecho internacional privado[23]. Los análisis económicos del derecho confirman este enfoque, cuestionando la visión tradicionalmente neutra de la regla de conflicto. La determinación de la ley aplicable no es algo económicamente indiferente; ya que existen varios aspectos económicos subyacentes; generalmente de derecho público. *De lege ferenda*, la solución podría entonces residir en la elaboración de una regla de conflicto especial para ciertos contratos relativos a valores no mercantiles.

Otra posibilidad podría provenir de la nueva concepción del principio de autonomía, surgida del análisis económico del derecho[24]. No es un análisis que privilegiemos, sin embargo amerita ser evocado brevemente. En el modelo americano de federalismo económico, la facultad de elección de la ley aplicable se considera como una ventaja comparativa otorgada por el Estado a las empresas transnacionales, con el fin de convencerlas de mantener sus lazos económicos con el territorio de la *lex fori*. El conjunto del derecho de los contratos del territorio de la *lex fori* (reglas imperativas y supletivas) se estima como una ventaja dada en compensación de un nexo económico con el foro. Este análisis conduce a reintroducir, paradojalmente, una exigencia de conexión que condiciona la aplicación del derecho de los contratos del foro. En la oposición histórica entre una concepción subjetivista y una concepción objetivista de la ley aplicable al contrato, quienes apoyan la segunda concepción pueden encontrar, en el análisis económico del derecho, nuevos argumentos en su favor. En esta perspectiva, las partes no podrían obviar una legislación imperativa de sus países de origen, por medio de la elección de una ley extranjera permisiva, con la cual no posean lazos económicos. Una reflexión importante radica en determinar la naturaleza exacta de los lazos que deben existir.

B. Calificación fundada en el objeto del contrato

En lugar de analizar el problema jurídico en la perspectiva de los actos jurídicos, podemos igualmente buscar una calificación que se funde en el objeto del contrato. Resulta conveniente entonces distinguir entre los contratos que tienen por objeto una cosa y los contratos relativos a prestaciones de servicios. En cuanto a los contratos que tienen por objeto una cosa considerada incomerciable por un Estado, podría plantearse una análisis de la cuestión en base

[23] A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *Rec. cours La Haye*, tomo 239, pp. 9 y ss., en especial p. 71. V. también S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Rec. cours La Haye*, 2007, tomo 328, pp. 175 y ss.
[24] V. especialmente H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", *Rec. cours La Haye*, 2004, tomo 307, pp. 25 y ss.

al estatuto real. Se ha dicho convincentemente que la comerciabilidad o no comerciabilidad de una cosa no es otra cosa que la disponibilidad jurídica a la luz del artículo 544 CC, y que se trata de una cuestión anterior a la formación del contrato[25]. Se trata de una cualidad inherente a ciertos bienes que depende del estatuto real. La solución conduce a la aplicación de la ley del lugar en que el bien está situado.

Ahora bien, tratándose de bienes que circulan de un Estado a otro, se plantea inevitablemente un problema de conflicto móvil. ¿Conviene aplicar la ley del lugar en que el bien está situado actualmente o del lugar en que dicho bien estaba situado al momento de la constitución del derecho?[26] Cualquiera que sea la solución adoptada, resulta que la vinculación basada en el estatuto real no garantiza al Estado el hecho de poder oponerse a una mercantilización aceptada en el extranjero. Podemos por una parte privilegiar al Estado de origen del bien, pero en dicho caso se privaría al Estado en que el bien está situado actualmente de la posibilidad de oponerse a la circulación de un bien considerado por él como incomerciable[27]; o bien, podemos privilegiar al Estado en que se sitúa el bien, pero en dicho caso se corre el riesgo de fomentar los desplazamientos con miras a sacar un bien de la categoría de incomerciable consagrada por el Estado de origen. Por lo demás, la aplicación de la *lex rei sitæ* no es suficiente a la hora de elaborar las consecuencias de la ilicitud en el campo de la validez del contrato[28]. Tendríamos así la aplicación simultánea de la *lex rei sitæ* y de la *lex contractus*.

Cuando se está en presencia de un contrato de prestación de servicios, la calificación real no es posible. Podemos tomar como ejemplo los vientres de alquiler. Tal como lo señalamos *supra*, la actividad del prestador de los servicios, la madre de alquiler en nuestro caso, debe ajustarse a la ley del lugar de su implantación. Depende entonces del régimen territorial de las técnicas de reproducción asistida, que se asemeja a una legislación de derecho público. En cuanto al contrato, dos soluciones pueden vislumbrarse en términos de

[25] V. en derecho interno francés, F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'artcile 1128 du Code civil*, París, LGDJ, 2002, N° 99 ; en derecho internacional, J. P. NIBOYET, "La théorie de l'autonomie de la volonté", *Rec. cours La Haye*, 1927, tomo 16, pp. 28 y ss.; A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", *Rec. cours La Haye*, 2003, tomo 303, pp. 209 y ss.; E. LOQUIN, "Les manifestations de l'illicite", en *L'illicite dans le commerce international*, bajo la dirección de Ph. KAHN y C. KESSEDJIAN, Travaux du Credimi, vol. 16, Dijon, Litec, 1996, pp. 247 y ss.; I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN, "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, bajo la dirección de I. MOINE-DUPUIS, Travaux du Credimi, vol. 28, Dijon, Litec, 2007, pp. 411 y ss., en especial pp. 446 y ss.

[26] Se considera, en principio, que la existencia de un derecho depende de la ley del lugar en que el bien estaba situado al momento de su constitución, y que el contenido de dicho derecho debe analizarse a la luz de la ley en que el bien se encuentra situado en la actualidad.

[27] Salvo el caso de la aplicación de su ley como ley de policía. *V. infra*.

[28] V. I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, bajo la dirección de I. MOINE-DUPUIS, Travaux du Credimi, vol. 28, Dijon, Litec, 2007, en especial pp. 450 y ss.

calificación, a la luz de los criterios de vinculación existentes. Por una parte, el contrato de madre de alquiler podría encontrarse exclusivamente sometido a la ley del contrato, con todos los inconvenientes que ello podría conllevar. Por otra parte, podría encontrarse simultáneamente sometido a ley personal de ambas mujeres implicadas y a la ley del contrato. En efecto, esta práctica toca tan de cerca la integridad del cuerpo humano que un nexo con el estatuto personal nos parece perfectamente justificado. En derecho interno, los principios de la inalienabilidad del cuerpo humano y del estado de las personas constituyen, en cierta medida, la contrapartida de la no comerciabilidad de una cosa. Por analogía, defenderemos entonces una calificación inmersa en el estatuto personal, lo que conduce a privilegiar la segunda solución evocada, es decir, aquella que exige una combinación entre las leyes personales y la *lex contractus*[29]. Así, si una pareja francesa concluye un contrato con una madre de alquiler californiana, la solución consistiría en aplicar no sólo la ley del contrato, que es evidentemente la ley del Estado de California, sino que también la ley nacional de los interesados. La aplicación simultánea conduce de este modo a la prohibición de la conclusión de un contrato de maternidad subrogada cuando la ley nacional de la mujer (o de la pareja) interesada es prohibitiva a este respecto. Y podemos ir aún más lejos: sería deseable que todo legislador que decida admitir la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada limite el campo de aplicación de su legislación exclusivamente a sus nacionales, con el fin de evitar lo que podríamos llamar el turismo reproductivo. Es de hecho la solución adoptada por el derecho holandés, donde sólo las mujeres de nacionalidad holandesa, tanto la que recurre a los servicios como la que los presta, se encuentran autorizadas para recurrir a esta práctica. Ello evita las ulteriores dificultades que podrían surgir al momento de establecer la filiación del hijo respecto de la madre que solicitó los servicios. Por supuesto que uno podría objetar esta aplicación simultánea, pues en derecho intracomunitario podría ser considerada como un obstáculo a la libre prestación de servicios[30]. ¿No es eso una discriminación fundada en la nacionalidad, situación condenada por el derecho comunitario? Es una cuestión que seguirá siendo de actualidad en los años venideros, debido a que ciertos Estados europeos autorizan hoy en día la maternidad subrogada. Y al analizar la definición comunitaria de las nociones de mercadería[31] y de servicio[32], po-

[29] En materia de estatuto personal, el problema del conflicto móvil no se presenta con la misma complejidad que en materia de estatuto real .

[30] V. en especial el caso *Blood*, en el cual una viuda británica fue autorizada por el juez inglés a recurrir a una inseminación *post mortem* en Bélgica, en condiciones prohibidas por el derecho inglés, bajo el fundamento de la libre prestación de servicios: Court of Appeal, 6 de febrero de 1997, *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, ex part Blood (1997), 2 All ER 687, C.A.: J. S. BERGE, "Le droit communautaires dévoyé. Le cas Blood", JCP 2000,I,206.

[31] V. CJCE, 10 de diciembre de 1968, *Commission c. Italia*, caso 7/68. Por mercaderías, deben entenderse los productos susceptibles de ser apreciados en dinero y de ser el objeto de transacciones comerciales.

[32] V. CJCE, 11 de abril de 2000, *Christelle Deliège*, caso 51/96. Constituye una actividad económica que se beneficia de la libre prestación de servicios toda actividad profesional o semiprofesional, que consista en una prestación de servicios remunerados y que constituya una actividad real y efectiva, y no puramente marginal o accesoria.

demos darnos cuenta que el derecho comunitario puede transformarse en un verdadero obstáculo para aquel Estado miembro que desee proteger sus valores no mercantiles. Es una constatación que podremos confirmar en numerosas ocasiones en la segunda parte de nuestro estudio.

En relación a los vientres de alquiler, debe agregarse que en la práctica es bastante raro que un juez francés sea directamente llamado a resolver sobre la licitud del contrato. La actividad se desarrolla en principio en forma exclusiva en el extranjero, por lo que el problema no se plantea en Francia sino hasta el momento de la inscripción del nacimiento ante el Registro Civil francés o al momento de una solicitud de adopción[33]. El juez se preguntará si, desde el punto de vista francés, puede establecerse la filiación respecto de la madre que solicitó los servicios, sin interesarle la licitud inicial del contrato[34]. En materia de filiación, el artículo 311-14 del CC designa la ley nacional de la madre. En la medida que el derecho francés considera que la madre es la mujer que dio a luz al menor, la ley nacional de la madre de alquiler debe aplicarse. Sin embargo, imaginemos que según esta ley, la madre legal es aquella que contrató el servicio[35]. Desde el punto de vista francés, el solo recurso a la excepción de orden público permitiría la oposición a dicha situación llevada a cabo en el extranjero (v. *infra*). Otra interpretación del artículo 311-14 ha sido propuesta, según la cual, la norma existe para la hipótesis de indeterminación de la madre, lo que conduce a la aplicación de la ley nacional del menor[36]. Si la filiación paterna no es discutible, el hijo puede así tener doble nacionalidad. La nacionalidad francesa es entonces tomada en consideración sólo por las autoridades francesas. En estas condiciones, la regla de conflicto permite al Estado defender sus valores no mercantiles, rechazando la posibilidad de reconocer una situación

[33] Generalmente ni siquiera se trata de un problema sobre la determinación de la ley aplicable, sino más bien del reconocimiento de una sentencia judicial o de un acto administrativo extranjero. V. a este respecto París, 25 de octubre de 2007, *Journal du droit international*, 2008, p. 145, nota G. CUNIBERTI; *Gaz. Pal.* 27-29, enero de 2008, nota G. de GEOUFFRE de la PRADELLE. El método no es el mismo. V. *infra*.

[34] V. por ejemplo, París, 15 de junio de 1990, *Journal du droit international*, 1990, pp. 982 y ss., nota H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 711 y ss, nota C. LABRUSSE-RIOU. La corte se desentendió del contrato inicial, para interrogarse exclusivamente acerca de la ley aplicable a la filiación. V. en todo caso, Rennes, 4 de julio de 2002: en relación a una operación de maternidad subrogada realizada en California, los jueces estimaron que "la nullité du contrat de mère porteuse n'est pas discutée au regard des articles 16-7 et 16-9 du Code civil tels qu'ils résultent de la loi du 29 juillet 1994 qui disposent que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public". La nulidad del contrato fue entonces pronunciada fundándose exclusivamente en el derecho francés, sin motivar el razonamiento: ¿excepción de orden público internacional?, ¿ley de policía?, ¿ley nacional de los padres adoptivos?

[35] A menos que la madre de alquiler no tenga la nacionalidad del país en que reside.

[36] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tomo 2, París, PUF, 2007, N° 779. El texto está principalmente destinado a la hipótesis en que "la madre es desconocida". En materia de maternidad subrogada, no nos encontramos frente a un problema de desconocimiento de la identidad de la madre, sino que frente a una situación de duda entre dos madres posibles, en especial cuando la mujer que solicitó los servicios es a la vez la madre genética. La vinculación a la ley personal de la madre no resulta posible en estas condiciones.

adquirida en el extranjero vulnerando su legislación interna. Sin embargo, en cuanto a la suerte del menor, nada es seguro. Volveremos sobre este punto en la segunda parte.

Otro ejemplo importante de mencionar es la adopción internacional. En ciertos países, desviaciones han conducido a un verdadero mercado de menores. El rol de los intermediarios se ejerce a menudo en un marco contractual. En 1987, la Corte de casación estableció que en derecho francés las convenciones de "corretaje" de adopciones son nulas por tener una causa ilícita, por cuanto tienen como objeto la determinación de una suma de dinero a pagar, como contraprestación de los servicios prestados por el intermediario, para lograr la adopción[37]. Perseguir el lucro a través de la adopción (art. 227-12 inc. 2° del Código Penal francés), así como el ejercicio de cualquier actividad de intermediario para la adopción, sin autorización previa (art. L. 225-19 del Código de la familia y de la ayuda social francés), son actividades sancionadas penalmente. En las relaciones internacionales, la regla de conflicto relativa a los actos jurídicos no puede evidentemente, permitir a un Estado anular toda convención contraria a dichos principios. ¿Una calificación fundada en el objeto del contrato sería más adecuada para defender los valores mercantiles? Podríamos pensar en la aplicación de la ley nacional del menor o la ley nacional del adoptante. Estimamos que ello no es así, puesto que nos confrontamos esencialmente a un problema de efectividad de las reglas aplicables, y ciertos Estados no logran impedir su violación. Por ello es que el derecho internacional privado ha buscado una solución más allá de la regla de conflicto. En efecto, la voluntad de resistencia a la mercantilización de los niños susceptibles de ser adoptados se plasmó en la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción. Este documento instaura un sistema de cooperación entre los Estados contratantes, con el fin de garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo con el debido respeto a los derechos fundamentales, y evitar así secuestros, venta o trata de niños (art. 1). Esta cooperación debe asegurar que las autoridades, tanto del Estado de origen del menor como del Estado de acogida, aprueben el proyecto de adopción. La efectividad de este dispositivo depende, en todo caso, de su puesta en marcha por el Estado de origen. Sin embargo, son numerosos los Estados que aún no han adoptado las medidas jurídicas internas que permitan asegurar un real resguardo de las adopciones[38].

[37] Cass. Civ, 1re, 22 de julio de 1987, D. 1988, p. 172, nota J. MASSIP.

[38] V. en especial el caso de Camboya, que ratificó la Convención de La Haya en 2007 y que actualmente se encuentra apoyado por un grupo de trabajo internacional, constituido por iniciativa de la Conferencia de La Haya, con el fin de permitirle llevar a cabo los principios de dicha convención: comunicado de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores de 15 de abril de 2009.

En cuanto a las relaciones laborales, ellas han sido, después de la abolición de la esclavitud, fruto de un proceso de desmercantilización de la persona humana[39]. Sin embargo, todavía se dan casos en que nuestros jueces se ven enfrentados a una relación de trabajo en que el trabajador se encuentra en una situación tal de alienación frente al empleador, que dicha situación se asemeja a la esclavitud. En este campo, sería artificioso vincular el derecho al estatuto personal. Por lo demás, esta calificación carecería de todo interés, puesto que el trabajador tiene generalmente la nacionalidad de un Estado que no lo protege frente a esta alienación. Se ha propuesto, a este respecto, una calificación delictual; ya que la relación jurídica se ha construido sin una real manifestación de voluntad por parte del trabajador[40]. Sin embargo, la aplicación de la ley del lugar del hecho generador del daño chocará sin duda alguna con las dificultades inherentes a su identificación. Desde nuestro punto de vista, la calificación más convincente es una calificación contractual, que conduce a la aplicación de la regla de conflicto especial del Reglamento Roma I. Es cierto que no siempre otorga una protección suficiente de los valores no mercantiles, pero podrá de todas formas ser descartada a través del uso de los mecanismos derogatorios propios del derecho internacional privado.

Estas ilustraciones nos muestran que no existe una calificación única para aprehender las diversas manifestaciones del fenómeno de la mercantilización. Y las soluciones a las que se llega en virtud de las distintas reglas de conflicto permiten a los Estados defender sus valores no mercantiles sólo en forma aleatoria. La regla de conflicto no es entonces el mecanismo que debe privilegiarse, o al menos no en su formulación clásica. El derecho positivo confirma este análisis. En efecto, los tribunales rara vez ingresan al terreno de la regla de conflicto cuando están en jugo valores no mercantiles, y sobre todo si ellos dicen relación con derechos fundamentales. La tendencia es más bien razonar únicamente en función de la aplicación de mecanismos derogatorios, que es el punto que analizaremos a continuación.

II. LO NO MERCANTIL POR DEROGACION DE LA REGLA DE CONFLICTO

En derecho internacional privado, dos mecanismos derogatorios tienen por objeto directo permitir al Estado imponer el respeto de ciertos valores fundamentales y de ciertas políticas nacionales consideradas como esenciales. Se trata del orden público y de la leyes de policía. Una presentación de su funcionamiento en un primer momento permitirá constatar que su efectividad está hoy en día cada vez más limitada como consecuencia del derecho comunitario.

[39] V. a este respecto J. L. SAGOT-DUVAUROUX, "La marchandise humaine", en *Droit et Marchandisation*, bajo la dirección de E. LOQUIN & A. MARTIN, Travaux du Credimi, vol. 33, Dijon, Litec, 2010, pp. 15 y ss.
[40] S. BOLLEE, nota de 10 de mayo de 2006, JCP 2006, ed. G, II, 10121.

Actualmente, el Estado no tiene asegurado el poder de defender sus valores no mercantiles fundándose en estos dos mecanismos. Posteriormente veremos que además su ámbito de aplicación depende ampliamente de las reglas que rigen los conflictos de jurisdicción. En efecto, tanto el orden público como las leyes de policía constituyen mecanismos que están esencialmente al servicio de las reglas imperativas del foro. Si un juez extranjero es llamado a resolver el litigio, la posibilidad de su aplicación se ve considerablemente reducida, ya se trate de la instancia directa o de la indirecta. Estudiaremos, en un primer tiempo, los mecanismos derogatorios de las reglas imperativas, para luego analizar la cuestión de la efectividad de esta reglas, es decir, lo que está en juego en el conflicto de jurisdicción.

A. Los mecanismos derogatorios de las reglas imperativas

El Estado puede imponer su concepción no mercantil a través de dos nociones diferentes: el orden público y las leyes de policía.

1. El orden público

En lo que se refiere al orden público interno, él se impone a las partes cuando el contrato es internacional sólo en virtud de una cláusula de *electio juris,* mientras que todos los demás elementos de la situación se encuentran localizados en un solo y único país. El artículo 3 §3 del reglamento N° 593/2008 Roma I dispone que en esta hipótesis la elección de la ley por las partes no afecta la aplicación de disposiciones que conforme a la ley de este otro Estado no pueden se derogadas por acuerdo. En otros términos, no basta con elegir una ley extranjera más permisiva para escapar a la concepción no mercantil del Estado sobre el territorio del cual todos los elementos de la situación están localizados. Es una garantía contra el fraude en los contratos puramente internos.

En seguida, en lo que se refiere al orden público internacional, éste interviene bajo la forma de una excepción que conduce a dejar sin aplicación la ley normalmente aplicable cuando ésta transgrede los valores fundamentales del orden jurídico al cual pertenece el juez llamado a resolver el litigio. Así, gracias a la excepción del orden público internacional, un Estado puede oponerse a la aplicación de una ley extranjera que consagra la legitimidad de una operación que él considera como contraria a sus valores no mercantiles. En lo tocante al método, ello supone concretamente que el juez aplique en un primer tiempo la regla de conflicto de leyes y que ésta designe una ley extranjera. El juez examina en ese momento el resultado al que llevaría la aplicación de esta ley extranjera para constatar si vulnera o no los valores fundamentales propios a su sistema jurídico. Es sólo en ese momento en que interviene la evicción de la ley extrajera y la aplicación subsidiaria de la *lex fori.* Eventualmente, el juez se preguntará entonces si la situación presenta vínculos suficientemente significativos con el

orden del foro para que el juego de la excepción esté justificado[41]. ¿Los valores no mercantiles son parte de lo que recubre el orden público internacional? Una respuesta afirmativa no debería generar mayores dudas. Los valores no mercantiles reposan a menudo bajo el alero de los derechos fundamentales y pueden, por este hecho, ser calificados de principios fundamentales en el sentido de la jurisprudencia *Lautour*[42]. La principal cuestión que se plantea hoy, cuando los derechos fundamentales están en juego, es determinar si el control de conformidad a los derechos fundamentales debe realizarse únicamente a través del orden público internacional, o si puede realizarse por medio de una confrontación directa de la situación a las disposiciones de la CEDH[43]. Esta misma interrogante se plantea en el marco del reconocimiento de las sentencias extrajeras (v. *Infra*).

En todo caso, se constata en la práctica que el razonamiento llevado a cabo por los jueces no corresponde siempre al esquema que acabamos de describir para el orden público internacional. En ciertos casos, el orden público internacional parece tener una función positiva de vinculación[44] y no únicamente una función negativa de evicción de una ley extranjera. Algunos autores emplean a este respecto la expresión "orden público de vinculación"[45]. Podemos de esta forma preguntarnos si no existe otra vía de intervención del orden público, entre el orden público interno, la excepción de orden público internacional y las leyes de policía, que corresponda a un orden público positivo de designación reivindicando la competencia general del foro, todo con el fin de asegurar el respeto de imperativos que le son propios. La sentencia que ilustra mejor esta figura es un fallo dictado por la sala social de la Corte de Casación el 10 de mayo de 2006, que trataba precisamente la hipótesis de defensa de valores no mercantiles: un caso de esclavitud doméstica[46]. Una mujer nigeriana había sido puesta a disposición de un empleador de nacionalidad inglesa con residencia en Nigeria. El trabajo se ejecutaba habitualmente en Nigeria, sin embargo, durante una estadía en Francia, la empleada se fugó y se presentó ante los tribunales franceses. La Corte de Casación admitió la competencia del juez francés y la aplicación de las leyes francesas estimando que "el orden público internacional

[41] V. sobre este tema, N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit International privé*, Travaux du Credimi, vol. 29, Dijon, Litec, 2007, esp. N° 143 y ss.

[42] Civ. 25 de mayo de 1948, Grands arrêts DIP, N° 19: "principios de justicia universal considerados en la opinión francesa como dotados de valor internacional absoluto"

[43] V. especialmente L. GANNAGÉ, "À propos de " l'absolutisme " des droits fondamentaux", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 265 y ss.

[44] V. D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tomo 2, Paris, PUF, 2007, N° 581, según el cual los "derechos fundamentales parecen en adelante impulsar más ampliamente una metodología estatuaria, al menos en la hipótesis de la creación de relaciones de familia y en todos aquellos campos en que se manifiestan fuertes diferencias legislativas" (original en francés)

[45] V. especialmente P. HAMMJE, "L'ordre public de rattachement", *Travaux comité fr. DIP*, séance du 23 noviembre 2007, por publicarse.

[46] *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 856 y ss.; nota de P. HAMMJE y E. PATAUT; *Journal du droit international*, 2007, pp. 531 y ss., nota de J. M. JACQUET; *JCP* 2008, II, 10121, nota de S. BOLLEE.

se opone a que un empleador pueda invocar las normas que rigen los conflictos de jurisdicción y de leyes para rechazar la competencia de las jurisdicciones nacionales y dejar sin efecto la aplicación de las leyes francesas en un diferendo que presenta vínculos con Francia, y que ha sido iniciado por un trabajador puesto a su servicio sin manifestación personal de voluntad y empleado en condiciones que han vulnerado su libertad individual". La Corte no investigó cuál era la ley aplicable para dejarla luego sin efecto en virtud de su oposición al orden público internacional. Tampoco impuso la aplicación internacional de una disposición francesa de derecho laboral calificado como ley de policía. Estimó que como se encontraban acreditadas tanto la vulneración de la libertad individual como la vinculación con Francia, el orden público internacional impide que el empleador pueda servirse de las leyes francesas de conflicto de leyes. Desde el punto de vista del fenómeno de la mercantilización, la sentencia es interesante. Demuestra que cuando la voluntad de resistencia es muy fuerte, el juez puede encontrar, incluso crear, en derecho internacional privado, los mecanismos que permitan defender los valores no mercantiles de su Estado. La referencia a la existencia de un vínculo con Francia nos parece particularmente sintomática desde este punto de vista. A decir verdad, ningún vínculo existía en la especie entre Francia y la relación jurídica que originaba el litigio, aparte de la presencia fortuita de los protagonistas en el territorio francés. Ninguna de las partes tenía nacionalidad francesa, ni su residencia habitual en Francia, y el contrato había sido concluido y ejecutado en el extranjero. El orden público internacional puede entonces constituir un instrumento eficaz cuando se trata de resistir a la mercantilización. Ha permitido a la Corte de Casación crear no solamente un factor de competencia del juez francés, sino también un factor de aplicación de la ley francesa.

2. Las leyes de policía

La noción de leyes de policía permite, según la nueva definición del reglamento N° 593/2008 Roma I, imponer una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. Se trata de un instrumento importante para un Estado que busca defender sus valores no mercantiles. En todo caso, las evoluciones del derecho comunitario, especialmente en los diez últimos años, conducen hoy en día a un verdadero debilitamiento del rol de las leyes de policía, al menos en lo que se refiere a la aplicación de las leyes de policía nacionales. Esto no es necesariamente aplicable a las leyes imperativas del derecho comunitario. En efecto, desde el momento en que está en juego la aplicación de una regla de policía que tiene como fuente el derecho comunitario, las autoridades comunitarias recurren fácilmente a la aplicación de leyes de policía en sus relaciones con terceros Estados. Para con-

vencerse, basta citar el caso *Ingmar* de la CJCE del 9 de noviembre de 2000[47]. Se puede también pensar, aun cuando no se trata de la técnica de las leyes de policía en sentido estricto, en la disposición que se inserta habitualmente en las directivas de derecho del consumo, a la imagen del artículo 6 §2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, conforme a la cual "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado no perteneciente a la Unión, como derecho aplicable al contrato, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión". Por el contrario, el manejo generoso de la calificación de leyes de policía no beneficia a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La constatación de su debilitamiento se explica, a nuestro parecer, por dos factores principales.

Por una parte, la CJCE controla la aplicación de las leyes de policía nacionales con respecto a la libertad de circulación en el seno del mercado interior. Numerosas explicaciones existen en materia de derecho del trabajo[48]. Se puede también pensar en la controvertida sentencia *Blood*, pronunciada por la Court of Appeal en 1997[49]. En este caso, un juez inglés autorizó a una viuda británica a recurrir a una inseminación *post mortem* en Bélgica, en condiciones prohIbídas por el derecho inglés, bajo el fundamento de la libre prestación de servicios. El razonamiento del juez inglés fue objeto de variados cuestionamientos, sin embargo, el caso revela claramente la manera cómo la libertad de circulación puede potencialmente impedir la aplicación de una ley de policía nacional. Un Estado no puede, en consecuencia, exigir el respecto de sus leyes de policía nacionales sino cuando dicha aplicación no constituye una traba a la libre circulación: la aplicación de las leyes de policía debe encontrarse justificada por razones imperiosas de interés general y no debe ser discriminatoria; la razón imperiosa de interés general no debe estar garantizada por la legislación del Estado miembro de origen y la aplicación de la ley de policía debe ser proporcionada al objeto perseguido. Se ha podido escribir, con un cierto exceso, que en estas condiciones jamás las reglas imperativas, que los Estados querrían hacer respetar, tendrán la posibilidad de prevalecer por sobre las libertades dadas a las partes[50]. No creemos que la situación actual sea tan extrema. Sin embargo, el test de ausencia de trabas constituye un freno real a la aplicación de las leyes de policía nacionales en las relaciones intracomunitarias.

[47] *Rev. Crit. DIP*, 2001, pp. 107 y ss. nota de L. IDOT; *Journal du droit international*, 2001, pp. 511 y ss. nota de J. M. JACQUET.

[48] V. en especial CJCE, 23 de noviembre de 1999, *Arblade, Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 710 y ss., nota de M. FALLON, *Journal du droit international*, 2000, p. 493, nota M. LUBY.

[49] V. *supra*.

[50] "L'Union européenne, sa démocratie et l'État de droit: lettre ouverte au président de la République", *JCP* 2006, ed. G, p. 2313.

Por otra parte, el nuevo reglamento N° 593/2008 Roma I consagra un declive importante en el terreno de la aplicabilidad de las leyes de policía extranjeras. Mientras que la Convención de Roma permite su aplicación facultativa, sin distinción, el nuevo texto la limita a las leyes del Estado del lugar de ejecución del contrato, es decir, solamente en la medida en que ellas vuelven la ejecución del contrato ilegal. Este declive es deplorable. Un ejemplo proveniente de la mercantilización de bienes culturales permite demostrarlo: un contrato de seguros fue suscrito con el fin de garantizar el transporte de bienes culturales de interés nacional desde Nigeria hacia Alemania, en un momento en que la exportación de estos bienes estaba prohibída por el derecho nigeriano. El contrato de seguros se regía por el derecho alemán, según el cual dicho contrato era perfectamente lícito. El *Bundesgerichtshof* anuló, sin embargo, el contrato de seguro haciendo referencia a la prohibición de exportación impuesta por la ley nigeriana[51]. Nigeria no era el lugar de ejecución del contrato de seguro, lo que significa que el nuevo artículo 9 §3 del reglamento 593/2008 Roma I no permite en el futuro este tipo de aplicación de la ley extranjera[52].

Este declive del reglamento 593/2008 Roma I en materia de leyes de policía extranjeras demuestra que la noción de leyes de policía, así como la excepción del orden público internacional, permite sobre todo proteger los valores fundamentales del Estado del foro. La capacidad de un Estado de defender sus valores fundamentales depende en consecuencia de la identidad del juez llamado a resolver el caso. Las reglas de conflicto de jurisdicciones constituyen así un tema fundamental para la efectividad de estas técnicas de resistencia a la mercantilización.

B. La efectividad de las reglas imperativas: el tema del conflicto de jurisdicciones

En el caso de un litigio, la identidad del juez llamado a resolver el asunto determina la posibilidad del Estado de resistir a la mercantilización. Ya hemos podido constatarlo cuando examinamos las soluciones dadas bajo el fundamento de la regla de conflicto. Esta constatación es aun más decisiva por el juego de la excepción del orden público internacional y de las leyes de policía, esto tanto en el momento de someter el litigio a un juez como en el momento de reconocer una sentencia dictada en el extranjero.

[51] BGH, 22 de junio de 1972, *BGHZ*, t. 59, pp. 82 y ss.

[52] A decir verdad, no está claro que el nuevo artículo 9 del reglamento Roma I deba ser entendido como una interdicción de considerar una ley de policía extranjera distinta de aquella del lugar de ejecución. Si no se trata de una prohibición, el declive operado por el reglamento Roma I sería sobre todo simbólico y sin un real ámbito de aplicación práctico.

1. La instancia directa

En la instancia directa se plantean dos cuestiones importantes. ¿Los criterios de competencia permiten la competencia de un juez del Estado que desea defender sus valores no mercantiles? Y si la regla de competencia existe, ¿es imperativa, opcional, puede ser eludida por las partes por medio de una cláusula atributiva de jurisdicción?[53] Para responder a estas preguntas es necesario partir de la constatación de que, normalmente, el litigio versa sobre un contrato. Por otra parte, la regla del conflicto de jurisdicciones en materia contractual ofrece una opción al demandante. Pongamos por ejemplo la extracción de las glándulas pituitarias (v. *supra*), simplificando un poco los hechos: supongamos que no existe cláusula compromisoria y que la operación consiste en el suministro, por la parte húngara, de las glándulas, en contrapartida de una remuneración pagada por la parte suiza. Si se califica el contrato como una venta, el juez competente es, según el Reglamento N° 44/2001 Bruselas I (o de la Convención de Lugano en su versión del 30 de octubre de 2007), a elección del demandante, el tribunal del domicilio del demandado (artículo 2) o el tribunal del lugar de entrega de las glándulas y de la identidad del demandado. Si la entrega tiene que tener lugar en Suiza, en la sede del comprador, el demandante suizo podrá elegir entre las jurisdicciones de los dos países, mientras que el demandante no podrá invocar los tribunales suizos. Desde el punto de vista del Estado húngaro, que busca resistir a la mercantilización de los productos del cuerpo humano, se constata que en la primera hipótesis la competencia de sus tribunales no es sino una rama de una opción, mientras que en la segunda hipótesis esta competencia no está en ningún caso prevista. Por otra parte, si un juez suizo es el llamado a resolver el caso, la excepción del orden público internacional no podrá ser invocada en favor de los valores húngaros. Y toda regla imperativa húngara se presentará para el juez suizo como una regla de policía extranjera. Su aplicación es entonces facultativa y en el marco del reglamento N° 593/2008 Roma I (que no es aplicable en Suiza), ni siquiera se encuentra contemplada, porque en nuestro ejemplo Hungría no es el lugar de ejecución del contrato. Sin embargo, Hungría es el país de origen de las glándulas, el país de la extracción y el país de establecimiento del deudor de la prestación característica. Estos vínculos con Hungría parecen suficientemente fuertes como para que dicho Estado pretenda legítimamente imponer el respeto de sus valores fundamentales. La única posibilidad que le queda al Estado húngaro es oponerse al reconocimiento de la sentencia suiza. En todo caso, nada podrá hacer si la sentencia es enteramente ejecutada en Suiza.

Conviene entonces agregar que en materia contractual las partes tienen de todas formas la facultad de estipular una cláusula atributiva de jurisdicción

[53] En cuanto al recurso al arbitraje, las comunicaciones de J. B. RACINE y de L. RAVILLON en E. LOQUIN & A. MARTIN, *Droit et Marchandisation*, Credimi, Dijon, Litec, 2010.

conforme al artículo 2 del Reglamento N° 44/2001 Bruselas I. Sólo las razones expuestas en el artículo 22 impiden esta cláusula. La existencia de una ley de policía no es parte de ellas, salvo en materia de protección de la parte más débil, consumidor, trabajador, aseguradora, en que un régimen específico *in favorem* ha sido adoptado[54]. En derecho común, la Corte de Casación ha proclamado solemnemente este principio en una sentencia de la primera *chambre civile* de 22 de octubre de 2008[55]. Así, hoy en día se encuentra claramente establecido que la presencia de leyes de policía no es un obstáculo a la existencia de una cláusula atributiva de jurisdicción que designe a un juez extranjero, lo que en la práctica permite a las partes escapar a la aplicación de una ley.

Junto a estas dificultades ligadas al carácter liberal de las reglas de conflicto de jurisdicciones, puede existir otra ligada a la ausencia total de regla de competencia. En efecto, ¿qué hacer cuando los criterios de competencia no permiten establecer la competencia de los tribunales de un Estado que desea imponer el respeto de sus valores no mercantiles? En la medida en que normalmente los derechos fundamentales están en juego, soluciones excepcionales han sido adoptadas. Ya estudiamos la sentencia de la *chambre sociale* de la Corte de Casación de 10 de mayo de 2006, relativa a una caso de esclavitud doméstica. La mujer en cuestión no tenía ninguna posibilidad de obtener una protección jurídica de sus derechos fundamentales en el derecho nigeriano. En estas condiciones, admitir la competencia del juez francés podía vincularse con la noción de denegación de justicia[56]. En efecto ninguna regla de competencia ordinaria existía en Francia para este litigio que oponía extranjeros que residían en el extranjero en relación a un contrato que no incluía ninguna ejecución en Francia. Esta respuesta de la jurisprudencia francesa es en todo caso excepcional y marginal. Por el momento, el derecho francés no ha consagrado una competencia universal en materia civil a imagen de la jurisprudencia americana, que permite entregar indemnizaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.[57] La imprecisión de la solución consagrada por el fallo de 2006 pudo

[54] Artículos 13, 17, y 21 del Reglamento 44/2001, Bruselas I.

[55] V. *JCP* 2008, éd. G, II, 10187, note de L. d'AVOUT; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 69; D. BUREAU, H. MUIR WATT, "L'impérativité désactivée?", *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 1 y ss.; *Journal du droit international*, 2009, pp. 599 y ss. note M. N. JOBARD-BACHELLIER, F. X. Train; *D.* 2009, p. 200, obs. F. JAULT-SESEKE.

[56] V. sobre este tema V. RETOMAZ, B. VOLDERS, "Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif", *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 225 y ss.; D.P. FERNÁNDEZ AROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Rec. cours La Haye*, 2006, tome 323, pp. 9 y ss., y especialmente pp. 71y ss.

[57] Los tribunales estadounidenses admiten su competencia bajo el fundamento de la simple presencia temporal de una persona física en el territorio americano: C. KESSEDJIAN, "Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit International privé", *Travaux comité fr.* DIP, 2002-2004, pp. 151 y ss; H. MUIR WATT, "Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: les actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis", *RID comp.*, 2003, pp. 883 y ss.; V. también las contribuciones sobre "La réparation des préjudices liés à l'Histoire", en *Les limites de la réparation du préjudice*, París, Dalloz, 2009.

inquietar a algunos autores[58], sin embargo nos parece poco probable que pueda expandirse como una bola de nieve.

Nos queda por estudiar cómo un Estado puede defender sus valores no mercantiles cuando un juez extranjero ha sido llamado a resolver el caso y que el reconocimiento de su sentencia es solicitado en su territorio.

2. La instancia indirecta

El derecho comunitario ha ejercido aquí también un efecto de liberalización, con el objetivo de crear un espacio judicial común en el cual las sentencias puedan circular libremente. Esto se manifiesta particularmente en el marco del procedimiento de exequátur. Éste, si no ha sido aún suprimido absolutamente, no subsiste sino de forma bastante simplificada. En particular, el juez requerido ya no ejerce ningún control de fondo en primera instancia.

En cuanto a las condiciones de regularidad, el control de la ley aplicada deja de ser un criterio tanto en el derecho comunitario como en el derecho común, luego de su reciente abandono por parte de la Corte de Casación[59]. El fraude tampoco ha sido retenido en el derecho comunitario. Por el contrario, en el derecho común permite sancionar el hecho de iniciar un juicio en el extranjero con el principal objetivo de invocar la sentencia en el país donde se vive, el cual habría negado su pronunciamiento si hubiesen sido sus jueces los llamados a resolver el litigio. El fraude es, sin embargo, difícil de probar sobre todo cuando el litigio tiene un vínculo caracterizado con el país extranjero. El principal motivo de rechazo que interesa desde el punto de vista de la mercantilización, es así la contrariedad al orden público del Estado requerido. Se trata de una noción que se encuentra fuertemente encuadrada. En derecho comunitario, esta contrariedad debe ser manifiesta, inaceptable y la CJCE controla los límites en el marco de los cuales el juez de un Estado miembro puede recurrir a ella[60]. En derecho común, el orden público interviene, en principio, solamente en su forma atenuada, lo que conduce a admitir ciertos efectos de situaciones que no habrían podido ventilarse directamente delante de un tribunal del Estado requerido. Una evolución se produjo en todo caso estos últimos años, cuando lo que está en juego son los derechos fundamentales. En este caso, una atenuación de la intensidad del orden público es difícilmente aceptable. Por esta razón, en la instancia indirecta, el orden público de proximidad se substituye cada vez más frecuentemente al efecto atenuado del orden público. Esto significa que cuando los derechos fundamentales están en juego, el orden público

[58] V. especialmente P. HAMMIE, "L'ordre public de ratachemment", *Travaux comité fr. DIP*, sesión de 23 noviembre 2007, por publicarse.

[59] Civ. 1re, 20 febrero 2007, Cornelissen, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL y H. MUIR WATT; *Journal du droit international*, 2007, p. 1194, note F. X. TRAIN.

[60] V. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit International privé*, Paris, Montchrestien, 2007, N° 393.

actúa con pleno efecto desde el momento en que las partes tienen un vínculo substancial con el orden jurídico del foro.

Retomemos nuestro ejemplo relativo a los productos del cuerpo humano extraídos en Hungría y vendidos a un comprador suizo. Hemos visto que la instancia directa tenía muchas posibilidades de ventilarse ante el juez suizo. Si la ejecución de la sentencia tuviese que llevarse a cabo en Hungría, el juez húngaro debería tener la oportunidad de oponerse bajo el fundamento de la vulneración del orden público, al menos cuando la prohibición de una remuneración forma realmente parte de los valores fundamentales de ese orden jurídico, lo que no corresponde, sin duda, al caso; ya que en la presente situación varias autoridades húngaras habían dado su consentimiento para el suministro de las glándulas.

Retomemos el ejemplo del uso de una madre de alquiler americana por parte de una pareja francesa. En un caso muy mediatizado, juzgado por la Corte de Apelaciones de París el 25 de octubre de 2007, una sentencia californiana había conferido a la pareja de franceses la calidad de padre y madre de los niños portados por la madre de alquiler[61]. Sobre esta base, las actas de nacimiento fueron establecidas en California y el litigio se refería a la transcripción en los registros de estado civil franceses. La Corte consideró que la no transcripción tendría consecuencias contrarias al interés superior de los niños, quienes conforme al derecho francés se verían privados del acta de estado civil que indica su vínculo de filiación, comprendiendo en éste, el del padre biológico[62]. Esta solución no nos parece ineluctable. Pensamos que el derecho internacional privado permite oponerse a la transcripción considerando que tanto la sentencia como el acta de nacimiento eran contrarias al orden público internacional. En efecto, la prohibición de recurrir a un vientre de alquiler corresponde a un valor tan fundamental para el orden jurídico francés, como para imponerse aun cuando se haga valer el orden público en su efecto atenuado. Y si razonamos en relación al orden público de proximidad, la conclusión debe ser la misma, puesto que los vínculos con el orden público francés son significativos en el caso de una pareja de nacionalidad francesa domiciliada en Francia. En estas condiciones, no podemos sino felicitar la sentencia modificatoria dictada por la misma Corte de Apelaciones el 26 de febrero de 2009[63]. En efecto, la jurisdicción parisina consideró, en el caso de una madre de alquiler, completamente comparable con la precedente, que la prohibición de la gestación por otro forma parte de la concepción francesa del orden público internacional y que el rechazo del

[61] *Journal du droit International*, 2008, pp. 145 y ss., nota de G. CUNIBERTI.

[62] La sentencia fue objeto de una casación bajo el fundamento de una cuestión de procedimiento: Civ. 1re, 17 de diciembre 2008, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320, note P. LAGARDE, *Journal du droit International*, 2009, pp. 577 y ss. nota de S. BOLLEE.

[63] *Gaz. Pal.* 2009, N° 94, p. 21 y las conclusiones de F. ROUCHERFAU; *D.* 2009, 1566, obs. F. JAULT-SESEKE.

reconocimiento no puede ser considerado como un desconocimiento ni del artículo 8 de la CEDH, ni del interés superior del niño.

Sin perjuicio de nuestro acuerdo con esta solución, no podemos evitar exponer una duda en cuanto a la compatibilidad de esta solución con los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la última jurisprudencia de la CEDH. La situación es bastante paradojal, puesto que, normalmente, los derechos fundamentales intervienen más bien para sostener o apoyar una postura de resistencia a la mercantilización y no para prohibirla. La particularidad reside aquí en el cuestionamiento del interés de un niño. Es lo que podría resultar de la sentencia de la CEDH de 28 de junio de 2007, *Wagner c. Luxembourg*[64]. Los hechos de este litigio no concernían la mercantilización, sin embargo, basta modificarlos imaginando no una adopción en el extranjero, sino una convención de madre de alquiler, para que la sentencia nos interese directamente. ¿La solución consagrada por la CEDH conduce a imponer a un Estado como Francia el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero luego de un recurso, lícito según las reglas locales, a una madre de alquiler?

Para responder, retomemos las etapas sucesivas del razonamiento de la Corte Europea. Considerando el respeto de la vida privada y familiar, el artículo 8 de la CEDH es aplicable desde el momento en que los vínculos familiares existen *de facto*. Es suficiente entonces que los padres que solicitaron el servicio de vientre de alquiler, se comporten con respecto al niño como sus padres. De ello se desprende la obligación del Estado de permitir que este vínculo familiar se desarrolle y de entregar una protección jurídica que haga posible la integración del niño en la familia. Rechazar el reconocimiento podría ser calificado como una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar. ¿Esta injerencia puede estar justificada? No sólo eso, ella se encuentra prevista en la propia ley (V. Art. 16-7 CC). Persigue un objetivo legítimo, especialmente permitir la protección de la salud o de la moral, así como proteger los derechos y las libertades de otro. En cuanto a la necesidad de este rechazo del reconocimiento en una sociedad democrática, distintos factores deben ser tomados en cuenta. Un estudio de derecho comparado no permite decir, contrariamente a lo que pasa en el caso Wagner, que el reconocimiento está permitido en la mayoría de los Estados contratantes. Sin

[64] *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, nota de P. KINSH; Journal du droit International 2008, p. 183, nota de L. d'AVOUT. Una madre soltera luxemburguesa había obtenido una sentencia de adopción plena en Perú, de un niño peruano declarado abandonado. El juez luxemburgués rechazó el exequátur de la sentencia en función de la ley aplicada en Perú, que no era ni idéntica ni equivalente a la ley aplicable según las regla de conflicto luxemburguesa. En efecto, esta última somete las condiciones de adopción a la ley nacional de la madre. Por otra parte, la ley luxemburguesa prohíbe la adopción plena por parte de una persona soltera. Luego la madre recurrió a la Corte europea de derechos del hombre pretendiendo que el rechazo del exequátur constituía una violación de los artículos 8 y 14 de la CEDH. La Corte ha acogido esta doble demanda.

embargo, la situación puede evolucionar en un futuro próximo. Igualmente en forma contraria al caso Wagner, no será posible invocar nuevamente la buena fe de los padres adoptivos que se pudieran fundar en una práctica anterior de la administración francesa de tolerancia frente a las convenciones relativas a las madres de alquiler. Otra diferencia con el caso Wagner se refiere al motivo del rechazo del reconocimiento. Las autoridades de Luxemburgo se fundaron en el control de la ley operado por el juez peruano. En Francia, este motivo de control fue abandonado. El rechazo deberá fundarse necesariamente en la contrariedad con el orden público internacional. Por otra parte, este motivo revela una resistencia mucho más significativa del Estado requerido que busca defender uno de sus valores fundamentales. Estos últimos elementos pueden hacer creer, en este estado del razonamiento, que el rechazo del reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero como consecuencia de una convención de madre de alquiler, ya no es contraria al artículo 8 CEDH. Sin embargo queda aún por apreciar el argumento decisivo de la Corte europea desprendido del interés superior del niño. Su interés debe primar en este tipo de asuntos y las obligaciones positivas del Estado en el marco del artículo 8 deben interpretarse entonces a la luz de la Convención relativa a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. El niño fue abandonado por la madre de alquiler y la filiación fue establecida en el extranjero respecto de la madre que solicitó los servicios. Una realidad social existe. El niño arriesga soportar en su vida cotidiana inconvenientes derivados del hecho de que su integración completa en la vida familiar se ve impedida. Al final, no es seguro que un Estado que sea parte de la CEDH pueda realmente oponerse a las consecuencias jurídicas de la convención de madre de alquiler concluida en el extranjero.

En cuanto al Consejo de Estado, él ha propuesto recientemente una solución atenuada[65]. Sin cuestionar la prohibición de la práctica de la madres de alquiler, propone que la situación jurídica de los niños así nacidos en el extranjero se disponga de manera tal que no sean castigados por el hecho de que sus padres biológicos recurrieron a una práctica prohibída en Francia. El Consejo de Estado estima que la transcripción de las sentencias de adopción pronunciadas en el extranjero no puede llevarse a cabo, pero que se puede reconocer la filiación paterna del niño con respecto a su padre biológico y aceptar una delegación compartida de la autoridad parental por parte del padre biológico con la madre que solicitó los servicios. En efecto, una situación intermedia como ésta debería ser considerada conforme al artículo 8 de la CEDH, permitiendo a Francia, al mismo tiempo, mantener su oposición a esta manifestación particularmente chocante del fenómeno de la mercantilización.

[65] Estudio del Consejo de Estado del 6 de mayo de 2009, *La revisión des lois de bioéthique*.

Conclusiones

En conclusión, podemos recordar cómo, el año 2001, Paul Lagarde había analizado el rol del derecho internacional privado frente a la bioética: "cuando hay contradicciones filosóficas tan grandes, no veo muy bien lo que podría hacer el derecho internacional con sus grandes pezuñas, intentando coordinar legislaciones que no tienen nada que ver unas con otras. (...) Tengo la impresión de que si lográramos ponernos de acuerdo en un vínculo, en una ley, este vínculo sería inmediatamente desplazado por el orden público o por leyes de policía de distinta naturaleza"[66]. ¿Estas palabras no son válidas para el conjunto del fenómeno de la mercantilización?

En efecto, el estudio del problema de la calificación reveló que ninguna solución es realmente ideal y que no es por la vía de las categorías de vinculación existentes que el Estado puede imponer el respeto de sus valores no mercantiles. Si se desea que el derecho internacional privado pueda ofrecer instrumentos de resistencia eficaces, es necesario imaginar soluciones originales. La mirada debe realizarse por temas, en función de las distintas manifestaciones de la mercantilización, porque el fenómeno no puede ser aprehendido en sus globalidad a través de una solución única. Una concertación en el seno de la Unión Europea parece constituir una etapa indispensable para que los valores no mercantiles puedan ser defendidos con rigor frente a los terceros Estados. Y, de todas formas, sólo una armonización de los principios elementales puede reducir las posibilidades de elusión que ofrecen las normas de conflicto de jurisdicciones. Sobre esta base, podemos imaginar una regla de conflicto con coloración material. Puede tratarse en primer término, de una regla de conflicto cumulativa, que someta la licitud de una práctica a lo que las dos leyes aplicables admiten. Pensamos particularmente en la aplicación de la ley del contrato combinada con la ley personal de las partes, para las prestaciones que implican el cuerpo humano. En seguida, puede tratarse igualmente de una nueva disposición de la regla de conflicto en materia contractual, con el fin de reducir la autonomía de las partes, como en los contratos de consumo o de trabajo. Por otra parte, puede también concebirse una regla de conflicto unilateral, especialmente en el caso de armonización material, con el fin de asegurar un cierto campo de aplicación internacional de una legislación comunitaria imperativa relativa a una determinada actividad. Por último, en otros casos, una buena solución puede encontrarse en el terreno de la cooperación entre las autoridades administrativas de los Estados implicados, como lo muestra el ejemplo de la Convención de la Haya relativa a la adopción o el de la directiva 2007/65 sobre las actividades de radiodifusión televisiva.

Estas soluciones pueden permitir una resistencia a la mercantilización. Sin embargo, somos realistas. En ciertos temas, como aquel de las madres de al-

[66] *Travaux comité fr. DIP*, 2000-2002, p. 73.

quiler, no creemos que un Estado pueda resistir ni a largo ni a mediano plazo. ¡El deseo de tener hijos por parte de las parejas estériles es tan fuerte! ¡Y la práctica se ha banalizado enormemente por el hecho de su admisión por parte de un número no despreciable de Estados! ¡La tecnología realiza progresos asombrosamente rápido! Aun cuando, en la próxima revisión de las leyes sobre bioética, la adopción simple no se aceptara respecto de la madre que solicitó los servicios, es probable que este obstáculo sea eliminado en la revisión siguiente. La mundialización trae consigo inevitablemente una liberalización que opera progresivamente, primero en las mentes y luego en las reglas jurídicas.

Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno

Jorge Luis Varela Del Solar
Master y Doctor en Derecho Ambiental
Director Académico, Postítulo en Derecho Ambiental
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

Resumen: La normativa internacional (no solamente de instrumentos ratificados) está forzando modificaciones sustanciales en el derecho interno de los países. Dentro de las áreas del derecho internacional que emergen con gran velocidad y generan revolución (no evolución) en el derecho nacional, sobresale el derecho ambiental.

Los desafíos de la recepción del derecho internacional en el nacional se plasman, en un primer grado, en el proceso de internacionalización del derecho constitucional.

Sin embargo, serias prácticas y deficiencias en el ámbito interno, que son revisadas y sus soluciones propuestas, son las que obstaculizan la auténtica armonización de la normativa nacional con la internacional. El derecho ambiental ha contribuido, también, a dejar de manifiesto tales impedimentos, así como a proveer soluciones a ellos.

***

Todos aquellos que profesamos una dedicación importante, tanto académica como empírica, por el derecho internacional, advertimos una cada vez más compleja fenomenología y presencia de éste en la vida nacional de los países que son observantes del derecho occidental. Esto significa que la manera cómo se nos muestra y cómo irrumpe la normativa internacional evoluciona en forma creciente, provocando retos en los derechos nacionales, que son más súbitos que aquellos que éstos son capaces de absorber.

Ello es consistente con el mundo actual y sus desafíos sociales, culturales y políticos, catapultados después de la segunda guerra mundial y, con gran fuerza, después de la década del 80, en que las políticas globales son las que se instrumentalizan en los países, sean ellas o no del agrado de dichas naciones.

Por lo anterior, podemos legítimamente sostener que las normas internacionales están forzando (no induciendo) modificaciones sustanciales en el derecho interno de los países. Solamente cuando el derecho interno tiene los instrumentos adecuados de permeabilidad y porosidad, nos encontramos con un derecho auténticamente moderno y adaptable al cambio necesario. Ese es el derecho que se legitimará con el tiempo; esto es, logrará su eficacia y su eficiencia.

Así, la adaptabilidad y la recepción del derecho internacional en el derecho constitucional interno es evidencia de este fenómeno (internacionalización del derecho constitucional) a que ahora aludimos. Es el proceso que prácticamente todos los países del mundo viven, muy vertiginosamente. Ciertamente, sólo aquellos países que tengan instrumentos más flexibles, de receptividad del derecho internacional, serán aquellos que logren sortear, con más éxito, esta compleja fase evolutiva.

Es menester indicar que lo que ahora destacamos, esto es, la recepción en el derecho interno por parte del derecho internacional, es el fenómeno opuesto al que se experimentara en el siglo pasado, que fue el de la constitucionalización del derecho internacional (egreso del derecho interno hacia su influencia exterior o a un sistema regional o mundial normativo naciente), donde especialmente las diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, así como la normativa declarativa clave de la Constitución de la Quinta República de Francia (1958), constituyen fuertes ejemplos de ello.[1]

Ambos ejemplos ofrecidos[2] fueron de gran relevancia y efectos en la génesis de los esquemas y vademecums de derechos humanos,[3] en el derecho ambiental internacional, nutrido desde los mismos textos constitucionales de algunos Estados de los Estados Unidos, tales como Montana y Pennsylvania y del derecho humanitario o de conflictos.

Tanto es así, que tales (entre otras) fueron las fuentes nacionales más fecundas de la Declaración de Francia de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

[1] Abundancia de evidencia de ello es exhibida por *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad,* de Louis Henkin and Albert Rosenthal Editors, Columbia University Press, New York, 1990.

[2] En especial, por cierto, la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787, por lo temprano de su influencia.

[3] Ver esta materia en detalle en *The International Law of Human Rights*, Paul Sieghart, Clarendon Press, Oxford, 1984 (especialmente en sus páginas 3 a 24).

(1789) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los textos internacionales y regionales posteriores a ella. De la misma manera lo fue la Constitución Federal de los Estados Unidos,[4] en gestar el ideario de la Revolución Francesa y su soporte jurídico.[5]

Este fenómeno recíproco y sus repercusiones históricas, en su interpretación jurídico-política, ha sido fascinante, mas su análisis detallado traspasa los límites de esta breve monografía.

Regresando al fenómeno actual (desde mediados de los noventa y, con fuerza, del siglo XXI) de la internacionalización del derecho constitucional, no es aventurado señalar que en el caso chileno dicha corriente se plasma positivamente en la aplicación del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Esto es una evidencia de *hard law* de tal corriente internacional.

Hemos en el pasado reiteradamente sugerido que al estar los órganos del Estado obligados a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, incluyendo aquellos que se "incorporan" al derecho interno por la vía del acto internacional administrativo de la ratificación, se verifica la accesión constitucional del derecho internacional de los derechos fundamentales, en el derecho interno, en el ámbito de su jerarquía piramidal tope.

En éstos se incluyen los derechos humanos ambientales básicos (expresados en el derecho ambiental administrativo chileno como normas primarias de calidad ambiental)[6] que nutren el derecho constitucional y el derecho ambiental desde una ventana exterior, desde la que se fijan los límites normativos tolerables, antes de que comience a sucumbir la vida y su calidad, cuando ellos son vulnerados.

Ahora bien, debe tenerse presente, eso sí, que la materia prima de la internacionalización del derecho interno (lo que ingresa, para influenciar y alterar el derecho) no constituye exclusivamente un fenómeno normativo. Este es un fenómeno fáctico-sociológico y económico (recogido, en su letra, por algunos tratados bilaterales de libre comercio), al que sigue el proceso estrictamente normativo.

[4] Las enmiendas (del Bill of Rights de la Constitución Federal de los Estados Unidos) 1, 5, 9 y 14, particularmente, han sido recogidas por el derecho internacional declarativo de los derechos humanos.

[5] Op. cit. *supra Constitutionalism and Rights...* Véase en él a Louis Henkin, "Constitutionalism and Human Rights", pp 384 a 396.

[6] Hemos estimado sostenidamente que tales derechos ambientales fundamentales se violan cada vez que deben decretarse planes de descontaminación, que están aprobados y en ejecución, derivados de zonas geográficas ambientalmente saturadas, lo cual ocurre cuando existen contaminantes que saturan la norma y que tienen un particular grado de afectación de la salud (y hasta la vida) de los seres humanos.

No obstante que nos enfocamos en el comportamiento que el derecho ambiental internacional incorporado tiene en el derecho interno, consideraremos por breves líneas el derecho inmigratorio, para efectos de representar un área moderna en que la influencia internacional (social, cultural y demográfica) ha hecho nacer un tipo de norma nacional. La receptividad de dicho derecho ha sido más fecunda en los países con un mayor grado de inmigración masiva; sin embargo, en otros, en que el fenómeno de la inmigración comienza a desarrollarse, las normas empiezan progresivamente a seguir a aquél.

Lastimosamente, nuestro país es una excepción a ello. Enfatizamos en que los fenómenos migratorios ocurren naturalmente, y sus dimensiones son social, cultural y demográfica.[7] El derecho, en tales circunstancias, solamente debe dar curso a la inercia y dejarse llevar por las fuerzas gravitacionales de los hechos sociales.

Resistirse al cambio deja espacios gigantes de demandas jurídicas no satisfechas, como ocurre actualmente en Chile, respecto de graves deficiencias en la normativa migratoria, que pretenden solucionarse, impotentemente, por la vía del derecho laboral, de la seguridad social o de otras áreas tradicionales, que no están en condiciones de dar respuestas a tales retos o demandas.

Estos requerimientos internacionales masivos (derivados de causas sociales, culturales y económicas) han obligado a que sea fundamental la incorporación (inercial) del derecho inmigratorio al derecho interno, en todas aquellas naciones que comprenden y aceptan el proceso de internacionalización.[8] Estos son los países que están experimentando (como lo estamos en nuestro país) procesos inmigratorios masivos nuevos.[9]

Volviendo al aspecto meramente normativo, los masivos fenómenos migratorios, como el que vive nuestro país, exigen que deba ordenarse e institucionalizarse el fenómeno de la recepción o la incorporación. De ninguna manera es el único fenómeno que se presenta, pero ciertamente es uno de los que revela, de forma más visible, la disfuncionalidad del sistema jurídico en su dimensión social.[10]

[7] La gestación de megaciudades es una expresión más de la globalización.

[8] En nuestro país son las escuelas de derecho las primeras que ignoran este fenómeno, al no consultar cursos obligatorios u optativos de derecho inmigratorio, con inusitada pertinacia, a pesar de la fuerza de los hechos, que demandan lo contrario.

[9] Los fenómenos migratorios selectivos o políticos (contrarios a los masivos) no requieren de procesos legislativos o normativos que los sigan. Estos son los que Chile experimentó, durante mediados del siglo XIX, cuando los gobiernos pelucones de Montt, Prieto y Bulnes, contrataron a Bernardo Philippi (quien fuera enviado por años a Europa) para captar inmigración selectiva en Europa central.

[10] En el concepto de Miguel Reale, al concebir la doctrina del trialismo jurídico; esto es, el derecho como norma positiva, como norma de valor y como norma social.

¿Por qué es el caso del derecho inmigratorio (entre otros) muy relevante? Este cuadro destacado, junto a otros múltiples, hace que nuestro país llegue atrasado al cambio jurídico o al reconocimiento de la inercia de los hechos que se imponen desde afuera, al tener políticas de fronteras permeables. Así, el proceso de la receptividad jurídica está llegando tarde y está llegando incompleto. Este no es consistente con la velocidad de la revolución social (demografía social), con la permeabilidad cultural, con la liberalización del comercio internacional ni con la globalización económica.

El derecho chileno está llegando atrasado para servir al cambio o a la mutación social. Esto es tan pernicioso como llegar atrasado al cambio científico, a la equidad social o a las demandas económicas. El derecho chileno se comporta aún como globalifóbico y no sabe maduramente recepcionar el derecho internacional y sus vertientes más legítimamemte invasivas del derecho interno.

Lo hacemos poco, como en el derecho penal internacional (al reconocer lentamente sus procedimientos); lo hacemos tarde, como en el derecho ambiental internacional (tarde no para firmar tratados pero sí para adaptarnos efectivamente a ellos, que es lo que realmente importa y tiene valor); o bien lo hacemos mucho, como al acceder a organismos internacionales técnicos, como la OCDE, sin estar preparados para ello, teniendo que satisfacer la universalidad de demandas que se nos impone, para ser miembros de la élite internacional de naciones.

No hay reacciones adecuadas en el proceso de recepción del derecho internacional. Esto significa que el derecho chileno tiene (y siempre ha sufrido de ello) problemas serios de motricidad fina.

La accesión a la OCDE es precisamente otro ejemplo evidente que interpela a la responsabilidad en esta materia. Si de algo ha servido ya haber sido miembro activo de la OCDE, por más de un año, es para haber desnudado las asimetrías existentes entre lo que se es y lo que se anhela ser o se muestra que somos, frente al concierto internacional de naciones.

En efecto, carecemos de criterios equilibrados y sistemáticos, así como de tasa y medida, en la recepción del derecho internacional, tanto normativo como institucional. El derecho chileno ofrece movimientos y desplazamientos torpes y toscos, que no ayudan en el proceso de balancear la demanda social y económica con la oferta normativa de soluciones, reales, modernas, ágiles y concretas.

Fuera de la inexistencia del derecho inmigratorio y de los desfases existentes en el derecho ambiental, que acusan estas anomalías normativas o desajustes socionormativos, el derecho bancario chileno es otro ejemplo claro, para revelar

estas deficiencias. Nuevamente intentando evidenciar lo que es empírico, todos sabemos que el extranjero que, pretendiendo invocar prácticas de derecho comparado, en materia jurídica bancaria, intenta operar en nuestro país, el giro ordinario de una nueva entidad legal extranjera, en proceso de constitución con arreglo a las leyes chilenas, se enfrenta a una burocracia jurídica (no solamente práctica) paralizante y que genera hemiplejia en el desarrollo de negocios y en la credibilidad internacional.

Entonces, ¿cómo es que se recepciona el derecho internacional en el derecho interno? Estimamos que los vehículos contemporáneos más pertinentes para lograr este propósito son tres:

(1) con adaptación y permeabilidad al cambio, modificando prontamente aquello más fácilmente modificable, que es la normativa de los procedimientos administrativos y, eventualmente, las normas emanadas de la potestad reglamentaria de aplicación o de ejecución (como las prácticas y los procedimientos locales y municipales);

(2) con la simplificando de la legislación y su consiguiente disminución, en cantidad y profusión legislativa. Ello se logra colocando un torniquete para detener la hemorragia legislativa permanente.

En efecto, los países latinoamericanos tienen la tendencia a estimar que habrá mayor felicidad de los habitantes (destinatarios de las normas), más demandas satisfechas y mayor y mejor paz social, en tanto más leyes y normativas existan, capaces de regular hasta la más mínima actuación (expresión de alteridad) del hombre. Pensamos que la máxima, sin embargo, debe ser precisamente la opuesta y eso es lo que enseñan los países jurídicamente más modernos.

Debemos comprender que es pernicioso e ineficiente caer en la dinámica equivocada de creer que porque hay más legislación, tendremos menos problemas. La evidencia empírica demuestra lo inverso.

La profusión legislativa conduce directamente a la inefectividad y a la confusión. Hay abundantes estudios empíricos, en el derecho norteamericano (por la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane, en New Orleans), de los profesores Edward Sherman y Lawrence Ponoroff, dos grandes empiristas y tratadistas de arbitraje, en el derecho contemporáneo), en los que se reconoce que hay una fuerte relación, directamente proporcional, entre el exceso de normativa y el incumplimiento de la ley. Ella se incumple por confusión y por desincentivo.

Como lo anticipábamos al comienzo del texto, el derecho ambiental chileno es un ejemplo notable, en el sentido correcto, en este punto específico. No

obstante que discrepamos en muchas materias sustanciales con la misma (como más adelante lo mencionamos, al tratar el reduccionismo de la visión administrativa), hay que reconocer que la reforma legislativa, de simplificación y orden normativos (iniciada en enero de 2010), ya comienza a entregar óptimos empíricos, con respecto de la tasa de cumplimiento normativo, por parte de las empresas y de división nítida de atribuciones, por parte de la autoridad.

Una evidencia sólida de ello es la eficacia progresiva que ha ido alcanzando la red del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes y también la aplicación del Decreto N° 138, sobre la declaración de emisiones, aun antes de entrar plenamente en vigencia la institucionalidad ambiental plena de fiscalización, con la Superintendencia del Medio Ambiente, los tribunales ambientales y su marco sancionatorio e infraccionario.

(3) el tercer y final procedimiento de recepción del derecho internacional es el de la adecuada y oportuna reforma normativa interna: Esto está casi siempre expresado en los dos primeros artículos o párrafos de los tratados o instrumentos internacionales, con la siguiente fórmula: "Los Estados se obligan a adoptar todas las medidas jurídicas y administrativas que correspondan, en el ámbito interno, para hacer cumplir las obligaciones del tratado".[11]

He aquí el problema.

Una vez más, el mejor ejemplo de esta forma tercera de recepción está en lo que vive excepcionalmente el derecho ambiental nacional promulgado (originalmente, internacional ratificado), al incorporar en la legislación interna la normativa técnica de los tratados ambientales ratificados. El caso más típico y de mejor exposición a esta metodología es el del Tratado COPs (de los Contaminantes Orgánicos Persistentes) y su consiguiente plan de implementación nacional, como parte de la denominada "agenda química"[12] del Estado chileno.

Se trata lo anterior de una excepción en el derecho ambiental, adecuada y pertinentemente recepcionado en el país. En ningún otro de los entre 15 y 20 tratados multilaterales ambientales activos de que el Estado chileno es ratificante y que "ejecuta" internamente ha ocurrido un proceso de política pública y normativa de recepción integral del instrumento internacional.

En el caso del Tratado COPs (Convención de Estocolmo), este proceso se logró gracias a una asistencia directa del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el país, pero es menester recalcar que esto se ha producido

[11] La fórmula es ligeramente variable, siendo la citada aquella del Tratado de los Contaminantes Orgánicos Permanentes (COPs).
[12] Denominado así el programa de control, reducción y eventual eliminación de químicos sintéticos y químicos industriales, internacionalmente prohibidos o restringidos.

por las características y condiciones especiales que dicho tratado ha impuesto en los países ratificantes. Ello se ha dado en uno solo de la casi veintena de instrumentos aplicables en el ámbito interno, por virtud de la recepción.

No obstante lo anterior, no existe impedimento ni excusa alguna para que no se verifique este proceso en cada tratado ambiental multilateral ratificado por el país, debido a que existe una cantidad importante de financiamiento internacional para países que se espera cumplan con una correcta aplicación y ejecución del tratado.

GTZ, USAID, Banco Mundial, JICA, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo y otras instituciones de fomento de países donantes y de instituciones financieras mundiales reservan fondos para la implementación sustantiva y material de tratados ambientales, en el ámbito interno de países receptores. Esta modalidad es altamente subutilizada y nunca antes, en el caso chileno, fue usada de la manera que lo ha sido en el Tratado COPs (Convención de Estocolmo).

Los obstáculos internos que impiden que uno de estos tres mecanismos de conversión o recepción se aplique dinámicamente (algo causado por la traba del derecho chileno, en su motricidad fina y en su natural movimiento retardado a tolerar el cambio) es lo que lleva muchas veces al fenómeno del anquilosamiento o de la hemiplejia del derecho, donde éste no cumple con su objetivo ni fin.

Ahora bien, como está casi ya inferido, por lo dicho hasta ahora, el fenómeno de recepción del derecho internacional, en o hacia el interno, es mucho más expedito, eficiente y funcional en los países de derecho inductivo o casuístico, que en aquellos de derecho estático o codificado, por la dificultad de mutación o cambio de estos últimos hacia alteraciones sociales y culturales, de evolución natural.

Esta facilidad funcional en la recepción se ve con claridad en el trabajo jurisprudencial de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que, al ser una corte constitucional, opera como el gran arquitecto del cambio social en ese país, por lo que proporciona criterios de equilibrio sustentable entre mutación y estabilidad; entre cambio y permanencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos ejecuta un examen de recepción, en cada uno de sus fallos, y, en especial, en aquellos que revisa por la vía de "certiorari".[13]

[13] Por virtud del Writ of certiorari, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se autoarroga competencia constitucional para conocer de los asuntos que tienen particular relevancia, jurídica, política o social, aunque el asunto haya estado radicado en un juzgado de distrito o primera instancia.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema Federal, en una multiplicidad de sentencias, "The flexibility is necessary to the legal system because it allows the law to adapt to evolving conditions and to accommodate new factual situations. Although there is much flexibility, the stabilizing effect of stare decisis is strong. The tension between restraint and freedom, between stability and change is in the essence of the legal system".

Esto también se vislumbra en los países de derecho casuístico, con gran claridad, en el área del derecho ambiental, el que es recepcionado, en los Estados Unidos, Brasil, Jordania, Filipinas, Australia, Japón y Alemania (incluso, de alguna manera, en Costa Rica), desde una perspectiva casuística o inductiva, dando una cabida, más temprana y más eficiente, a los cambios científicos y tecnológicos –que el derecho ambiental reclama– entre otras cosas, para atender a las demandas más urgentes relacionadas con las normas primarias de calidad ambiental (como lo indicáramos antes, así se denominan técnicamente las normas ambientales a que se refiere el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, en tanto comprometen la vida del ser humano, y, por ende, sus derechos esenciales).

Por ello es que los derechos ambientales, como derechos humanos internacionales, están dentro de la esfera protectiva del artículo 5°, inciso segundo (doctrina constitucional norteamericana y alemana del "*compelling state interest*"). Esta recepción es de más constitucionalmente reconocida en el artículo 19 número 8 inciso segundo de la Constitución chilena, como deber del Estado u obligación ambiental de hacer, por parte del Estado Gobierno, en relación con la aplicación jurisprudencial de cada uno de los derechos mencionados, que se reconocen en la parte dogmática de la Constitución.

He aquí una mutación esencial del derecho internacional, de la cual ciertamente es corresponsable el derecho ambiental. En los mencionados países (especialmente en ellos), son las empresas, las industrias –personas jurídicas– los agentes económicos (destinatarios primeros o finales del derecho internacional ambiental ratificado) aquellos que generan los cambios en el derecho ambiental, toda vez que los tribunales (a través del "*judicial review*" o revisión de los actos legislativos, por parte del poder judicial) lo permiten y lo estimulan. Esta institución, por ello, es uno de los pilares jurídicos del Estado de Derecho norteamericano.[14]

A través de una herramienta expedita y constitucional, como es el *judicial review* (derivado de la teoría de los frenos y contrapesos de los poderes del Estado), las

[14] Expresión máxima del principio constitucional de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), que es el regalo del constitucionalismo de los Estados Unidos al mundo, en contraste radical con el principio de la división o separación de poderes, que es la contribución del constitucionalimo de Francia al mundo libre.

cortes federales y estaduales tienen las atribuciones de declarar toda legislación inválida o nula cuando es ella contraria a la constitución respectiva, sea federal o del Estado. De tal forma es difícil que exista estancamiento legislativo, en aquellos casos en los que hay normas anquilosadas o que no permiten el cambio social.

Ahora bien, por la aplicación del "*judicial review*", como instrumento funcional, en el derecho ambiental (normativa muy profusa), los actores jurídicos privados generan cambios de tal naturaleza, que alteran las normas legislativas por la vía judicial y hacen suyas las del derecho internacional, a través de la aplicación directa (sin reconocer intermedio) del derecho internacional, como ocurre con los instrumentos internacionales de gestión ambiental, que sustituyen a las normas legales de derecho duro y de comando y control ambiental, que de suyo no satisfacen las normas de derecho ambiental ni cumplen con su fin y propósito.[15]

Por ende, la dinámica regularmente lenta, castigadora (estrategia "*end of pipe*" y no preventiva), reactiva, morosa y débil del derecho interno latinoamericano, es antitética respecto de la naturaleza esencialmente no autoejecutoria (del derecho internacional ambiental) y que también demandan las nuevas áreas del derecho. Dicha dinámica obstaculiza, con dificultades estructurales, la incorporación o recepción del derecho internacional, por falta de instrumentos adecuados y expeditos en el derecho interno.

El derecho ambiental es complejo y técnico. Su materia prima es metajurídica, por lo que no puede ser proporcionada por el derecho en sí. El derecho ambiental tiene plena autonomía y, ciertamente, no es derecho administrativo. El nutriente más importante del derecho ambiental está en las disciplinas científicas que conforman la sustancia de la normativa ambiental y sin la cual no existe precisamente normativa alguna.

Eso es exactamente lo que conduce a su naturaleza no autoejecutoria, dado que la complejidad de su disciplina obliga a la norma ambiental técnica incorporada (desde el derecho internacional) a que existan técnicas de adaptación e implementación, pues la norma no se incorpora o implementa por sí misma, como en casi toda otra área del derecho en que solamente basta con el trámite de la mera promulgación y de la publicación, para que la ley sea tal y el tratado aplicable en el ámbito interno.

El carácter de no autoejecutoriedad del derecho ambiental internacional incorporado es el que reclama adaptación, modificación, ajuste, derogación, simplificación y promulgación de normas internas sustantivas, de manera tal

[15] Normas ambientales de comando y control se denominan aquellas que son correctivas y no preventivas. Las normas ambientales de comando y control son parte del derecho penal o del derecho administrativo, por lo que no solamente desvirtúan la naturaleza del derecho ambiental, sino que hacen que el mismo derecho ambiental (que es preventivo, por esencia) deje de tener sentido y vigencia.

que pueda aspirar a ser eficaz y de aplicación real. En efecto, la causa preeminente de la falla en la aplicación eficaz de las normas ambientales (jurídicas y técnicas) se debe a que existen intentos de aplicar éstas sin un ejercicio de adecuación o adaptación real, previamente ejecutado.

Por contraste, cuando hay países que han completado el ejercicio integral de recepción y de ejecutoriedad interna (de legislación que fuera antes meramente internacional), ellos hacen también suyas las normas severas de penalidad internacional y del ejercicio de los instrumentos de gestión ambiental.

A estas normas, ya legitimadas por la incorporación auténtica, debemos estar sujetos los chilenos y, por cierto, no solamente a incorporarnos a ser parte de entes fiscalizadores y normativos internacionales, como OCDE, con exigencias incumplibles, por no existir una plataforma adecuada para satisfacerlas.

Solamente el compromiso vinculante, por parte de un país, de observar y hacer observar la legislación internacional ratificada da garantías internacionales de que el acto ratificatorio ha sido honesto y verdaderamente consciente; es una carta de crédito, para la comunidad jurídica internacional, de que habrá una auténtica accesión a estándares internacionales, en el ámbito interno.

Un ejemplo de tal severidad y de compromiso verdadero (si la norma se cumple y ejecuta a cabalidad) está dado por el tenor del artículo 10-B del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Australia, el que se refiere a la expropiación de mercancías en comercio internacional e indica que no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios, no discriminatorios, de una Parte, que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente (voz análoga a la del articulado de la agenda química internacional, en sus tratados respectivos). La aplicación de una norma de tal envergadura efectivamente da garantía de una accesión integral y auténtica de la normativa internacional.

El citado es un ejemplo claro, fuerte y vinculante del derecho ambiental internacional bilateral, como paralelo al multilateral, que goza de sus propias herramientas para ello. Tal norma ejecutoria debería ser de expedita aplicación en nuestro país, por lo demás, debido a que una muy similar existe en nuestra Constitución, en su artículo 19, números 3, 16 y 19, donde se recepciona el derecho internacional que ampara los límites a las libertades individuales, al menos teóricamente en la materia. La incorporación o recepción que la Constitución chilena favorece y reconoce (por los preceptos citados) es obstaculizada en el marco legal nacional (de norma de rango legislativo).

La norma citada en el TLC entre Australia y Chile (atenta a ser aplicada y ejecutada por el primer país) es la fuente legítima del derecho internacional bilateral

de embargos y confiscaciones, por violar una parte la normativa del derecho internacional ambiental, que ya ha sido introducida en los países, como derecho interno.

Una norma análoga existe cuando un país vulnera su propia legislación (de derecho ambiental internacional multilateral ratificado) y es por eso que un cargamento de salmón, vino, fruta o minerales podría ser confiscado en un país receptor (de preferencia europeo), por haber el país exportador violado una norma ambiental internacional (legal o técnica), derivada originalmente del derecho ambiental ratificado.

Esto no solamente es posible gracias a la naturaleza no autoejecutoria del derecho ambiental, sino a que el derecho internacional ambiental tiene como sujetos principales (de la obligación ambiental) de derecho a las empresas e industrias (aun más que al Estado, como destinatario de ellas), en el ámbito interno de los países.

En los casos antes señalados, la confiscación no será un acto expropiatorio, en tanto exista inobservancia del derecho internacional ambiental. En el caso nuestro, cuando además se viola una norma ambiental primaria, dicha inobservancia constituye una violación constitucional, por virtud del artículo 5° inciso segundo. Nos encontramos, en tal caso, con una vulneración grave (de doble grado) del ordenamiento jurídico ambiental, en el tope de la jerarquía jurídica.

Existen inconsistencias graves, en el ejercicio de los deberes de incorporación y de recepción, que hacen que el Estado chileno adolezca de lo que hemos denominado bipolaridad internacional. Nuestro Estado es visto, internacionalmente, como un ejemplar firmante y "cumplidor" de tratados y de compromisos internacionales, lo cual se ha exacerbado desde el año 1990 hasta ahora, por la conducta ratificadora del Estado aparato. Nuestro discurso internacional es que somos grandes y virtuosos baluartes del derecho internacional. Por ese motivo, precisamente, es que fuimos acreedores (en relativamente breve plazo) de ingresar al club internacional de los privilegiados: la OCDE.

En el otro extremo de la bipolaridad, en cambio, ¿qué sucede al interior de nuestro país con el efectivo y real cumplimiento de la normativa internacional ratificada? ¿Hay un cumplimiento franco y anticipado de cumplir con el deber de la incorporación o de la recepción? ¿Por qué es que existe tanta dificultad en el proceso de la recepción o incorporación del derecho internacional?

Pues bien, la respuesta es simple. El grado de trastorno o complejidad del Estado se deriva de nuestro perpetuo "síndrome de ratificación compulsiva" (SRC)

de tratados o instrumentos internacionales, sean multilaterales o bilaterales. El Estado chileno negocia, firma y ratifica cuanto instrumento internacional se le coloca enfrente o se le invita a participar.

El conflicto, sin embargo, a que esta conducta lleva en el derecho ambiental es que, por ser éste técnico y científico (su naturaleza) y por ser las empresas e industrias de los países ratificantes los sujetos primarios del derecho ambiental, en el cumplimiento de sus normas, siendo aquéllas las destinatarias y ejecutoras principales de éstas, son precisamente las tales industrias y empresas las que tienen la más fuerte carga financiera de la aplicación de la normativa ratificada (sin ejercicio coherente de adaptación interna).

Lo que ocurre en materia ambiental es que el Estado chileno (por su SRC) ratifica un tratado sin antes estudiar detenidamente a quiénes obliga, cómo los obliga, qué obligaciones económicas y de adaptación normativa impone dicha convención y, finalmente, cuánto cuesta al país la aplicación del tratado, en términos de costos sociales, financieros y económicos, para todos los actores de cumplimiento obligatorio.[16]

Cuando un Estado ratifica un tratado procesal penal de extradición no requiere más que trámites meramente formales o de procedimiento, pues dicho acto es administrativo y se agota en ello. Cuando el mismo Estado ratifica un tratado ambiental, está ejecutando y adoptando una complejísima y multidisciplinaria tarea de política pública, que ha de ser precedida de un prolongado estudio y de un esfuerzo colectivo interno del Estado potencialmente afectado.

He aquí el reto del derecho ambiental al derecho internacional. Como los tratados ambientales tienen la naturaleza antes indicada y reclaman, como "*conditio sine qua non*" de su existencia, ejercicios drásticos y sustantivos de incorporación y recepción (y no meramente un acto administrativo burocrático y formal, como es la promulgación ejecutiva), no se les puede reducir a una aplicación meramente administrativa.

El error del SRC, esto es, una ratificación compulsiva e irresponsable de los tratados ambientales (sin que incluso algunos tribunales del país lleguen a comprenderlos adecuadamente en su contenido y objetivos) lleva al reduccionismo jurídico del derecho ambiental. Por éste entiendo la tendencia equivocada de percibir el derecho ambiental –que es técnico, científico, sustantivo, multidisciplinario y metajurídico– como meramente un derecho administrativo y de procedimientos.[17]

[16] Como antes lo advirtiéramos, la gran excepción al SCR del Estado chileno ha sido el proceso de ratificación de la Convención de Estocolmo o Tratado COPs, en el año 2005.

[17] De ser el derecho ambiental una mera expresión del derecho administrativo o derecho público, no debería entonces existir aquél, como disciplina sustantiva e independiente (como naciera en los Estados Unidos y Alemania), lo cual conduce el argumento al mismo absurdo. Así, abundantemente lo

Una cosa es causa de la otra. El reduccionismo es el efecto erróneo de un vicio mayor: el SRC.

Como la profusión de instrumentos internacionales ambientales ratificados por el país es tal, Chile tiene la percepción que para cumplir con el derecho ambiental hay que emprender solamente dos acciones: (a) ratificar, pues así cumplimos con la norma, y (b) elaborar un sistema administrativo, burocrático y muy cerrado, de evaluación de impacto ambiental, que es una herramienta imperfecta y parcial de control ambiental –ya dejada de lado en varios países modernos– meramente procedimental y que en nada resuelve o se hace cargo de los problemas sustantivos de la política o gestión ambiental nacional del país.[18] Por el contrario, como lo hemos testimoniado recientemente en el derecho chileno, ella otorga, al final de su proceso, un título jurídico feble e imperfecto, como lo es la resolución de calificación ambiental, que puede ser anulada políticamente.

Lo verdaderamente relevante, al aplicar (como debiera aplicarse) el derecho ambiental chileno, es que entre el 60% y el 70% de las obligaciones ambientales diarias, de las empresas e industrias se derivan o se han derivado del derecho internacional ambiental sustantivo ratificado: que ya es hoy derecho nacional (sea a través de normativa ambiental sustantiva, como de normativa ambiental técnica). La abundancia de normativa genera inconsistencias crónicas y los peligros de tal proceso subyacen crónicamente en el derecho ambiental, si no se comprende ni se aplica correctamente.

Mientras no existan las herramientas adecuadas, habrá serias inconsistencias y falacias en la aplicación del derecho internacional técnico. De allí que hayamos sugerido que tenemos una faz frente al mundo, como los grandes guardianes y arquitectos del derecho internacional, y otra interna, para nosotros, en que aparecemos ejecutando políticas públicas erróneas, estériles o, simplemente (lo cual es aún peor), dejando de ejecutarlas cuando debemos, pues el sistema sustantivo ha sido sustituido por uno meramente procesal y administrativo.

Entonces, ¿qué herramientas hemos sugerido que son esenciales para invertir estos serios errores de inconsistencia, en la normativa ambiental?

evidencian los grandes defensores del derecho ambiental, como disciplina sustantiva e independiente. En los Estados Unidos, entre otros, Edith Brown Weiss, Durwood Zaelke, Preston Scott, Steve Roady y David Hunter; en México, Raúl Brañes; en España, Ramón Martín Mateo, y en Brasil, Antonio Augusto Cancado Trindade.

[18] Una de las muchas consecuencias del reduccionismo administrativo (del derecho ambiental) de una porción de cultores del derecho ambiental chileno es que el derecho ambiental (sin ser propiamente tal verdadero derecho ambiental sustantivo, como lo es en muchos países que privilegian los instrumentos de gestión ambiental) es impotente de responder, con instrumentos de sustentabilidad sustantivos, a dilemas de política pública, tales como el de cómo conciliar el resguardo de los recursos naturales con una política energética de desarrollo y con un crecimiento económico sostenido.

1) simplificación de la legislación interna,

2) ejercicio de derogación de legislación y de normativa regulatoria o reglamentaria innecesaria, paralizante, vetusta o redundante,

3) proceso precalificatorio, jurídico y técnico de la legislación o normativa internacional (prerratificación): negociación y firma,

4) ejercicio interno de consistencia constitucional (examen jerárquico piramidal), que ha de ser un ejercicio jurídico e integral. Ello no se satisface meramente con la atribución constitucional del Tribunal Constitucional, de conocer la constitucionalidad del tratado que sea sometido a la aprobación del Congreso. Este es un ejercicio ex ante y que, muchas veces, se agota en un proceso de constitucionalidad formal y no material,[19] y

5) ejercicio interno de consistencia técnica (qué significan las normas; a quién obligan las normas; cómo lo hacen; desde cuándo y cuánto cuesta la aplicación del tratado; qué tan oneroso es para los destinatarios nuevos de las normas internacionales ambientales). Este es el ejercicio de un "scanner ambiental" que determinará el diagnóstico de la consistencia o falta de ella, para introducir correctivos relevantes en la aplicación, ejecución e interpretación normativa.

Por último, la consistencia no ha de ser solamente un ejercicio normativo, respecto de los instrumentos internacionales, compulsivamente ratificados, sino que también la consistencia, como examen de diagnóstico (o scanner), ha de aplicarse antes (preventivamente) de que lleguemos a ser parte de instancias económicas y normativas del primer mundo (como de la OCDE).

Los desfases entre nuestro país y OCDE son eminentemente normativos. Claro, los hay también sustanciales y culturales, como los escasos y mal aplicados estándares de protección, real y efectiva, de la propiedad intelectual y del valor que en ella subyace.[20] En ello hay problemas sustantivos severos; pero es la esfera o factor formal-regulatorio el que acusa el ángulo distorsionado en la ecuación.

La recomendación final es realizar los ejercicios serios y necesarios, de política legislativa y política pública coherente, en las áreas del derecho que han generado revolución del derecho, más que evolución (como el derecho ambiental), para que el divorcio entre la normativa interna, respecto de la internacional, se disminuya en su grado máximo.

[19] Véase el artículo 93, números 1 y 3 de la Constitución chilena.

[20] Por no haber una cultura de respeto pleno por la propiedad intelectual, en nuestro país, es que no es posible aplicar adecuadamente varios de los tratados ambientales ratificados por el país. Esta es una de las críticas más sustanciales y permanentes de la OCDE a Chile.

Mientras esto no ocurra, el derecho ambiental no podrá aplicarse en forma eficaz y eficiente y, por ello, no podrá servir su objetivo primordial, que es la consistencia y armonía entre las leyes del hombre y las de la naturaleza o, de otra forma dicho, el objetivo esencial del derecho ambiental, que es la restauración de los equilibrios (naturales y sociales) perturbados por causa de actividades humanas insustentables y alteraciones éticas de jerarquías y prioridades.

Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso

Alejandro Leiva López
Coordinador de Postgrado y
Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El Tribunal Constitucional ha declarado en dos oportunidades inaplicable el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, puesto que éste sólo faculta al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación frente a la resolución que excluye medios probatorios, privando a los demás intervinientes el derecho a impugnar tal resolución. Este precepto es absolutamente inconstitucional, no tan sólo por vulnerar el principio de igualdad ante la ley, sino por constituir un atentado contra el principio del debido proceso.

***

Introducción.

En dos notables fallos[1] nuestro Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), con fecha 28 de enero, y 9 de septiembre de 2010, declaró inaplicable para él caso concreto el inciso segundo del artículo 277 de nuestro Código Procesal Penal (en adelante "CPP") en virtud de que el precepto contenido en él vulneraría las garantías constitucionales establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 19, esto es, el principio de igualdad ante la ley y las normas relativas al debido proceso.

[1] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Nelson Arnaldo Pino San Martín respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación con la causa RUC N° 0800510604-5, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público" contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

En efecto, el inciso segundo del artículo 277 del CPP establece que: "El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, **cuando lo interpusiere el ministerio público**[2] por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía (...)", así, la norma en comento priva a los demás intervinientes del proceso de su derecho a interponer tal recurso frente a la exclusión de pruebas, lo cual, por cierto, constituye un perjuicio que hace procedente tal medio de impugnación.

El presente trabajo tiene por objeto analizar dichos fallos y los argumentos que ha tenido a la vista el TC para fundarlos, sin dejar de referirnos respecto a aquellas posturas contrarias a la declaración de inaplicabilidad, todo ello en busca de fundar dogmáticamente la declaración de inconstitucionalidad del precepto mencionado.

Así, la naturaleza de este trabajo y su finalidad no tienen por objeto adentrarse en los hechos que motivaron los fallos que analizaremos, pese a la desmesurada publicidad que los medios de comunicación hasta hoy efectúan respecto a uno de ellos (nos referimos, por cierto, a la causa en que se condenó a Pilar Pérez por los delitos de parricidio y homicidio calificado).

1. El debido proceso.

El profesor Meins define el debido proceso como aquel "que debe tramitarse conforme a un procedimiento previamente establecido por la ley, en el que haya **garantía de igualdad para los intereses enfrentados**[3] al conflicto jurídico a resolver por el órgano jurisdiccional, el que debe ser (...) justo y racional"[4].

El profesor Pablo Rodríguez señala que "no hay debido proceso si el imputado no tiene posibilidad de defenderse personalmente, cualquiera sea la razón que se tiene para ello, escoger a sus abogados, reconstituir los hechos en que se le atribuye participación, intervenir en las diligencias que se decreten a su respecto e **interactuar con el tribunal**[5] (...)"[6].

Para nosotros, el principio del debido proceso constituye aquel conjunto de garantías que el constituyente consagra en favor de las partes de un juicio en el que se asegure el derecho a impetrar acciones judiciales y el derecho a defensa, un juez objetivo e imparcial, un procedimiento expedito y eficiente, la posibilidad de aportar medios probatorios, la igualdad de armas de quienes

[2] En negrita precepto declarado inaplicable en las causas señaladas.
[3] La negrita es nuestra.
[4] MEINS (1999) p. 446.
[5] La negrita es nuestra.
[6] RODRÍGUEZ (2001) p. 12.

participan en él, y la posibilidad de revisión de los fallado por una instancia superior, a través de recursos y medios oportunos y ciertos.

Sustenta la opinión que aquí expondremos el principio del debido proceso. A partir de este principio –consagrado constitucionalmente[7]– podemos construir todo aquel conjunto de obligaciones y deberes a que están sometidos tanto el legislador como los tribunales de justicia en la creación de las normas procesales y su aplicación.

Es deber del legislador respetar este principio, puesto que las normas que rigen y dirigen la actividad jurisdiccional influyen sustancialmente en la forma en que el juez conocerá de los hechos y del derecho –limitando los primeros y declarando el segundo–, y por tanto a través de los cuales aplicará su facultad de *ius dicere*.

A su vez, es deber de los tribunales de justicia procurar la aplicación concreta del principio del debido proceso, ya sea promoviendo y respetando la bilateralidad de la audiencia, fundando sus fallos en la mantención irrestricta de su imparcialidad y, entre otras, respetando el principio de la doble instancia.

Ahora bien, y entrando de lleno al entendimiento y aplicación del principio del debido proceso, podemos señalar que ya el profesor Silva Bascuñán, al tratar y estudiar la génesis de este principio en la Constitución, señala que se planteaba (sesión N° 100 de la C.E.N.C.) la necesidad de consagrar un **juicio legal**, entendiendo que este "significa un juicio en que la persona afectada tenga derecho de concurrir ante el tribunal, de defenderse **y de disponer de los recursos suficientes para hacer, en verdad, una defensa eficaz y cierta**"[8,9].

Se puso así de relieve y se dejó expresa mención –en la historia fidedigna de nuestra Carta Fundamental– no sólo que el principio del debido proceso envuelve la facultad de las partes para interponer recursos procesales, sino que además que éstos garanticen una defensa "eficaz" y "cierta", es decir, una defensa que tenga caracteres de eficacia: "capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera"[10], y cierta: "conocida como verdadera, segura e indubitable"[11], lo cual creemos es un punto que reviste la mayor relevancia y sobre el cual volveremos más adelante.

[7] "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." Artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución Política de la República.

[8] SILVA (2005) p. 77.

[9] La negrita es nuestra.

[10] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (a).

[11] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (b).

En la sesión siguiente a la aludida, señala el profesor Silva Bascuñán[12], se hizo mención a la intervención del profesor José Bernales, quien introdujo el concepto de *due process of law*[13], esto es, del "debido proceso legal", el cual resume el profesor Enrique Evans[14] señalando que los elementos que configuran un racional y justo procedimiento son: a) la notificación y audiencia del afectado; b) la presentación, recepción y examen de la pruebas; c) sentencias dictadas dentro de plazo; d) que el tribunal que las dicte sea imparcial y objetivo; y e) **la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.**

1.1 Debido proceso, medios de impugnación e igualdad ante la ley.

La labor del juez, que por su naturaleza debe ser un tercero imparcial a los intereses de las partes –intervinientes en el nuevo proceso penal–, es la de sopesar a través de su balanza cada una de las alegaciones aportadas, ya sea a través de escritos, incidentes, defensas, excepciones o recursos, y así, en forma objetiva y primordialmente ecuánime fallar conforme a derecho el asunto sometido a su decisión.

Necesariamente y bajo este presupuesto, la norma –general y abstracta– debe ante todo consagrar, reconocer y propugnar dicha objetividad propia de un debido proceso. La norma que no permite al juez mantener dicha imparcialidad atenta contra la esencia misma de la actividad jurisdiccional, el principio del debido proceso y sin duda el principio de igualdad ante la ley. Nuestra Constitución así lo consagra y reconoce[15], la cual como ley fundamental impregna el ordenamiento jurídico y le otorga validez, razón por la cual, aquellas normas que sean contrarias al fin último de nuestra Carta deberán ser expulsadas de éste.

Así, tanto la actividad jurisdiccional como la legislativa deben apuntar en una misma dirección, cual es respetar los principios constitucionalmente consagrados, promoverlos y reafirmarlos.

Los fallos del TC que aquí analizaremos reafirman lo expuesto y velan por la mantención y respeto del principio del debido proceso, declarando inaplicables aquellos preceptos que atenten contra la equidad y eficacia que busca el constituyente.

De esta forma, la norma que restringe la interposición de medios de impugnación, sea este un recurso de apelación, casación o reposición, goza de validez

[12] SILVA (2005) p. 77.
[13] Término "(...) que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 – "*per legem terrae*", "*by the law of the land*"– (...) en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal." GOZAÍNI (2004) p. 60.
[14] EVANS (1986) p. 29.
[15] En el ya mencionado artículo 19 N° 3.

y legitimidad, siempre y cuando esté amparada por un fundamento racional e igualitario que justifique su restricción.

Al igual que la Constitución, no hay duda que la ley puede hacer diferencias y discriminaciones, puesto que ha sido establecida para ser aplicada a casos concretos a través de un proceso de interpretación y aplicación individualizada a las personas, sean éstas partes litigantes, contratantes, intervinientes, privilegiados o sancionados.

Así también lo ha declarado de forma reiterada nuestro TC, al señalar que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"[16].

Pese a lo señalado, la concesión o restricción de recursos procesales –recurso de apelación para el tema que aquí analizamos– a quienes son partes litigantes en un juicio implica necesariamente que el legislador, al crear las normas, deba observar y considerar el principio del debido proceso mediando racionalidad y fundamentación.

Cierto es que el legislador está facultado para reservar el recurso de apelación en contra de determinadas resoluciones judiciales o para determinados casos específicos que él mismo establezca. Así se observó en las discusiones de la Comisión Ortúzar relativas al reconocimiento del principio del debido proceso: "Creemos que el legislador debe tener flexibilidad para contemplar la segunda instancia en los casos y oportunidades que estime necesario"[17], sin embargo, la facultad de impugnar, alegar o reponer jamás podrá significar la indefensión para una de las partes y un arma para la otra.

En otras palabras, el legislador tiene estrictamente prohibido dotar a una de las partes en juicio de un medio u arma procesal y negárselo a la contraria. Esto necesariamente implica un desbalance que trae aparejado el desamparo de uno de los intervinientes, y protección del otro. Constituye así un sobrepeso en el equilibrio absoluto que debe mantener el tribunal frente a los intervinientes, lo cual desnaturaliza su función jurisdiccional.

[16] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo tercero.
[17] SILVA (2005) p. 78.

Es más, aun existiendo una discriminación en el otorgamiento del recurso que se funde o sostenga en una diferencia razonable y no arbitraria –esto es, respetando el principio de igualdad ante la ley–, aun así, se vulneraría sin duda alguna el debido proceso y el equilibrio en la *cognitio* del magistrado, tornando la *litis* incierta, ineficaz, torcida e injusta.

2. Fundamentos del TC.

Introducidos en el tema y habiendo recalcado la importancia del principio del debido proceso, pasaremos a revisar las razones que tuvo a la vista el TC para declarar en dos oportunidades inaplicable por inconstitucional el precepto "cuando lo interpusiere el ministerio público" contenido en el artículo 277 del CPP.

Debemos aclarar, sin embargo, que el TC no buscó determinar si el principio de la doble instancia, esto es, la facultad de interponer el recurso de apelación, es o no un elemento esencial del debido proceso[18], (discusión que por cierto ya aclaramos positivamente), sino que lo que busca decidir es si la ley puede privar del recurso de apelación a uno de los intervinientes, que puede ser igualmente agraviado por una resolución.

El primero de los fallos, Rol N° 1535 del 28 de enero de 2010, señala que "el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar"[19].

Así, y en sintonía con lo que aquí hemos planteado, el precepto legal contenido en el artículo 277 del CPP afecta y se desentiende del mandato constitucional, que como ya hemos revisado contiene el denominado principio del debido proceso. Es a través de este principio que podemos concluir que el derecho a interponer recursos procesales –en este caso el de apelación– no puede ser entendido sólo en beneficio de uno de los intervinientes, toda vez que la resolución afecta a ambos por igual.

En este sentido, el segundo fallo aquí analizado, Rol N° 1502 del 9 de septiembre de 2010, declara "que la aplicación de esa expresión, contenida en el referido artículo 277, inciso segundo, produce un resultado inconstitucional, habida cuenta que dentro de la causa sub lite, frente a idéntica situación de agravio,

[18] Así lo señaló al declarar que: "(...) no le corresponde (al TC) emitir juicio acerca de si la doble instancia constituye o no un elemento del debido proceso (...)". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando décimo segundo.

[19] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando vigésimo octavo.

consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no"[20].

Finalmente, el TC tuvo a la vista, como pilar fundamental para la declaración de inaplicabilidad del precepto aquí estudiado, la vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

De la mano con lo que ya hemos aportado acerca del debido proceso, la norma que entrega un arma procesal a uno de los intervinientes y no al otro podría eventualmente ser lícita y constitucionalmente válida, puesto que es el mismo constituyente quien faculta al legislador para discriminar la posibilidad de que sean impugnables o no ciertas resoluciones judiciales por uno, algunos o todos los intervinientes. Sin embargo, esa distinción, discriminación o prohibición deberá ser objeto de una fundamentación y racionalización por parte del legislador.

Nos confirma lo expresado el TC al señalar que "(...) si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (...)"[21].

La norma que crea una diferencia, inhabilidad o una imposibilidad para uno o algunos y que no está fundada bajo un marco racional y fundado, es necesariamente arbitraria y contraria a nuestra Constitución.

Así, el precepto que analizamos faculta sólo al Ministerio Público en la interposición del recurso de apelación en contra de la resolución que excluye un medio probatorio por haber sido éste obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales, bajo el supuesto que, como es el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación y las policías, sólo éste podría vulnerar dichas garantías, y por tanto sólo este podría ser perjudicado por la exclusión de pruebas.

Fundamento que tiene cierta lógica, puesto que quien está habilitado para investigar con amplias facultades y por tanto quien es más proclive a vulnerar garantías constitucionales, es ciertamente el Ministerio Público. De ello se explica que dentro del proceso penal exista el denominado principio de la "autorización judicial previa"[22], que busca precisamente limitar la posible transgresión de garantías por parte del Ministerio Público y regular así los casos en que éstas se produzcan.

[20] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando séptimo.
[21] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo primero. Ver también Rol N° 790, considerando vigésimo segundo; Rol N° 1138, considerando trigésimo séptimo, y Rol N° 1140, considerando trigésimo primero, entre otras.
[22] Contenido en el artículo noveno del Código Procesal Penal.

Sin embargo, y así lo corroboran las causas que sirvieron de origen a los dos fallos que estudiamos, no tan sólo el Ministerio Público puede vulnerar dichas garantías, sino también los demás intervinientes en el proceso penal. Por supuesto comenzando con el defensor o querellante, quienes naturalmente también realizan gestiones investigativas, todas las cuales serán esenciales en sus respectivas defensas o acusaciones. Por ahora mencionaremos: la recopilación de antecedentes, documentos, escritos, declaraciones testimoniales, fotografías, material audiovisual, instrumentos del crimen, etc., todas actividades que implican que en su obtención puedan eventualmente vulnerarse garantías constitucionales.

Lógico es señalar entonces que el tribunal puede y debe excluir dichos medios de prueba por haber sido obtenidos con inobservancia de garantías consagradas en la Constitución, independientemente de quien las haya vulnerado, sea este el Ministerio Público, el defensor o el querellante. Todo lo cual sólo nos lleva a concluir que la resolución que excluye estos medios probatorios causa un agravio o perjuicio procesal no sólo al Ministerio Público, sino también a los mencionados intervinientes, y por tanto el recurso de apelación debiera proceder a favor de ellos también.

Nuevamente el TC aclara este punto al indicarnos: "Que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como lo señala el artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal, sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador"[23].

El precepto legal, por tanto, vulnera el principio de igualdad ante la ley, puesto que frente a una resolución que causa agravio tanto al Ministerio Público como a otros de los intervinientes, sólo faculta al primero para impugnar dicha resolución, realizando una diferencia que no tiene fundamento ni raciocinio, y por tanto contraria al mandato constitucional. Termina señalando el TC que "(...) en consecuencia, existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no"[24].

Podemos concluir así que el TC no estuvo equivocado al declarar en dos oportunidades inaplicable por inconstitucional el precepto analizado, teniendo como

[23] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo octavo.
[24] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo tercero.

argumentos no sólo el hecho de haberse vulnerado el principio de igualdad ante la ley, sino también, y más relevante aún, por infringir y atentar gravemente contra el principio del debido proceso. El destino natural, por tanto, es la inevitable declaración de inconstitucionalidad del precepto contenido en el artículo 277 del CPP.

3. Fundamentos en contra de la inaplicabilidad. Votos disidentes.

Ambos fallos analizados, roles N°s 1502 y 1535 de 2010, contaron con la disidencia de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, en el primer caso, y con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, en el segundo, quienes estuvieron por desechar el requerimiento en atención a los siguientes motivos, de los cuales mencionaremos los que a nuestro juicio revisten mayor importancia:

En primer término, señalaron los Ministros disidentes: "Que la acción de inaplicabilidad, como lo ha declarado reiteradamente esta Magistratura, tiene un efecto puramente negativo (...) En modo alguno el acogimiento de la inaplicabilidad puede traducirse en indicarle al tribunal de la gestión pendiente qué precepto debe aplicar para su dilucidación ni, mucho menos, crear una disposición para la decisión del caso"[25].

Voto que a nuestro juicio carece de sentido, puesto que es el mismo fallo el que señala que sólo tuvo por objeto declarar inaplicable y para el caso sub lite la expresión "cuando lo interpusiere el ministerio público", sin que en ningún caso se ordene al tribunal que conoce de la gestión pendiente realizar o tramitar una determinada actuación procesal.

Posteriormente señalan que "(...) lo resuelto en la sentencia da precisamente por resultado la creación de un recurso de apelación por parte de quien el legislador no ha legitimado al efecto. Con ello y como quiera que la legitimación para excitar la intervención del órgano jurisdiccional es parte de la competencia de este último, se vulnera el principio constitucional en cuya virtud sólo la ley (y además una ley orgánica constitucional) puede establecer las atribuciones de los tribunales de justicia, por lo que mal una sentencia de este Tribunal podría investir de competencia al efecto al tribunal de la gestión pendiente."[26]

Argumento que al igual que el anterior carece de fundamento, puesto que debemos diferenciar el efecto que produce la declaración de inaplicabilidad

[25] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 1er voto de disidencia.
[26] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 2° voto disidente.

por inconstitucionalidad, de aquellas funciones legislativas que sólo los constitucionalmente legitimados activos pueden ejercer.

La labor del TC es precisamente velar por la constitucionalidad de las leyes y los preceptos que las integran. El hecho de declarar inaplicable una norma no envuelve en ningún caso legislar o modificar las atribuciones de los tribunales de justicia. Aquellos pueden ser los efectos indirectos de su legítima función entregada por la Carta Política, efectos que no implican que debamos coartar su actividad.

De lo contrario y bajo este raciocinio, toda vez que el TC declare inaplicable una norma o la invalide dentro del ordenamiento por ser esta inconstitucional, estaría ineludiblemente legislando, puesto que necesariamente los efectos de sus resoluciones modificarán instituciones, eliminarán plazos, restarán facultades o invalidarán privilegios.

Su función es negativa, como bien lo señalan los ministros en el punto antes mencionado, puesto que la declaración de inaplicabilidad de la norma al caso concreto o la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, eliminará o derogará el mismo con efectos particulares o generales respectivamente, sin que ello signifique desbordar sus atribuciones. Es ésta su función primordial. La labor propia del legislador es crear normas, la del TC es precisamente la contraria.

La falta de pericia del legislador no puede suplirse mediante la función propia del TC, cual es se haga respetar la Constitución. Por ello, los principales efectos y la relevancia de las decisiones que adopte nuestro tribunal serán más bien políticos, esto es, mediante el envío de señales de alerta al legislador, quien debe imperativamente reconstruir aquello que realizó imperfectamente, creando o modificando normas restauradoras del ordenamiento.

Continúan los ministros disidentes alegando que "(...) el rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido no significa dejar desamparado al querellante en su legítima pretensión de tutela judicial efectiva de su derecho a recurrir, toda vez que la propia legislación procesal penal (artículo 373, letra a, del Código Procesal Penal) le franquea el recurso de nulidad en contra de la sentencia que culmine el proceso (...)"[27].

Argumento que hemos desvirtuado a lo largo de este trabajo. El debido proceso no sólo implica consagrar medios de impugnación, sino que además que éstos sean en realidad eficaces y ciertos. No nos cabe duda que consagrar un remedio en subsidio del recurso de apelación que es absolutamente ineficaz

[27] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 3er voto disidente.

e inoportuno como el recurso de nulidad, vulnera el debido proceso, ya que mantiene al litigante tramitando un pleito que de antemano sabe perderá o, a lo menos, le será tremendamente dificultoso.

Un debido proceso, o más puntual aun, un sistema de recursos en que el legislador impide la interposición de recursos, y dicha inhabilidad produce efectos permanentes en juicio, en este caso, limitando los medios probatorios de una de las partes (los cuales revisten caracteres de esencialidad para una adecuada defensa), implica necesariamente un desconocimiento de lo que el constituyente tuvo a la vista al consagrar el principio.

Por otro lado, y como ya adelantamos, el principio del debido proceso y la facultad para interponer recursos frente a resoluciones judiciales que causen agravio, deben estar establecidos en la ley de manera que entreguen las herramientas suficientes para realizar una defensa de forma eficaz y cierta.

Si la institucionalidad creada en torno a los medios de impugnación, pese a consagrarlos, impide que positivamente éstos permitan una defensa eficaz –que tenga la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera–, y por tanto, inhabilitan a ejercer una defensa oportuna y eficiente, dicha institucionalidad no está respetando el proceso legal que la Constitución reclama.

Tan importante como la consagración a favor de la partes de uno o más recursos procesales, es que éstos en la realidad permitan efectuar una defensa que sea efectiva. Un medio ineficiente y tardío podrá eventualmente recomponer un proceso viciado, sin embargo aquel no es el sistema que el constituyente manda establecer.

Por tanto el actual sistema –como lo vemos reflejado en el CPP– niega y vulnera el debido proceso, quedando como única alternativa la modificación o eliminación de aquellos preceptos atentatorios al régimen ordenado por el constituyente.

Es por ello que las opiniones contrarias –a lo que hemos tenido a la vista para fundar la inaplicabilidad del artículo 277 del CPP–, y que señalan que aun negándose el recurso de apelación subsiste el recurso de nulidad en contra de la sentencia, no son más que posiciones equívocas e ilusorias.

Así también lo ha entendido el TC, iluminándonos al señalar que "se tuvo especialmente en cuenta que es deber del Estado promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, conforme ordenan sus artículos 5°, inciso segundo, y 6°, incisos primero y segundo, entre los cuales se encuentra **el derecho a una tutela judicial eficaz**[28] que les

[28] La negrita es nuestra.

asiste a las partes, incluido el imputado, así como el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización, con el propósito de excluir, justamente, cualquier forma de indefensión"[29].

Finalmente y continuando con las opiniones de aquellos Ministros que no están de acuerdo con la inaplicabilidad del precepto en estudio, señalan los disidentes que "(...) a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador (...)"[30].

Fundamento que no resiste análisis, puesto que siguiendo esta línea argumentativa llegaríamos al absurdo de que no son necesarios los abogados defensores, como tampoco toda la institucionalidad creada a partir de la reforma procesal relativa a la Defensoría Penal Pública.

Negar que el imputado requiera defensa nos lleva a un sistema irreal en el que la posibilidad de ser condenado es reducida a un mínimo en virtud del principio de inocencia. Principio que claramente busca no sólo evitar que se presuma de derecho la responsabilidad penal, sino también evitar que el imputado en cualquier estado de la causa sea considerado como culpable, y por lo demás, principio básico en un Estado de Derecho.

La defensa tiene por objeto, en el caso del imputado, aportar todos los elementos de prueba necesarios, no tan sólo para sustentar las dudas razonables que evitarán una sentencia condenatoria, sino también probar y comprobar hechos positivos de inocencia, sea a través de documentos, grabaciones, videos, declaraciones testimoniales, etc., todos los cuales son medios necesarios y consagrados constitucionalmente como elementos de un debido proceso en lo que a prueba se refiere.

Un sistema en que no se permite a uno de los intervinientes aportar medios probatorios, y en especial al imputado, desconoce toda justicia, principio o resabio de valores que fundan e imperan en una Nación.

[29] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando octavo. Idea que se menciona reiteradamente, entre otras, en su considerando décimo séptimo: "tutela judicial efectiva". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando décimo séptimo: "sin dilaciones indebidas". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando vigésimo: "que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535.

[30] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando décimo tercero.

Conclusiones. Inconstitucionalidad del artículo 277 del CPP.

Hemos aportado a esta discusión un breve análisis de dos fallos del TC en que se declaró inaplicable por inconstitucional el precepto contenido en al artículo 277 del CPP, principalmente basados en que dicha norma vulnera el debido proceso y el principio de igualdad ante la ley, ambos principios consagrados constitucionalmente.

El primero de ellos, el debido proceso, tiene reconocimiento en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la cual consagra que el debido proceso no tan sólo está integrado o envuelve la facultad de interponer recursos procesales, sino también que éstos medios revistan caracteres de eficacia y certeza. De lo contrario, mantendríamos vigente un sistema ineficiente que redunda directamente en la indefensión de los intervinientes, tal como lo comprobamos a lo largo de este estudio.

Es por ello que sustentar que frente a la imposibilidad de presentar el recurso de apelación, a la parte agraviada le subsiste el recurso de nulidad como medio idóneo, razonable y eficaz, no queda sino concluir un desconocimiento absoluto de aquellos principios que deben imperativamente reglar todo proceso judicial.

Por otro lado, la norma del art. 277 vulnera abiertamente el principio de igualdad ante la ley, puesto que infundada y arbitrariamente concede el recurso de apelación a sólo a uno de los intervinientes, negándoselo a los demás, lo cual no se explica si se reconoce que, siendo varios los perjudicados con la resolución de exclusión de pruebas, varios deben ser los legitimados activos del recurso.

Concluyendo, la inevitable consecuencia de tal atentado contra el debido proceso implica necesariamente que el precepto aludido requiere ser invalidado con efectos generales del ordenamiento jurídico a través de la declaración de inconstitucionalidad, y será deber del Poder Legislativo recomponer las normas afectadas con tal declaración, tomando en consideración los necesarios efectos que se produzcan.

En este sentido y de *lege ferenda*, proponemos la modificación del inciso segundo del artículo 277 del CPP, reemplazándolo por uno que permita a todos los intervinientes interponer tal recurso. Ensayando podría leerse:

El auto de apertura del juicio oral será susceptible del recurso de apelación, por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra

de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

Así, se elimina el precepto inconstitucional y se faculta tanto al Ministerio Público como a los demás intervinientes para apelar a esta resolución, que, sin duda alguna, afecta substancialmente el curso del proceso y causa necesariamente un perjuicio respecto al interviniente afectado.

Finalmente y para concluir, queremos hacer extensivo lo aquí señalado a la norma consagrada en el artículo 132 bis del CPP, el cual de igual manera sólo faculta al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación en contra de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, al señalar que "Tratándose de los arts. 2 N° 5 delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el sólo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable"[31].

Bibliografía citada

EVANS, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

GOZAÍNI, Osvaldo (2004): El debido proceso en la actualidad / *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* ISSN 1870-8390, N° 2, 2004, págs. 57-70 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf

MEINS, Eduardo (1999): "El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código de Procedimiento Penal" / *Revista Ius et Praxis, año/vol.5 número 001.* Universidad de Talca, Chile. pp.445-460.

RODRÍGUEZ, Pablo (2001): "El "debido proceso" a la luz de la ley chilena / *Revista Actualidad Jurídica, Año II, N° 3 de enero de 2001.* Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile.

SILVA, Alejandro (2005): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo VIII.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1502, 9 de septiembre de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1553

[31] Precepto que ya ha sido declarado inaplicable por inconstitucional. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), Rol N° 1001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1535, 28 de enero de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1309

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1001, 29 de enero de 2008 [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/729

Otros

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIODE LA LENGUA ESPAÑOLA (a), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2011] Disponible en: http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficaz

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (b), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2011] Disponible en: http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficaz

Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales[1].

José Miguel Sarroca Poblete

Abogado

Resumen: el sistema registral chileno debería con el tiempo llegar a ser digitalizado y entregar garantías suficientes de ello. Entre tanto, el proyecto de ley que se comenta en este artículo, endosa al Servicio de Impuestos Internos (S.I.I.) un registro computacional de dudosa efectividad práctica, olvidando que lo conveniente es enfocarse en la modernización del sistema en su conjunto.

***

Con especial interés daremos nuestra opinión sobre el proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución, modificación, transformación y disolución de las sociedades comerciales, que el Presidente de la República presentara al H. Senado en su Mensaje de fecha de 29 de octubre de 2010.

Para estos efectos, nos proponemos desarrollar nuestros planteamientos, a través de los siguientes capítulos:

1. Principales objetivos planteados en el Mensaje Presidencial.

2. Sobre algunas prevenciones relativas a los objetivos y contenidos de dicho proyecto de ley, que provienen de algunas de las principales actividades involucradas y/o afectadas con una iniciativa de esta naturaleza.

3. Incidencia del proyecto de ley en análisis para las actividades del comercio de menor tamaño.

4. Reflexiones finales sobre la iniciativa gubernamental antes referida.

[1] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución, modificación, transformación, fusión, división, terminación y disolución de personas jurídicas que indica.(Boletín 7328-03)

Trataremos a continuación estos temas, en el mismo orden recién mencionado.

1. Principales objetivos planteados en el Mensaje Presidencial.

- El principal objetivo que persigue el mencionado mensaje gubernamental consiste en el fortalecimiento del emprendimiento e innovación, para cumplir con la meta de que Chile sea un país desarrollado hacia el año 2018.

- La reciente Ley N° 20.494, publicada en la edición del Diario Oficial correspondiente al día 27 de enero de 2011, que agiliza los trámites para el inicio de las actividades de nuevas empresas, apunta también en la misma dirección postulada en el párrafo que antecede.

- A estos efectos, el diagnóstico del Gobierno relativo a lo que ocurre en nuestro país respecto a los emprendedores, principalmente entre aquellos de menor tamaño, es que hay una informalidad preocupante, que limita su crecimiento, contribuye a la precariedad del trabajo y limita su acceso a mercados relevantes.

- Se procura por ello formalizar las actividades de dichos empresarios, a través de la creación de empresas que cuenten con un patrimonio propio, que sea diferente del patrimonio personal y familiar de dicho emprendedor.

- En el proyecto de ley bajo análisis se expresa que en el año 2008, de las 900.375 empresas registradas en el Servicio de Impuestos Internos, un 69% correspondía a empresarios individuales y el restante 31% a personas jurídicas, y esta diferencia porcentual se explicaría principalmente por problemas derivados de los costos y tiempo involucrados en la formación de una empresa, lo que contribuye a fomentar la informalidad. Se agrega también que dichos costos fluctuarían actualmente entre $250.000 y $520.000, por concepto de gastos notariales, publicación en el Diario Oficial, inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y servicios jurídicos. En lo que se refiere a los plazos necesarios para una gestión de esta naturaleza, se podrían disminuir de 3 semanas a 1 semana.

- No obstante lo anterior, se destaca en la iniciativa gubernamental que habría al menos una noticia alentadora sobre la situación existente, ya que según encuestas recientes del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, un 56% de las empresas establecidas en Chile realizarían trámites en línea y en su totalidad dichas empresas habrían realizado dichas gestiones a través de la página Web del Servicio de Impuestos Internos, en adelante "SII".

- En relación a la materia antes referida, se destaca en el Mensaje un reciente ranking del estudio internacional titulado "Doing Business", elaborado por la Corporación del Banco Mundial, que cuantifica los trámites para realizar negocios existentes en sus países miembros, en lo que dice relación a costos y plazos vinculados con la creación de una empresa, que no resultaría alentador para Chile, en comparación con los restantes países de la "OCDE" y cuyo contenido es el siguiente:

- La evidencia internacional obtenida a partir del ranking elaborado el año 2010 por Doing Business (Corporación del Banco Mundial que cuantifica las regulaciones para realizar negocios existentes en sus países miembros) muestra que Chile aparece en el lugar número 69 sobre un total de 183 países en la categoría de iniciar un negocio. En lo que respecta al ranking general de facilidad para hacer negocios, Chile se encuentra relativamente mejor posicionado en el lugar 49, pero de todas formas registró un retroceso de 9 puestos respecto a la medición del año 2009, evidenciando una pérdida de competitividad en la materia.

- Ranking del Doing Business en cuanto a iniciar un negocio considera la siguiente información a destacar:

a) El número de trámites para constituir una empresa en Chile asciende a 9 versus un promedio de 5,7 para los países que pertenecen a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OECD").

b) El tiempo en constituir una empresa en Chile alcanza a 27 días; en cambio en la OECD alcanza a 13 días en promedio.

c) El costo como porcentaje del ingreso per cápita en Chile es de 6,9% (US $415), mientras que en la OECD dicho valor es de un 4,7%.

d) En vista de lo anterior, Chile está muy rezagado en las facilidades para emprender en relación a los países desarrollados ("países OECD"), por lo cual resulta urgente disminuir fundamentalmente los costos y el tiempo de constitución de una empresa, entre otros factores, para cumplir la meta de ser un país desarrollado hacia el 2018.

En definitiva, y en caso de prosperar la iniciativa antes descrita, se esperaría, según el Mensaje, duplicar en términos anuales la tasa de creación neta de empresas, de 10.000 a 20.000.

2. Sobre algunas prevenciones relativas a los objetivos y contenidos del proyecto gubernamental, que provienen de algunas de las principales actividades involucradas y/o afectadas con una iniciativa de esta naturaleza.

- En relación a los planteamientos del Mensaje Presidencial recién recapitulados, el Conservador de Bienes Raíces de Santiago y la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile, han entregado a esa Comisión de Economía una documentada descripción sobre sus actividades actuales, que deja constancia acerca de los significativos progresos que han introducido últimamente a sus respectivos quehaceres, solicitando que no se innove en una materia tan significativa para el buen desempeño de la actividad legal de nuestro país.

- En este sentido, el Conservador de Bienes Raíces de Santiago ha procedido a describir aquellos avances que se introdujeran a partir del año 2008, en el Registro de Comercio a su cargo, citando, entre otros, la digitalización de las inscripciones de dicho Registro desde el año 1970 a la fecha (más de 2 millones de imágenes); la readecuación de los procesos internos y la implementación de un nuevo portal (www.cbrsantiago.cl).

- Por su parte, entre los beneficios que ello ha representado para los usuarios, destaca la significativa reducción de los plazos empleados actualmente para realizar el trámite de inscripción de la constitución de una sociedad que se redujeron a menos de 24 horas; y aquel para emitir un certificado o copia con vigencia, a sólo unas horas.

- Nos parece interesante destacar en esta breve descripción que ha hecho el Conservador de Bienes Raíces sobre los progresos desarrollados en su gestión, su alusión a lo que ocurre en nuestro vecino país, Perú, al expresar que éste "habría logrado algo que nosotros no hemos podido aún lograr y es la integración de su Registro de Comercio con su Servicio de Impuestos Internos, para los efectos del otorgamiento en línea del RUT de la sociedad". Agrega seguidamente que en Chile, "no obstante sus insistencias desde el año 2008 en adelante", no se ha podido lograr "que el S.I.I. se interconecte con el Registro de Comercio para los efectos de otorgar a los emprendedores el RUT en línea y, además de ello... para facilitar el emprendimiento, desde el año 2002, habría tratado de incluir al Registro de Comercio en la Ventanilla Única dependiente del Ministerio de Economía, sin resultados positivos".

- Como resultado de las consideraciones recién señaladas, el Conservador de Bienes Raíces de Santiago ha expresado su rechazo a la iniciativa gubernamental bajo análisis, debido a que en su opinión "no se reducirán los costos asociados a la creación de empresas, ni tampoco se reducirá

en forma evidente el plazo de creación de éstas, al bajarse sólo de dos a un día... sin perjuicio de que los beneficios que genera el actual sistema, como lo son la seguridad y certeza jurídica; responsabilidad personal de los Conservadores y su especialización profesional... representarían beneficios que la propuesta gubernamental no podría garantizar", y

- Termina el mencionado Conservador proponiendo que se efectúen diferentes modificaciones al actual sistema, tales como la obligatoriedad de que los Notarios envíen en formato digital al Registro de Comercio, aquellos extractos de escrituras de constitución y las escrituras de poder que haya que inscribir; obligatoriedad de un portal único para Conservadores de Comercio del país; obligatoriedad de interconexión entre el Servicio de Impuestos y los Conservadores, para los efectos de entrega del RUT en línea, acelerando este trámite para los usuarios y permitiendo al Conservador contar con el RUT de las empresas y la actualización del Reglamento del Conservador de Comercio, que data del año 1866, adecuándolo a las nuevas necesidades y exigencias del derecho registral y societario moderno, requiriendo esto último sólo de la dictación de un nuevo reglamento por parte del Ministerio de Justicia.

- Por su parte, la "Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile" ha entregado también su opinión acerca del proyecto de ley que motiva ese informe, expresando que han "incorporado en sus oficios importantes adelantos tecnológicos y electrónicos, que permiten hoy realizar las gestiones en plazos extraordinariamente breves, no sólo en lo que se refiere a la constitución de sociedades, sino en todos los campos de su actuar.

- Han agregado sobre el particular que... "muchas de sus actuaciones son de carácter voluntario, al ser requeridas por personas que sin ninguna obligación concurren en busca de seguridad y certeza jurídica, de justicia preventiva... dándoles plena garantía los principios que la rigen, como lo son la calificación, seguridad, independencia, imparcialidad y sobre todo la responsabilidad, el contar con una cara visible para hacerla valer, situación que los separa notablemente de lo que es un registro de simple publicidad".

- En otro orden de ideas y refiriéndose concretamente a la participación que le correspondería al S.I.I. en la administración del sistema registral de nuestro país, expresan los notarios no tener dudas de que dicho Servicio "ha realizado un importante esfuerzo para el equipamiento tecnológico a objeto de cumplir la función que la ley le ha encomendado... velando por el cumplimiento tributario y su debida fiscalización. Sin embargo, al entrar a una redefinición del S.I.I., al colocarlo en el plano productivo de un servicio, en un plano de competencia con el sistema notarial y registral, debería mirarse esa otra parte y expresar que los propios estudios a que se

refiere el mensaje del proyecto lo sitúan como uno de los responsables de las mayores demoras en el proceso de puesta en marcha de una sociedad".

- Como apoyo a los argumentos recién extractados, la referida Asociación reproduce el resultado de una estadística referida a la constitución de sociedades, que destaca lo ocurrido en el año 2010, período en el que se habrían "constituido más de 41.000 sociedades, contra las 21.000 constituidas en el año 2001, y es importante tener en consideración que el 62% corresponde a empresas de responsabilidad limitada; el 23% a E.I.R.L.; el 11% a Sociedades Anónimas y el 5% a Sociedades por Acciones".

- Lo anterior indicaría, en opinión de la referida Asociación, que "no obstante haberse creado instrumentos para que las personas puedan emprender individualmente sus negocios, sigue siendo, por lejos, el contrato de sociedad de responsabilidad limitada el más recurrido. Entonces, con mayor razón, habiendo socios y contrato de por medio, es muy necesaria la intervención del profesional y el control de legalidad".

- Reconocen los notarios que hay lugares en el país donde el proceso de constitución de sociedades puede demorar más de 2 días, ya que existen oficios que no operan haciendo uso de la firma electrónica avanzada, pero ello afectaría a no más del 20% del total de sociedades a constituirse y agregan que ello lo han planteado a nivel de los Poderes Ejecutivo, Legislativo e incluso del Poder Judicial.

- En lo que se refiere a los costos asociados al tema que nos ocupa, la Asociación de Notarios expresa que el estudio del Banco Mundial que se menciona en el mensaje, señala que el costo promedio de la constitución de una sociedad en Chile, es de US$ 415, esto es $ 205.000 aproximadamente, pero indican en relación a ello que "el costo promedio, de acuerdo a las estadísticas que disponemos, en la parte notarial y registral, para una sociedad media, de un capital entre $ 10.000.000, y $ 15.000.000, que corresponde a más del 60% de las sociedades que se constituyen en Chile, es de US$ 200, esto es, $ 100.000, aproximadamente, que corresponde a uno de los costos más bajos en países similares".

- Previenen finalmente sobre "lo innecesario que podría resultar el establecer un mecanismo de constitución de sociedades paralelo al actualmente existente, en lugar de solucionar los problemas actuales, perfeccionando el actuar de cada uno de los organismos que intervienen en el proceso de constitución de una sociedad y que por esta razón les resulta incomprensible que se entregue al S.I.I., que tiene otras tareas indicadas en la Constitución y las leyes, esta misión de constituirse en formador de sociedades, cuando su labor es controlarlas y fiscalizarlas desde el punto de vista tributario".

- Agregan finalmente que "el verdadero cuello de botella seguiría estando en la caravana de trámites que vienen a continuación de la constitución legal de la empresa, con la autorización para emitir facturas a sociedades nuevas, la obtención de RUT, la verificación de domicilio, y el proceso de otorgamiento de patentes dependientes de las Municipalidades, entre otros", y, a modo de conclusión, los notarios "no se oponen a las iniciativas que tengan por objeto simplificar los trámites de constitución de una sociedad y bajar plazos y costos..., pero esta rapidez no debe ser a costa de soslayar una adecuada seguridad y certeza jurídica o de la falta de un control de legalidad preventivo, que permita que la sociedad pueda desarrollar sus actividades sin verse entrampada en problemas legales que no fueron previstos en la oportunidad debida".

3. Sobre la incidencia de una iniciativa legal de esta naturaleza en las actividades de aquellos empresarios del comercio de menor tamaño.

En forma previa a explicitar nuestro posicionamiento sobre los alcances y efectos del proyecto de ley en análisis, estimamos conveniente reproducir a continuación algunos conceptos internacionalmente aceptados para diferenciar a las empresas, según su tamaño.

Para estos efectos, se utilizan en general los siguientes dos criterios de clasificación:

Según ventas anuales expresadas en Unidades de Fomento:

Tamaño Empresa	Ventas Anuales en UF
Micro	0 – 2.400
Pequeña	2.400 – 25.000
Mediana	25.000 – 100.000
Grande	más de 100.000

Según el número de trabajadores de cada empresa

Tamaño Empresa	Número de Trabajadores
Micro	1 – 9
Pequeña	10 – 49
Mediana	50 – 199
Grande	200 y más

Aunque por regla general las estadísticas que se manejan en Chile para clasificar a una empresa se basan principalmente en sus ventas, nos interesa precisar que también nos parece importante, para un mejor entendimiento del lector de este trabajo, consignar el número de trabajadores de cada tramo empresarial y ello por la simple razón de que nuestro análisis sobre los efectos del mencionado proyecto de ley se refiere en general a las "empresas de menor tamaño", concepto que involucra a aquellas que no tienen más de 49 trabajadores y cuyas ventas no excedan de 25.000 Unidades de Fomento.

Confiamos que con esta explicación previa resultará más cómodo para el lector analizar el contenido de los cuadros estadísticos que se transcriben a continuación, pudiéndose de esta forma visualizar con mayor facilidad el grado de participación de dichas "empresas de menor tamaño", que ejercen la actividad comercial en la estructura corporativa de nuestro país.

Cuadro N° 1

Número de Empresas según Tamaño

	Tamaño Empresa según Ventas					
Año	**Micro**	**Pequeña**	**MIPE**	**Mediana**	**Grande**	**Total**
1999	545.516	94.478	639.994	13.414	6.288	659.696
2000	555.759	97.548	653.307	13.862	6.528	673.697
2001	565.469	99.240	664.709	14.129	6.830	685.668
2002	580.556	103.132	683.688	14.593	7.021	705.302
2003	587.565	106.463	694.028	15.078	7.373	716.479
2004	588.015	110.413	698.428	16.126	8.036	722.590
2005	581.720	116.802	698.522	17.379	8.716	724.617
2006	586.464	120.863	707.327	18.056	9.402	734.785
2007	587.200	128.493	715.693	19.539	10.239	745.471
2008	588.404	132.426	720.830	20.475	10.520	751.825

Nota: Se excluye a aquellas empresas sin ventas
Fuente: SERCOTEC: Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile.

Cuadro N° 2

Distribución porcentual de Empresas según Tamaño
(Porcentaje, %)

	Tamaño Empresa según Ventas					
Año	Micro	Pequeña	MIPE	Mediana	Grande	Total
1999	82,7	14,3	97,0	2,0	1,0	100
2000	82,5	14,5	97,0	2,1	1,0	100
2001	82,5	14,5	96,9	2,1	1,0	100
2002	82,3	14,6	96,9	2,1	1,0	100
2003	82,0	14,9	96,9	2,1	1,0	100
2004	81,4	15,3	96,7	2,2	1,1	100

	Tamaño Empresa según Ventas					
Año	Micro	Pequeña	MIPE	Mediana	Grande	Total
2005	80,3	16,1	96,4	2,4	1,2	100
2006	79,8	16,4	96,3	2,5	1,3	100
2007	78,8	17,2	96,0	2,6	1,4	100
2008	78,3	17,6	95,9	2,7	1,4	100

Nota: Se excluyen empresas sin ventas
Fuente: SERCOTEC: Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile.

Cuadro N° 3

Número de Empresas por Sector y Tamaño

Año 2008

Sector	Tamaño Empresa según Ventas				
	Micro	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Agricultura y pesca	59.314	13.581	1.523	513	74.931
Minería	2.269	1.192	259	187	3.907
Industria	43.322	13.578	2.581	1.659	61.140
Electricidad, gas y agua	964	376	102	138	1.580
Construcción	30.003	11.999	2.081	1.047	45.130
Comercio y hotelería	**265.347**	**42.932**	**6.674**	**3.312**	**318.265**
Transporte	60.952	11.334	1.349	683	74.318

Sector	Tamaño Empresa según Ventas				
	Micro	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Servicios financieros	74.025	26.199	4.591	2.517	107.332
Servicios personales y sociales	51.679	11.233	1.315	464	64.691
Sin clasificar	529	2	0	0	531
Total	**588.404**	**132.426**	**20.475**	**10.520**	**751.825**

Nota: Se excluyen empresas sin ventas
Fuente: SERCOTEC: Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile.

Cuadro N° 4

Distribución porcentual de Empresas por Tamaño y Sector

Año 2008 (%)

Sector	Tamaño Empresa según Ventas				
	Micro	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Agricultura y pesca	79,2	18,1	2,0	0,7	100
Minería	58,1	30,5	6,6	4,8	100
Industria	70,9	22,2	4,2	2,7	100
Electricidad, gas y agua	61,0	23,8	6,5	8,7	100
Construcción	66,5	26,6	4,6	2,3	100
Comercio y hotelería	**83,4**	**13,5**	**2,1**	**1,0**	100
Transporte	82,0	15,3	1,8	0,9	100
Servicios financieros	69,0	24,4	4,3	2,3	100
Servicios personales y sociales	79,9	17,4	2,0	0,7	100
Sin clasificar	99,6	0,4	0,0	0,0	100
Total	**78,3**	**17,6**	**2,7**	**1,4**	**100**

Nota: Se excluyen empresas sin ventas
Fuente: SERCOTEC: Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile.

Cuadro N° 5

Distribución porcentual de Empresas según Sectores

Año 2008 (%)

Sector	Tamaño Empresa según Ventas				
	Micro	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Agricultura y pesca	10,1	10,3	7,4	4,9	10,0
Minería	0,4	0,9	1,3	1,8	0,5
Industria	7,4	10,3	12,6	15,8	8,1
Electricidad, gas y agua	0,2	0,3	0,5	1,3	0,2
Construcción	5,1	9,1	10,2	10,0	6,0
Comercio y hotelería	**45,1**	**32,4**	**32,6**	**31,5**	**42,3**
Transporte	10,4	8,6	6,6	6,5	9,9
Servicios financieros	12,6	19,8	22,4	23,9	14,3
Servicios personales y sociales	8,8	8,5	6,4	4,4	8,6
Sin clasificar	0,1	0,0	0,0	0,0	0,1
Total	**100**	**100**	**100**	**100**	**100**

Nota: Se excluyen empresas sin ventas
Fuente: SERCOTEC: Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile.

Comentarios sobre los cuadros estadísticos que anteceden.

De acuerdo al contenido de los cuadros estadísticos que anteceden, puede inferirse lo siguiente:

- Que entre los años 1999 y 2008, las Micro y Pequeñas Empresas, en adelante "MIPE", clasificadas bajo esta categoría según sus ventas, crecieron en número de 639.994 a 720.830, lo que representaría en el último año mencionado un porcentaje del 95,9% del total de empresas existentes, contra un 2,7% de las empresas medianas y un 1,4% de las empresas grandes.

- Que en términos porcentuales, aquellas "MIPES" que participan en las actividades del Comercio y Hotelería, representaron en el año 2008 un 77,5% del total de empresas constituidas en el país.

- Que en el Mensaje del Poder Ejecutivo, posiblemente más actualizado en cifras que los cuadros estadísticos que hemos transcrito anteriormente, se expresa que "para el año 2008, de las 900.375 empresas registradas en el

SII, un 69% correspondía a personas naturales constituidas como empresarios individuales y el restante 31% a personas jurídicas. En "el caso de las micro empresas, este porcentaje alcanzaba al 80%, en las pequeñas al 42%, en las medianas al 13% y en las grandes al 3%".

- En la iniciativa del Gobierno, se establece una relativa coincidencia entre las empresas "MIPE" y la informalidad empresarial, al obedecer esto último, según se expresa textualmente, a "estrategias de subsistencia de los sectores con menores ingresos", lo que no nos consta, dado que no contamos con antecedentes fidedignos relativos a ello, pero sí podríamos coincidir con aquella hipótesis del Mensaje bajo análisis, en el sentido de que una mayor formalización jurídica en el quehacer de un empresario contribuiría a "aumentar su crecimiento y el acceso a mercados relevantes, disminuyendo la precariedad del trabajo de las personas".

- La disyuntiva es si "el remedio propuesto es bueno o resulta peor que la enfermedad detectada", lo que trataremos de dilucidar en el capítulo siguiente y final de nuestros comentarios.

4. Reflexiones finales en relación a la iniciativa gubernamental antes referida.

- Se puede concordar en general con el espíritu y gran parte del contenido del proyecto de ley, sin perjuicio de hacer presente que algunas de sus disposiciones son perfectibles.

- Nos pronunciamos en este sentido, al considerar que el régimen legal vigente sobre constitución y modificación de sociedades y su aplicación práctica no incentiva a los empresarios de menor tamaño para estructurar legalmente sus actividades a través de la constitución de una persona jurídica. Consideramos que los obstáculos para ello no son sólo los costos y plazos involucrados en este tipo de gestiones, sino que presumimos que la idiosincrasia del pequeño empresario lo hace renuente a enfrentar un sinnúmero de trámites legales, tributarios, municipales y de asesoría externa, que no sólo los visualiza como distantes de su quehacer, sino que, en muchos casos lo amedrentan y las estadísticas invocadas por el Gobierno a este respecto respaldan en alguna medida no menor estas reflexiones.

- No obstante, si se logran los objetivos que persigue el proyecto de ley y un emprendedor decide iniciar sus actividades acogiéndose a la simplicidad de las normas propuestas en dicha iniciativa y logra un relativo éxito en su quehacer, sería dable esperar que en forma natural transite a una segunda instancia de mayor formalidad legal, ya que esta opción le debería otorgar

un mejor acceso al crédito de sus proveedores y del sistema bancario en general.

- Con todo, era de presumir que un proyecto legal de esta naturaleza concite prevenciones de parte de algunos sectores que puedan resultar involucrados y/o afectados con este tipo de iniciativas, entre ellos: los auxiliares de la administración de justicia; importantes Facultades de Derecho existentes en el país y juristas, y, en este sentido, hemos tenido acceso a interesantes planteamientos que sugerimos analizar con profundidad.

- Un ejemplo de lo recién expresado dice relación con la falta de seguridad jurídica que tendría el nuevo sistema que se propone implementar, que no cautelaría suficientemente, a juicio de algunos especialistas, la validez de los actos y contratos en lo que dice relación con un adecuado control que compruebe, entre otros temas, si ha habido voluntad de las partes para celebrar dichos actos jurídicos y si han tenido capacidad para contratar, etc., temas todos que estarían relativamente bien protegidos bajo el sistema actual, gracias al control que de ellos se hace por parte de los auxiliares de la administración de justicia, entre ellos los Conservadores de Bienes Raíces, Notarios Públicos, Archiveros Judiciales, etc. Coincidimos con esta objeción, no obstante aquella contrapartida incluida en la iniciativa legal que estamos analizando, que plantea el carácter facultativo que tendría para los empresarios el acogerse o no a sus disposiciones, proponiéndose de esta forma una "cohabitación" entre el sistema vigente y el nuevo que se propone implementar.

- En otro orden de preocupaciones, el referido proyecto de ley le otorga amplísimas e inéditas facultades al Servicio de Impuestos Internos –en adelante, indistintamente como "el Servicio"– para la administración y fiscalización del sistema que se desea implementar, en cuanto a la administración del "Registro de Empresas y Sociedades"; supervisión del manejo de los formularios sobre constitución y modificación de personas jurídicas; administración del sitio web; control de la firma electrónica avanzada del o los socios de una persona jurídica; designación de aquellos funcionarios que tendrán el carácter de ministro de fe en todas las actuaciones antes mencionadas; revisión de mandatos; saneamientos de nulidad de personas jurídicas, etc.

- La creación de un registro computacional a cargo del Servicio de Impuestos Internos le otorga atribuciones que exceden las funciones que le son propias, otorgadas por el Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de 1980, y sus modificaciones. Así, el citado texto legal, que contiene la Ley Orgánica del SII, prescribe en su artículo 1° que "Corresponde al Servicio de Impuestos Internos la aplicación y fiscalización de todos los Impuestos Internos actual-

mente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter, en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente".El SII es un órgano que debe aplicar y fiscalizar tributos, esa es la función que le es propia. No parece, entonces, adecuado otorgarle funciones del todo ajenas a este propósito, más aún cuando en su rol fiscalizador, tiene interés directo en la información propia de las personas y empresas, por lo cual no parece prudente darle atribuciones a sus funcionarios como ministros de fe y hacerlo custodio de los registros, ya que en caso de conflicto, los particulares se verían en franca desventaja frente al ente fiscalizador. Esto sería contrario a la evolución impulsada por amplios sectores para exigir una justicia tributaria adecuada, promoviendo, por ejemplo, los tribunales tributarios en lugar del SII como primera instancia. La creación de empresas no sólo tiene relación con la generación de impuestos. Por otra parte, si se trata de simplificar procesos, es posible considerar la alternativa de modificar los sistemas de registro actuales, reduciendo el tiempo de tramitación, simplificando sus trámites, aumentando sus competencias, su número, etcétera, en vez de hacer crecer al Estado frente al individuo.

- Las nuevas atribuciones desnaturalizan las funciones legales actuales del SII. Ciertamente la ley puede imponer ese cambio en el contenido de las funciones de una entidad, pero no es lo que resulta conveniente para el funcionamiento de la actividad comercial y mercantil. En lugar del SII, podrían explorarse otras instituciones que son indiferentes a la fiscalización que ejerce el SII, como podrían ser las Cámaras de Comercio en Chile (locales y regionales), a cuyo cargo podría estar, por ejemplo, el Registro Mercantil. Así las cosas, desde hace varios años el Registro de Comercio funciona sin presentar inconvenientes bajo la competencia de la Cámara de Comercio de Bogotá; ver. www.ccb.org.co.

- Así las cosas, en la Unión Europea algunas funciones público-administrativas están asignadas a las Cámaras de Comercio, como por ejemplo la Gestión del Registro Mercantil, en Italia y Países Bajos; Ventanillas empresariales, en Francia e Italia; Gestión del Registro de Empresas Medioambientales, en Alemania; Nombramiento y autorizaciones de auditores así como supervisión de auditorías, en Finlandia; Ventanilla de patentes, en Italia; Servicios "Escrow" (las Cámaras son depositarias de los códigos y fuentes informáticas de las empresas), en Finlandia y Suecia (fuente: http://www.camaracompostela.com/noticias/ANALISIS.pdf).

- Volviendo al proyecto chileno: los problemas al momento de suscribir el formulario son de otra naturaleza. Cuando quienes suscriban un formulario (que contendrá los estatutos sociales) actúen en virtud de un mandato, el funcionario deberá calificar poderes, pues de lo contrario no estaría cum-

pliendo su función cabalmente. Es lo mismo que sucede cuando ante un notario público se presenta una persona en representación de otra: debe exhibir el poder en cuya virtud actúa. Ello podría superarse exigiendo que el ministro de fe sea abogado, o al menos que el funcionario debiera asesorarse por un abogado del SII, lo que no será muy distinto de lo que acontece en una notaría.

- Si bien el proyecto tiene la loable intención de agilizar la constitución y funcionamiento de nuevas empresas, puede suceder que por la duplicidad de sistemas (Registro de Comercio y SII, ya que ambos subsistirán) probablemente el menor tiempo que tardaría en constituirse o modificarse la empresa se perdería en etapas posteriores, cuando deba estudiarse la suficiencia de los poderes con que hayan actuado los socios o cuando un banco estudie los antecedentes para el otorgamiento de créditos, y otras situaciones de ocurrencia cotidiana en los negocios que podrían resultar más complejas por la duplicidad de sistemas. El proyecto, como consta de su artículo 1°, permite la constitución, modificación y disolución de sociedades conforme a las normas generales o especiales que actualmente son aplicables. La utilización del nuevo sistema consiste en un formulario computacional registrado en el SII es de carácter optativo. Ahora bien, no existe seguridad de que una sociedad pueda haber registrado actos en uno u otro registro, toda vez que el inciso segundo del artículo 1° dispone que "lo señalado en esta ley no obsta a que las personas jurídicas a las cuales se aplican sus disposiciones puedan celebrar los actos jurídicos indicados en el inciso anterior según las reglas generales que las establecen y regulan, en cuyo caso no les será aplicable lo dispuesto en este cuerpo legal". Pero la norma trascrita no prohíbe que una empresa constituida en un sistema, registre actos en el otro. El artículo 26, que alude a esta materia, se ocupa solamente de regular el caso en que una sociedad de las mencionadas en el artículo 2° pierde esa calidad (por ejemplo, una sociedad anónima cerrada que pasa a ser abierta), caso en el cual se establece un sistema para bloquear el Registro del SII y dejar a esa sociedad sometida a las normas generales y especiales que le sean propias. Pero el caso no bien resuelto es el de una sociedad constituida en el Registro del SII, que posteriormente realiza otros actos y los registra en el Registro de Comercio, como por ejemplo un poder mercantil o el nombramiento de un gerente para una sociedad en liquidación. De esta forma, al estudiar los antecedentes legales de una sociedad registrada en el SII, va a ser necesario asegurarse de que no existen actos o contratos en el Registro de Comercio, o viceversa. Ello podría dar lugar a exigir declaraciones juradas (que en todo caso no darán la seguridad necesaria) y probablemente no se producirá el efecto de ahorro de tiempo que el proyecto persigue. Tal vez les permitirá reducir los tiempos de constitución conforme a los estándares internacionales, lo cierto es que una vez constituida, se producirá el efecto contrario. De hecho, la mayor

parte de la actividad jurídica de una sociedad tiene lugar con posterioridad a su constitución. El proyecto de ley otorga la calidad de ministros de fe a los funcionarios del SII que deban acreditar actos sometidos a registro. Ello es pertinente en el caso de personas que carezcan de firma electrónica avanzada y deban suscribir el formulario manualmente.

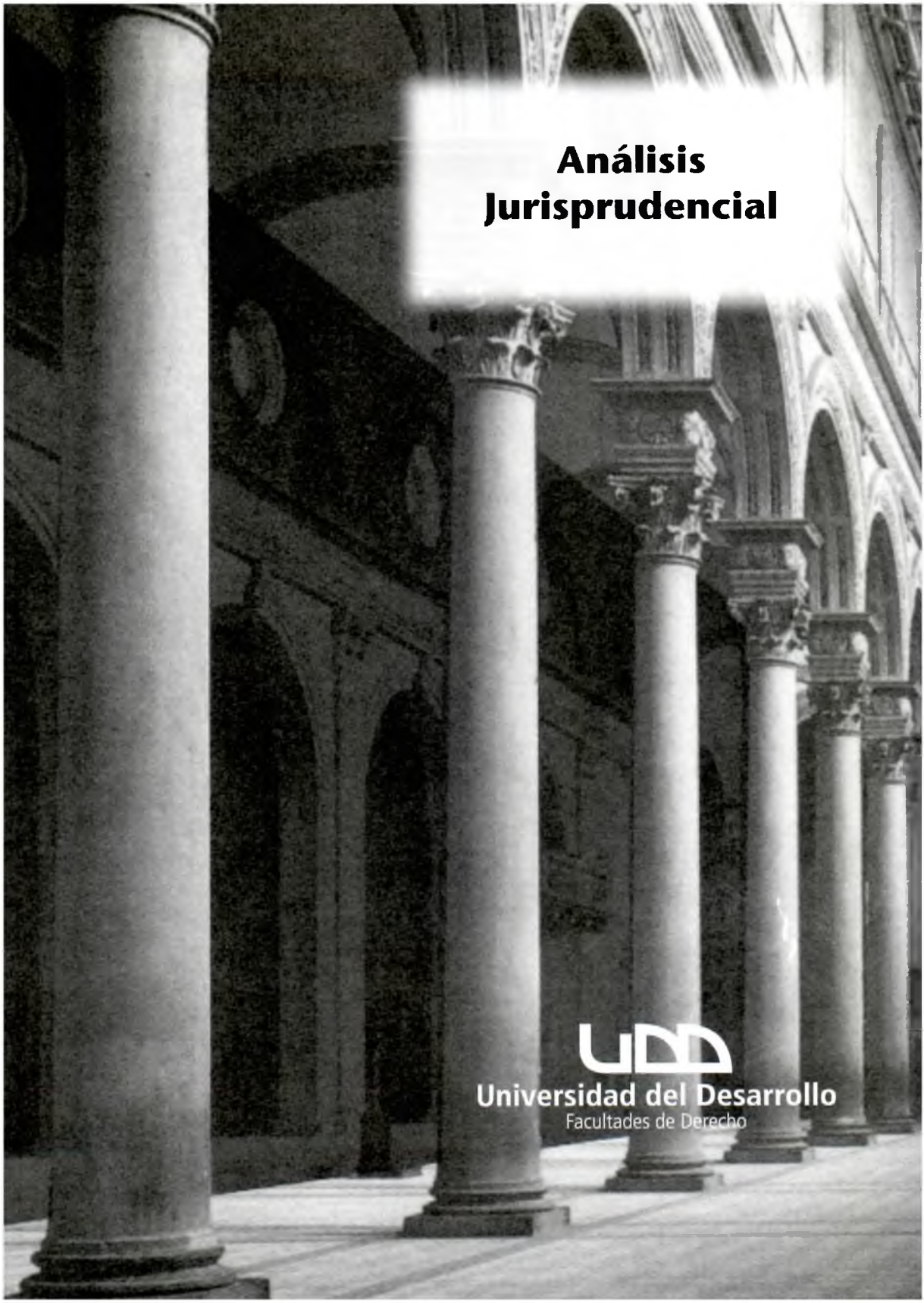
- Tampoco se advierte quién será responsable en caso de que fuera necesario calificar poderes, u otras circunstancias relativas al acto o contrato. Algunas de estas comprobaciones pueden ser relativamente simples de efectuar, pero en otros casos podría requerirse la calidad de abogado por parte del funcionario del SII. Lo que va a estar en juego en estos casos es la seguridad del tráfico jurídico, y la pregunta que surge es sobre la responsabilidad del funcionario que hubiere intervenido en una gestión irregular o jurídicamente deficiente. Es distinto el caso de las notarías y conservadores, que por ley deben ser abogados y están sujetos a un exigente sistema de responsabilidad.

- Lo anterior implica, a no dudarlo, un desafío de magnitud para dicha institución y además un reconocimiento sobre la gran especialización que ha adquirido dicho Servicio en estos últimos años, en sus sistemas de información a los contribuyentes, publicaciones de gran calidad y en el manejo computacional de lo que se ha denominado la "operación renta", entre otros actos de modernidad que caracterizan su actuar.

- No obstante las bondades recién expuestas, tenemos algunas prevenciones sobre el actual desempeño del mencionado Servicio en lo que dice relación con el ejercicio de algunas de sus funciones, como por ejemplo en sus actividades de fiscalización y aplicación de las disposiciones tributarias, donde las demoras y exigencias burocráticas son excesivas. Además de lo recién expresado, cabría hacerse eco de algunas críticas puntuales que se le formulan al citado Servicio, relacionadas con la falta de objetividad que se advierte en muchas de sus decisiones jurisdiccionales, al apegarse con estrictez a su doctrina administrativa por sobre la jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia. Si ello se replicare en la administración del nuevo sistema que se pretende implantar, éste estaría condenado al fracaso.

- Lo recién expuesto aconseja también perfeccionar el régimen de sanciones que debería aplicarse a aquellos funcionarios y ministros de fe del Servicio que cometan infracciones en este tipo de gestiones y un sistema de recursos expedito para lograr el restablecimiento del Derecho, dado que cualquier irregularidad en una iniciativa tan sensible como la que se está promoviendo podría afectar no sólo la fe pública involucrada en estos actos, sino también y como resultado de ello, ocasionarse graves perjuicios a terceros.

Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental

Camila Boettiger Philipps
Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales
Directora de Investigación de la Facultad de Derecho
Universidad Del Desarrollo

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto examinar la jurisprudencia originada en las sentencias de casación y de reemplazo de la Corte Suprema del caso por daño ambiental del "Embalse Pitama"[1]. Con este objeto, primero haremos un resumen del caso a partir de dichas sentencias. Luego daremos el contexto normativo con una breve reseña del sistema de responsabilidad por daño ambiental en Chile. Finalmente comentaremos algunos puntos que fueron relevantes para la decisión de este caso y que serán parte de la jurisprudencia por daño ambiental en nuestro país.

Analizar esta jurisprudencia nos parece relevante por varias razones. Primero, porque no son muy frecuentes las sentencias, como en este caso, que condenan por daño ambiental. Segundo, por ser una oportunidad en que la Corte Suprema dicta sentencia de reemplazo como sentencia definitiva, que permite que aprecie directamente la prueba y se refiera a los hechos del juicio, lo que por regla general no le corresponde como tribunal de casación. Y tercero, dada la creciente importancia y judicialización que está teniendo el problema ambiental en nuestro país, es esperable que aumenten los conflictos jurídicos de este tipo, por lo que es importante revisar la decisión de la Corte Suprema e identificar los criterios aplicados por el máximo tribunal en esta materia.

[1] Quiero 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. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009.

I. Exposición del caso "Embalse Pitama"

1. Resumen del caso

En 2003 se inició juicio sumario caratulado "Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.", seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. En dicho juicio se dedujo demanda de acuerdo al artículo 51 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "LBMA") en contra de las Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. (en adelante "la Sociedad", "la demandada" o "la Concesionaria"), con el objeto de que reparara el daño ambiental que habría provocado en el Embalse Pitama (en adelante "el Embalse") e indemnizara los perjuicios sufridos por la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama (en adelante, "la Asociación" o "la demandante") por este daño[2].

El 30 de enero de 2005 se dictó sentencia de primera instancia que desestimó la acción con costas. La Asociación interpuso un recurso de apelación que fue desechado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 17 de octubre de 2008[3]. Contra esa sentencia de segunda instancia se entabló recurso de casación en el fondo, a raíz del cual la Corte Suprema procedió a invalidar de oficio el fallo, por estimar que adolecía de un vicio de casación en la forma[4].

Finalmente, en la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema acogió las demandas de reparación ambiental y de indemnización de perjuicios, además de imponer una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales a la Concesionaria. De dicha sentencia de reemplazo[5], expondremos a continuación los argumentos de las partes y los razonamientos de la Corte Suprema para decidir el caso de forma diferente a los dos tribunales de instancias inferiores.

2. Argumentos de las partes

En 1998 la Sociedad se adjudicó un contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del Proyecto de Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar. Según la **Asociación**, dueña del embalse de riego denominado "Embalse Pitama", ubicado a un kilómetro de la Ruta 68 y que

[2] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 1°.

[3] Corte de Apelaciones de Santiago (2005) Rol 2386-2005.

[4] La Corte Suprema consideró que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se vulneró el artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil y el N° 7 del Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, por haberse omitido algunas consideraciones de hecho o de derecho, fundamentaciones que faltan y resultan relevantes para decidir acertadamente acerca de la pretensión y defensas opuestas; y dado que ese error influye sustancialmente en lo dispositivo de dicha resolución, la Corte procede a invalidar de oficio la sentencia. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerandos 5° y 6°.

[5] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo.

es alimentado por diversos esteros y corrientes que desembocan en él, la ejecución de dichos trabajos se efectuó en la cuenca hidrográfica del Embalse y comprendió cortes en los cerros, relleno de quebradas naturales, movimiento del material extraído y su acumulación al borde de la carretera o reintegro en las excavaciones, sin posterior compactación ni arraigo al terreno, en forma irregular e ilegal, "sin darse cumplimiento a las exigencias y condiciones que se le han impuesto por la autoridad, la ley, el reglamento y el contrato que regula dichas obras"[6]. A causa de estos trabajos, se habría interrumpido el libre curso de las aguas en algunos sectores y además con la lluvia se habría producido el escurrimiento de dicho material (tierra, arena y otros materiales contaminantes) al Embalse, rellenándolo de fango y sedimentos.

Con el tiempo, esta situación habría producido la alteración del Embalse, cambiando la composición y características de sus aguas, con lo que se sobrepasaron los límites permitidos para los fines que éstas eran y pretendían ser destinadas y que cumplían satisfactoriamente con anterioridad. Específicamente, las aguas del Embalse eran utilizadas antes del daño ambiental para el riego de cultivos destinados al consumo humano, para lo cual eran distribuidas por equipos automáticos que requieren para su buen funcionamiento la ausencia de sedimentos. Además, se pretendía desarrollar un proyecto turístico en el Embalse, que ha sido descartado. Por lo anterior, la demandante solicitó que el daño ambiental fuera detenido y reparado y que además se condenara a la Concesionaria al pago de indemnizaciones por los perjuicios causados[7].

Por su parte la **Sociedad demandada** negó la responsabilidad que se le atribuía, especialmente que los trabajos que pudiere haber efectuado en la zona se hayan realizado en forma irregular o ilegal, "no habiendo incurrido en ninguna clase de incumplimiento o infracción a las exigencias tanto legales como reglamentarias que rigen su actividad"[8]. Finalmente, negó haber ejecutado algún acto o incurrido en alguna omisión que pudiese ser causa de los perjuicios demandados, y que aun en el evento de ser efectivas las circunstancias descritas en la demanda, carece de toda responsabilidad legal en ellas.

[6] La demandante, citando las Bases de Licitación de la obra vial de la Concesionaria y la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto adoptada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso (Resolución Exenta N°166/2001), reclama que la Concesionaria se obligó a adoptar durante la concesión todas las medidas para evitar daños a terceros y su propiedad, a los trabajadores y al medio ambiente, además de construir las obras que permitan el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo , considerando 1°.

[7] La demandante solicitó la indemnización del daño emergente, compuesto por una serie de obras que deben ejecutarse para reparar los daños experimentados por el Embalse Pitama a causa de las obras dañinas ejecutadas por la demandada; y del lucro cesante, por la pérdida de los beneficios que hubiera obtenido, por la imposibilidad de desarrollar el proyecto turístico denominado "Centro Recreacional Embalse Pitama". Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 1°.

[8] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, 2°.

3. Razonamientos y decisión de la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo

Luego de revisar la **prueba** presentada por las partes, que comprendió documentos, declaraciones de testigos, absoluciones de posiciones e informes de peritos, el tribunal dio por acreditados, entre otros, los siguientes **hechos**[9]:

- Se contempló en el Proyecto de Mejoramiento de la Ruta 68 adjudicado a la Sociedad que el material sobrante sería depositado en el botadero Melosilla, que se encuentra en un sector aledaño al Embalse Pitama.

- Que a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se calificó favorablemente el proyecto, condicionándolo al cumplimiento de ciertos requisitos, exigencias y obligaciones; en particular, atendida la naturaleza de la obra, debían preverse obras de drenaje acorde con los escurrimientos naturales, que permitieran el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto, evitando la interferencia del escurrimiento superficial y las posibles anegaciones.

- Por el plan de manejo del botadero Melosilla la demandada se obligó a llevar a cabo determinadas acciones para la mitigación del impacto ambiental de los trabajos asociados a éste, y se establecieron condiciones para el cierre del mismo.

- La Concesionaria llevó a cabo "actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones".

- Las medidas de mitigación y protección ambiental no fueron efectivas, encontrándose acreditado que existe erosión que afecta los taludes de escombro del botadero, que no se ha evitado la aparición de procesos erosivos que tienen como consecuencia el arrastre de materiales hacia los cursos de agua existentes, que el sistema de drenaje no da garantías de estabilización del Botadero, y que la plantación de especies arbóreas y arbustivas en la zona de los taludes no ha sido efectiva.

- El fracaso de las medidas ha ocasionado un proceso de contaminación de las aguas del Embalse, ya que el escurrimiento de las aguas arrastra material del botadero.

- Por la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en su escasa disponibilidad, los predios han visto perjudicado su riego y la Asociación ha debido abstenerse de concretar el proyecto turístico.

[9] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 14°.

Considerando lo anterior, el tribunal procede a razonar, entre otros, sobre los siguientes puntos:

- **El sistema de responsabilidad que debe aplicarse:** En este sentido, reflexiona en torno a la normativa constitucional en materia ambiental[10], la historia fidedigna de la LBMA y los principios "el que contamina paga" y de responsabilidad establecidos por ésta, con la creación de una nueva figura denominada "responsabilidad por daño ambiental", que supera los ámbitos de la responsabilidad civil. Asimismo, que este concepto ha sido desarrollado por normativa especial y se ha establecido la supletoriedad de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual, por lo que deben aplicarse los elementos de interpretación sistemáticos y de especialidad. Señala que el sistema de responsabilidad en materia ambiental es subjetivo, y que para mitigar los efectos de la exigencia de acreditación de la culpa se establecen ciertas presunciones, de que el incumplimiento de la normativa ambiental hace presumir la responsabilidad, lo que no obsta, en todo caso, al derecho del particular ofendido a ejercer su acción aun en caso que se esté dando íntegro cumplimiento a la normativa[11].

- Luego de reseñar las obligaciones ambientales de la demandada[12], señala que para atribuirle responsabilidad es necesario establecer el **factor de imputación**, dado por la **culpabilidad en la acción que se le reprocha**. Declara que "no basta en la especie con el cumplimiento formal de los planes de manejo presentados, sino que su obligación es llevar a cabo un adecuado desarrollo ambiental de su proyecto que permita evitar todo daño que su actividad causa al medio ambiente". Siguiendo esta premisa, para la Corte Suprema el elemento subjetivo de la culpa se cumple, puesto que acorde a las capacidades y conocimientos técnicos de la demandada le era exigible una conducta determinada, en este caso el deber de previsión y diligencia que era posible esperar de ella, y que es suficiente para que haya responsabilidad que se haya podido prever el daño. En todo caso, se constataron incumplimientos al plan de manejo por la perito, la autoridad ambiental y el tribunal en su inspección personal, con lo que se acredita el incumplimiento que exige el artículo 52 de la LBMA para presumir la culpa[13].

[10] A este respecto relaciona la garantía del artículo 19 N° 8 con el artículo 1° de la Constitución, en cuanto que el deber del Estado de velar por la no afectación de este derecho público subjetivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y el deber de tutelar la preservación de la naturaleza, se dan dentro del desarrollo sustentable, "puesto que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común..." Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 16°.

[11] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerandos 16° a 19°, y 24°.

[12] Estas obligaciones ambientales serían generales, contenidas en las normas de la legislación ambiental y de concesiones, y específicas, contenidas en las Bases de Licitación y la resolución que califica su proyecto favorablemente (resolución de calificación ambiental). Sentencia de reemplazo, considerando 25°.

[13] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.

- **Daño ambiental:** "Para evaluar la significación del daño ambiental, no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo". Según este criterio, no resulta razonable esperar un mayor, grave e irreparable daño para dar lugar a la acción ambiental, para mitigar y reparar los efectos de una conducta que sí afecta al medio ambiente de manera relevante, y por lo mismo, significativa. Establece que la conducta de la demandada amenaza de forma cierta y precisa seguir intensificando la afectación de la calidad de las aguas del Embalse, y que además, el daño ambiental significativo queda demostrado con la declaración de los testigos, que sostienen que el agotamiento de la vida del Embalse es causa de su estado. El perjuicio al medio ambiente es, específicamente, la desaparición del Embalse Pitama[14].

- En cuanto a la **relación de causalidad:** Se declara que los incumplimientos de la demandada han iniciado un proceso de contaminación de las aguas del Embalse, por la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos arrastrados por las lluvias, la falta de tratamiento de las tierras removidas por la demandada y la falta de vegetación, con lo que queda demostrada la relación de causalidad entre el daño y la acción de la Concesionaria.

Sobre la base de estos razonamientos, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada, dando lugar a la demanda por reparación ambiental, debiendo la Sociedad cumplir los compromisos ambientales asumidos y además, dentro del plazo de un año, efectuar e implementar un proyecto que, entre otros requerimientos, elimine el embancamiento del Embalse, limpie los residuos y purifique el agua del mismo, estructurar un sistema efectivo de drenaje o saneamiento del botadero, ejecutar medidas de afianzamiento y reapertura de taludes para afianzar la tierra superficial depositada, extraer todos los residuos sólidos de los cauces naturales del Embalse Pitama, realizar un programa de revegetación y reforestación efectivo, y cumplir con todas las medidas de prevención, mitigación y reparación señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Se acogió también la demanda por indemnización de los perjuicios particulares originados en el daño ambiental, accediendo a la pretensión de la demandante relativa a la reserva de la determinación de los perjuicios para un juicio posterior. Además, como se dijo, la Corte Suprema condena a la demandada al pago de las costas del juicio, y al pago de una multa de 100 UTM en atención al artículo 57 de la LBMA[15].

[14] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30°.

[15] Aunque esta norma fue derogada por la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, no hace ninguna mención respecto a su aplicación temporal, nos parece que por el artículo 7 transitorio de esa misma ley es posible su utiliza-

II. Sinopsis del sistema de responsabilidad y reparación por daño ambiental en chile

Luego de exponer el caso y para dar el marco normativo para el análisis de los puntos más relevantes que deja como jurisprudencia, haremos un breve resumen del sistema de responsabilidad por daño ambiental establecido en nuestro país.

1. La responsabilidad por daño ambiental como régimen especial de la responsabilidad civil extracontractual

Uno de los principios de la LBMA es el de responsabilidad, establecido expresamente en su artículo 3[16]. Así, el principio general de responsabilidad tiene su aplicación especial en el ámbito de la protección ambiental, a través de la regulación del régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en los artículos 51 a 63 de esta ley.

En general, se trata de una responsabilidad civil que tiene como base el sistema de responsabilidad civil extracontractual, consagrado en el Título XXV, Libro IV, artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Se trata entonces de una responsabilidad civil subjetiva, de acuerdo al régimen general, sin perjuicio de existir regímenes especiales en los que se aplica la responsabilidad objetiva[17]. De esta manera, le son aplicables dichas reglas generales con las modificaciones específicas que establece la LBMA.

2. Elementos de la responsabilidad ambiental

Tradicionalmente se señala que la responsabilidad civil extracontractual requiere la concurrencia de los siguientes elementos: acción u omisión dolosa o culposa, imputable a un sujeto capaz y determinado, que provoca un daño[18]. Para la responsabilidad civil por daño ambiental, cada uno de ellos debe analizarse sobre la base del régimen civil general, con las adecuaciones que establece la LBMA y que obedecen a la especialidad de la materia, según se verá.

---

ción: "Los procedimientos de fiscalización y los sancionatorios iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, seguirán tramitándose conforme a sus normas hasta su total terminación".

[16] Artículo 3 LBMA: "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley".

[17] Sin perjuicio de la existencia del régimen de responsabilidad antes descrito, existen leyes especiales que consagran otro tipo de sistemas, los que, según el artículo 51 de la LBMA, prevalecerán por sobre sus normas. Los ejemplos más claros son la regulación por responsabilidad civil contenida en la Ley de Protección Agrícola, Decreto Ley N°3.557 de 1981, por aplicación de plaguicidas, en la Ley de Navegación, contenida en el DL 2.222, por contaminación marina, transporte de hidrocarburos y sustancias peligrosas, y en la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear, artículos 49 y 56. Estos son casos de responsabilidad objetiva, en que se debe responder del daño sin necesidad de acreditar dolo o culpa en la acción que lo provoca.

[18] ALESSANDRI (1983) p. 129. Aplicado a la responsabilidad por daños al medio ambiente, son igualmente enumerados por BARROS (2006), p. 799, y CORRAL (1999), p. 80.

2.1 Acción u omisión: Primeramente se requiere la existencia de un hecho u omisión de un sujeto determinado. El artículo 51 inciso primero de la LMBA aplica este sistema de responsabilidad a "todo el que" cause un daño ambiental, quien debe repararlo: "No sólo los particulares, sean personas naturales o jurídicas, sino que también el Estado a través de sus órganos pueden, perfectamente, por su actividad, y principalmente por su inactividad, causar un efecto de daño ambiental, con lo que su responsabilidad se regularía por las disposiciones de la LBGMA"[19].

2.2 Culpa o dolo: Se refiere al elemento volitivo característico del sistema de responsabilidad subjetiva. Hay dolo cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar daño, cuando el móvil de su acción o abstención, el fin que persigue con ella es precisamente dañar la persona o propiedad de otro. Por su parte, la culpa se entiende como un error de conducta, que supone un descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia[20].

Frente a la dificultad que tiene la prueba de este elemento subjetivo, y dado que la apreciación de la culpa se hace innecesaria si ésta proviene de una obligación determinada impuesta por la ley o algún reglamento, la LBMA en su artículo 52 establece una presunción que beneficia a la víctima del daño en su carga de probar la culpa del causante del daño: "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 especiales 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".

Es una presunción legal, por lo que admite prueba en contrario. Es decir, si el imputado como autor del daño, pese a estar en infracción de alguna de las normas antes señaladas, prueba que el daño no le es imputable a su infracción, queda liberado de indemnizar o reparar, sin perjuicio de las otras sanciones a las que pudiere estar sujeto por dicho incumplimiento[21]. Por otro lado, se requiere para que opere un hecho antijurídico por parte

[19] BERMÚDEZ (2007) p. 229. Este mismo autor reconoce las complejidades que puede tener la responsabilidad ambiental cuando el causante es el Estado o alguno de sus organismos, pero creemos que no por eso el Estado o sus organismos pueden quedar al margen del principio de responsabilidad.

[20] Artículo 44 del Código Civil.

[21] CORRAL (1999) p. 84. Según VALENZUELA, como por la contravención de la norma se presume la culpabilidad, sólo podría desvirtuarse que el daño no es producto de la infracción, pero no cabría impugnar la presunción por la vía de acreditar que el agente infractor actuó igualmente con la diligencia y cuidado debidos, "pues la sola circunstancia de que haya existido de su parte infracción de ley o reglamento descarta que haya podido tener un comportamiento acorde con el celo y diligencia a que lo obligaba la normativa en vigor...". VALENZUELA (2010) p. 324.

del autor del daño: la infracción de normas ambientales, sean estas legales o reglamentarias[22].

2.3 Daño ambiental: La existencia de un daño es requisito indispensable para que sea procedente la responsabilidad civil. En materia ambiental, la LBMA define daño ambiental como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"[23].

Esta definición acota el objeto de la acción a todos los daños ocasionados al medio ambiente, también definido en la LBMA[24]. La definición de medio ambiente en nuestra legislación es muy amplia, de manera que cualquier componente del medio ambiente, sea natural o artificial, puede sufrir daño ambiental[25]. Pero se acota en cuanto a que no cualquier menoscabo da pie a la responsabilidad, sino cuando éste sea significativo, de importancia[26]; deberá entonces atenderse a la magnitud o entidad de la alteración al medio ambiente o uno de sus componentes para que jurídicamente se esté frente a un daño ambiental, lo que en definitiva tendrá que ser apreciado en cada caso por el juez[27].

2.4 Relación de causalidad: Según nuestro sistema de responsabilidad, hay relación de causalidad cuando la acción dolosa o culposa es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin ella éste no se habría producido. En el caso del daño ambiental, igualmente sólo habrá lugar a la responsabilidad si se acredita relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido[28]. La relación de causalidad, a diferencia de la culpa, nunca se presume, y debe probarse siempre. Este es uno de los problemas más complejos de la

[22] BERMÚDEZ (2007) p. 231.

[23] Artículo 2 letra e) LBMA.

[24] Artículo 2 letra II) LBMA define Medio Ambiente como: "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

[25] BERMÚDEZ (2007) pp. 233-234. CORRAL (1999) p. 81, la critica, observando que esta definición tan abierta "está condenada a su inoperancia legal".

[26] BERMÚDEZ (2007) p. 237. El mismo autor hace la prevención que "Si se admitiera que cualquier daño por leve que sea engendra responsabilidad ambiental se llegaría a la inoperatividad de la institución, toda vez que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. Es por ello que, hoy en día, no es posible hablar de contaminación cero, sino de niveles aceptables de contaminación y consecuentemente niveles aceptables de daño al medio ambiente".

[27] "La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La referencia al medio ambiente en cambio lo amplía, hasta el límite mismo de la realidad biogeofísica. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese mínimo no constituyen daño ambiental, aunque comporten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o uno de sus componentes." VALENZUELA (2010) p. 318.

[28] Artículo 52 inciso 2° LBMA.

responsabilidad ambiental[29], ya que aquí pueden intervenir factores como la pluralidad de causas para un hecho dañoso[30], la falta de conocimiento científico respecto de los agentes contaminantes y sus efectos[31], lo que dificulta a veces establecer una relación causal directa entre hecho y daño.

3. Acciones que otorga la LBMA, sus objetos y titulares

El artículo 53 de la LBMA señala que "Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria. A su vez, el artículo 3° de la ley establece que "sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley".

De estos artículos se desprende que la LBMA admite dos tipos de acciones: una acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, y la acción indemnizatoria ordinaria.

3.1 Acción ambiental de reparación: Esta acción tiene como único y exclusivo **objeto** obtener la reparación del medio ambiente dañado[32]. Para ejercer esta acción, la LBMA reconoce como **titulares** al directamente afectado (personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño), y como representantes de un interés público, general y colectivo, a las Municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y al Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Además, otorga el derecho a cualquier persona para requerir a las Municipalidades la interposición de la acción ambiental, sobre la base de los antecedentes que el requirente le proporcione; la Municipalidad deberá demandar en el plazo de 45 días, y si no lo hiciere, deberá emitir un pronunciamiento fundado. La falta de este requerimiento la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.

En principio, esta acción compete a quien ha sufrido el daño, pero la LBMA permite la intervención de agentes públicos en vista de la protección del medio ambiente, de manera que también la colectividad social representada por el Estado y las Municipalidades tiene la habilitación jurídica para perseguir la reparación del medio ambiente dañado.

[29] BANFI (2004) p. 32.
[30] BERMÚDEZ (2007) p. 240.
[31] BARROS (2006) p. 806.
[32] Para la LBMA la reparación es "la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar con la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas". Artículo 2 letra s) LBMA.

De las acciones que se otorgan, así como de los fundamentos de cada una de ellas, se observa que los **bienes jurídicos protegidos** son el **medio ambiente**, para cuya reparación se otorga la acción ambiental, y las **personas en su ámbito patrimonial y extrapatrimonial,** cuando estos son afectados directamente por el daño ambiental, para lo cual se les otorga acción de indemnización de perjuicios que, por lo demás, igualmente tendrían de acuerdo al régimen general de responsabilidad civil. Por tanto, debe distinguirse claramente entre el daño ambiental y los daños que sufren las personas o su patrimonio producto de ese mismo daño, los que son protegidos de manera diferente por la LBMA[33].

3.2 Acción de indemnización de perjuicios: Esta acción, cuyo **objeto** es la **reparación pecuniaria de los perjuicios producidos por el daño ambiental**, sólo puede ser ejercida por el **directamente afectado**, de acuerdo con las reglas generales y complementadas por las normas de la LBMA[34].

4. Formas de reparación

El artículo 3° de la LBMA establece que el que cause daño ambiental "estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad la ley". Concordante con las acciones de reparación y de indemnización reguladas en el artículo 53 de la misma ley, se advierte que el daño ambiental puede generar dos clases de responsabilidad reparatoria[35]:

4.1 Reparación de daños al medio ambiente: En la especie consistirá en una o más obligaciones de hacer, que tengan por objeto la ejecución de actos o la adopción de medidas que repongan el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño, o de no ser eso posible, restablecer sus propiedades básicas[36]. Esta fórmula responde a la naturaleza jurídica del bien que sufre el daño, ya que la reparación específica del medio ambiente dañado es, muchas veces en la práctica, imposible.

4.2 Indemnización de perjuicios: Según reglas generales de la responsabilidad civil, esta reparación en equivalencia consistirá generalmente en una cantidad de dinero en la que se avalúa el perjuicio sufrido por la parte directamente afectada.

[33] BERMÚDEZ (2007) p. 235.
[34] Artículo 53, LBMA
[35] BEMÚDEZ (2007) p. 241.
[36] Según la definición legal de reparación citada más arriba.

5. Prescripción

La acción ambiental y las acciones civiles derivadas del daño ambiental prescriben en el plazo de cinco años contados desde que el daño se hace evidente, esto es, cuando es "claro y manifiesto y tan perceptible que nadie puede racionalmente dudar de él"[37]. Esta modalidad de cómputo se aviene más con la naturaleza del daño ambiental, que suele tardar mucho tiempo en revelarse[38].

III. Comentarios sobre el caso

Las sentencias de la Corte Suprema permiten reflexionar sobre varios puntos que fueron relevantes para la decisión de este caso, y que tienen importancia para la jurisprudencia sobre daño ambiental en nuestro país. Sobre todo, tomando en consideración que se dio lugar a la acción de reparación ambiental, a la indemnización de perjuicios y se impuso una multa a la demandada, después que dos fallos (el de primera y el de segunda instancia) negaran la existencia de responsabilidad ambiental.

1. Apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica y fundamentación de las conclusiones del tribunal

En la sentencia de casación, la Corte Suprema invalida el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago por el vicio establecido en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, al no cumplir con las exigencias del N° 4 del artículo 170 del mismo Código, "por haber omitido algunas consideraciones de hecho o de derecho, de lo que se sigue que la contravención de los jueces a esas formalidades trae consigo la invalidación de la sentencia viciada"[39]. La Corte Suprema consideró que faltó "una expresión de las razones para preferir una prueba por sobre otras y la ilación lógica de cómo los antecedentes aportados por las partes permiten llegar a la convicción que se expresa"[40]. Esta convicción fue, en el caso de la sentencia de primera instancia, el dar por cumplidas las obligaciones contraídas por la demandada relativas a las Bases de la Licitación, sin explicar ni razonar al respecto. Según la Corte Suprema, esto queda en evidencia cuando la sentencia de primera instancia "luego de enumerar la prueba rendida, se consigna en la motivación vigésimo cuarta que de las probanzas rendidas fluye con claridad meridiana que la empresa demandada cumplió a cabalidad con las Bases de Licitación del Proyecto"; razonamiento que "no pasa de ser una afirmación efectuada por el sentenciador sin explicación o razonamiento que permita comprender su fundamento"[41].

[37] FERNÁNDEZ (2004) p. 138.
[38] VALENZUELA (2010) p. 332.
[39] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerando 5°.
[40] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerando 4°.
[41] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerando 3°.

En cuanto a la apreciación de la prueba, hay variados sistemas de ponderación de las pruebas rendidas por las partes para que el juez obtenga la convicción acerca de la ocurrencia de los hechos; y por su parte, el juez debe cumplir con la exigencia general de demostrar las razones en las que apoya su decisión, las que deben constar en la respectiva sentencia, transmitiendo los motivos de su decisión y la forma en que ha llegado a ese convencimiento[42]. En definitiva, la razón de la casación fue la falta de motivación del fallo y de exposición de los razonamientos en la sentencia sobre los hechos presentados en el juicio, para arribar a la decisión de negar la responsabilidad ambiental. La pregunta lógica es ¿Cómo la Corte Suprema llegó, con las mismas pruebas presentadas en el juicio, a una conclusión opuesta a la del primer fallo? Creemos que la justificación está en la apreciación de la prueba para fijar los hechos probados, que de acuerdo a las normas de la LBMA, debe realizarse conforme a las reglas de la sana crítica[43].

De hecho, en la sentencia de reemplazo la Corte Suprema hace una larga revisión de las reglas de apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica[44], como la actividad encaminada primero a considerar los medios probatorios para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda contribuir a establecer la verdad de los hechos controvertidos, y después valorarlos conjuntamente y extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos. Dice la Corte Suprema que "En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos"[45]. La enumeración que hace la Corte Suprema de los elementos de la sana crítica es coincidente con los que expone la doctrina como constitutivos de este sistema de valoración de la prueba[46]: la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados[47].

La sentencia de reemplazo de la CS analiza detalladamente las pruebas aportadas por las partes: los datos que aportan los documentos presentados por cada

[42] SALAS (1993) p. 119.

[43] Artículo 62 de la LBMA; actualmente derogado, pero vigente al momento de dictación de las sentencias de primera y segunda instancia. Actualmente esta regla se mantiene, conforme a lo establecido en el artículo único de la Ley N° 20.473, que otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión señalada en el artículo 86 de la Ley N° 19.300 (Régimen transitorio de fiscalización y sanción ambiental).

[44] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 13°.

[45] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerando 13°.

[46] LASO (2009) pp. 144-145; GONZÁLEZ (2006) pp. 95-96. Este último autor agrega la obligación de fundamentación de la sentencia (p. 100), pero al parecer esto sería más bien una obligación general de cualquier decisión judicial más que un elemento para valorar la prueba.

[47] La Corte Suprema toma las definiciones de estos elementos del trabajo de GONZÁLEZ (2006) p. 96-100.

una, las declaraciones de los testigos, la inspección personal del tribunal, los informes de peritos y oficios[48], pero luego en el considerando décimo cuarto pasa a enumerar los hechos acreditados con ella[49], pero sin detallar cómo son probados por los medios anteriormente expuestos. Sin embargo, después analiza cada uno de los elementos de la responsabilidad, hace referencia y sopesa los diferentes medios de prueba. Así, da por establecida la existencia de una acción por parte de la demandada de llevar a cabo el Proyecto de Mejoramiento de la Ruta 68, y las obligaciones ambientales correspondientes[50]; luego establece que existió incumplimiento por parte de la demandada de los planes de manejo, con lo que hace aplicable la presunción del artículo 52 de la LBMA, haciendo referencia a las razones dadas por los peritos y testigos, sopesando las declaraciones de unos y otros, y complementando esos dichos con la inspección personal del tribunal y los oficios de los servicios públicos acompañados[51]. Respecto a la existencia de los perjuicios y la relación de causalidad, también cita las pruebas de peritos y testigos, pero llega a sus propias conclusiones con la información que éstos proveyeron, aplicando sobre todo en este elemento la mayor libertad que da el sistema de la sana crítica para apreciar la prueba[52], como veremos en el punto siguiente.

Creemos que esta sentencia muestra cómo, mediante la sana crítica, el tribunal puede tomar los elementos que aportan los diferentes medios de prueba y formarse una convicción sobre los hechos, de manera racional y lógica. Eso sí, manteniendo su prerrogativa de subsumir dichos hechos en los supuestos de las normas que debe aplicar, y de ahí la diferente conclusión a la que llegó la Corte Suprema con las mismas pruebas.

2. Prueba del daño ambiental y la relación de causalidad

Es interesante el razonamiento de la Corte Suprema en relación con la prueba del daño ambiental. A pesar que el informe pericial consideró que el botadero Melosilla y las obras viales asociadas al Camino, ubicadas en la cuenca del Embalse Pitama, no habrían producido un "impacto directo evaluable como daño ambiental", dice que sí ha originado un menoscabo ambiental[53]. La Corte Suprema, sobre la base de lo expuesto por el informe pericial más las declaraciones de los testigos y la inspección personal, considera que este menoscabo es significativo, requisito especial del daño ambiental definido en el artículo 2 letra e) de la LBMA, razonando que "para evaluar la significación del daño ambiental no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de

[48] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerandos 4° a 9°.
[49] Estos fueron resumidos en el punto 3. del acápite anterior.
[50] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerandos 25° y 26°.
[51] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerandos 27° y 28.
[52] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30°.
[53] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 9°.

contaminación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo"[54]. Aquí se aprecia más claramente cómo el tribunal toma los datos que aportan los medios de prueba del proceso y los relaciona con las normas aplicables para llegar a conclusiones decisorias para el caso, de acuerdo a criterios de lógica y experiencia: asume que el agotamiento de la vida útil del Embalse, el daño ambiental, es efecto de la conducta de la demandada, "por la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos sólidos arrastrados por las aguas lluvias hasta el lecho del Embalse Pitama, por la falta de tratamiento de las tierras removidas por la acción de la demandada y la falta de vegetación en el sector"[55].

3. Culpa infraccional en materia ambiental

Uno de los puntos determinantes del juicio era comprobar si la demandada había incumplido o no sus obligaciones ambientales en la ejecución del Proyecto, de manera de aplicarle o no la presunción de culpabilidad del artículo 52 de la LBMA. Como se dijo, esta presunción tiene por objeto facilitar la comprobación del elemento volitivo de la responsabilidad, de manera que al comprobarse la infracción de normas se presume la culpa. Pero, por el contrario, el cumplimiento o el no cometer infracción de las normas ambientales al parecer no eximiría de culpa al autor del daño; puede igual haber responsabilidad por daño ambiental, pero el demandante tiene la carga de probar la culpa del actor, además de los otros elementos propios de la responsabilidad como el daño, la relación de causalidad y la acción. Este caso sería preocupante, por la falta de previsión de las normas que deben proteger el medio ambiente; si estas se cumplen, y hay daño ambiental, habría una disociación entre la realidad que se debe proteger y lo que debe mandar o prohibir la norma[56].

La sentencia de primera instancia había desestimado la responsabilidad de la Concesionaria por considerar "que la empresa demandada cumplió a cabalidad con las Bases de Licitación del Proyecto", "en especial los compromisos medioambientales adquiridos por la concesionaria con la autoridad ambiental y fiscal". Y aun más, según la Corte Suprema este tribunal encontró el origen del daño "no en el actuar de la sociedad demandada, sino en las Bases de la Licitación del Proyecto de que se trata y en las especificaciones técnicas del respectivo contrato"[57]. Un giro total hace el máximo tribunal al considerar que ésta había incumplido sus obligaciones ambientales, específicamente al plan de manejo presentado, sobre la base de las actas de fiscalización de los servicios públicos involucrados, la inspección del tribunal, etc. Pero sobre todo

[54] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30°.
[55] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30°.
[56] En ese sentido, BERMÚDEZ (2007) p. 233.
[57] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerando 3°..

por la apreciación jurídica que hace la Corte Suprema del deber de la demandada para considerar cumplidas sus obligaciones en este ámbito: las medidas adoptadas no habían sido efectivas, y la demandada debió prever el daño que esta situación produciría, y que efectivamente se produjo producto de la falta de medidas de su parte en la ejecución de los trabajos y mantención y cierre del botadero[58].

4. Estándar de diligencia debida en materia de daño ambiental

Relacionado con lo anterior, cabe preguntarse cuál es el estándar de diligencia que la Corte Suprema aplicó a la demandada para considerarla culpable del daño ambiental, no sólo por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales, sino por no haber ejecutado otras medidas en vista que las ejecutadas no habían sido efectivas. Es más, se establece que "la obligación de la concesionaria no se agotaba con el cumplimiento estricto de las medidas descritas, sino que su obligación era llevar a cabo todas las acciones que permitieran mitigar y reparar adecuadamente el impacto ambiental negativo de su actividad, única forma de entender un desarrollo sustentable, que es al que tiende el legislador"[59]. La Corte dice con claridad que no basta con cumplir con la normativa impuesta por la autoridad, y que la responsabilidad va más allá de las medidas mínimas de la regulación ambiental del proyecto.

Derechamente, la Corte Suprema considera que "el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados", pues "la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión"[60]. Creemos que aquí está la clave del reproche de la Corte Suprema hacia la Concesionaria: su actuación negligente o falta de prevención o de ejecución de medidas para evitar la afectación del Embalse por los deslizamientos de material sólido producto de la erosión y las lluvias, que tuvo por efecto su estado actual y de la calidad de sus aguas, es reprochable, sobre todo porque la afectación de los cursos de agua era previsible; si no, no se le hubieran impuesto esas obligaciones en el contrato de concesión y la autorización ambiental.

Hay entonces falta de previsión de un daño que podía evitarse y que la demandada tenía capacidad y conocimientos para hacerlo[61]. Más allá de las normas prácticas impuestas, su diligencia debía ser mayor, de acuerdo a lo esperable

[58] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerandos 28° y 29°.
[59] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 29°.
[60] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.
[61] CORRAL (1999) califica estos daños como "Daños previstos no autorizados": "...daños que, si bien se previeron de posible ocurrencia durante la ejecución del proyecto o actividad, se consideraron evitables, y con tal propósito se exigieron medidas de prevención o de control de accidentes. Para determinar la responsabilidad si se produce este tipo de perjuicios, debemos distinguir si las medidas de prevención o de control se ejecutaron de acuerdo a lo exigido o no". pp. 87-88.

por su capacidad y conocimientos. Se le impone un deber de diligencia objetivo: "en este caso la culpa se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas de las partes, conforme a las cuales les era exigible una conducta determinada, en este evento el deber de previsión y diligencia que es posible esperar de ellas"[62]. Es importante anotar que la culpa, entendida como falta al deber general de cuidado y como elemento de la responsabilidad civil, va a variar según los niveles culturales y de tecnología[63], elementos que son especialmente relevantes en el daño ambiental.

Nos parece que la exigibilidad de este éstandar de diligencia, que puede parecer a simple vista como muy alto (por exigir más allá de las normas ambientales), está de acuerdo a la evolución que este tema ha tenido, además de justificarse por otra razón: se está exigiendo este nivel de diligencia, a partir de las normas mínimas ambientales, para evitar un daño ambiental, no un impacto ambiental. La responsabilidad por daño ambiental se produce cuando ya se ha sobrepasado el impacto tolerable por la sociedad y las normas, cuando se ha afectado negativa y significativamente el medio ambiente y/o alguno de sus componentes. El Derecho no puede dejar sin sanción ni reparación ese nivel de afectación si se pretende proteger el medio ambiente. Por eso el cumplimiento de las normas ambientales es el mínimo; porque el deber general de cuidado para evitar daño ambiental le es exigible a todos, con o sin componentes o actividades normadas especialmente, con o sin autorizaciones especiales. Esta es la última reacción civil para proteger y reparar el medio ambiente cuando se produce daño.

Citamos una declaración de la Corte que deja claro el mensaje de que en esta materia cumplir con la normativa no exculpa del posible daño ambiental que se produzca con la actividad: "el respeto de la normativa medioambiental no puede ser puerto seguro, para el evento que se originen daños a terceros producto de una acción productiva, puesto que ella es el mínimo que debe considerarse, pero nada obsta que le corresponda tener en cuenta mayores cuidados"[64].

[62] Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.
[63] RODRÍGUEZ (1999) p. 184.
[64] Sentencia de reemplazo, considerando 19°.

Bibliografía

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.) Tomo I.

BANFI DEL RÍO, Cristián (2004): "De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental", en *Revista Chilena de Derecho Privado (Universidad Diego Portales)*, N° 2: pp. 19-70.

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

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso).

CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, Vol. 1 N° 1: pp. 79-93.

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2006): "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", en *Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, Vol. 33 N° 1: pp. 93-107.

LASO CORDERO, Jaime (2009): "Lógica y sana crítica", en *Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, Vol. 36 N° 1: pp. 143-164.

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

SALAS VIVALDI, Julio (1993): "La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polémica revivida", en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, año LXI N° 193: pp. 117-125.

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael (2010): *El Derecho Ambiental. Presente y Pasado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia

Corte Suprema (2011): Rol 396-2009, 20 de abril de 2011 (sentencia de casación resolución 15671). [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2011] Disponible en: http://poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estado_causa_nuevo.php

Corte Suprema (2011): Rol 396-2009, 20 de abril de 2011 (sentencia de reemplazo, resolución 15673). [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2011] Disponible en: http://poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estado_causa_nuevo.php

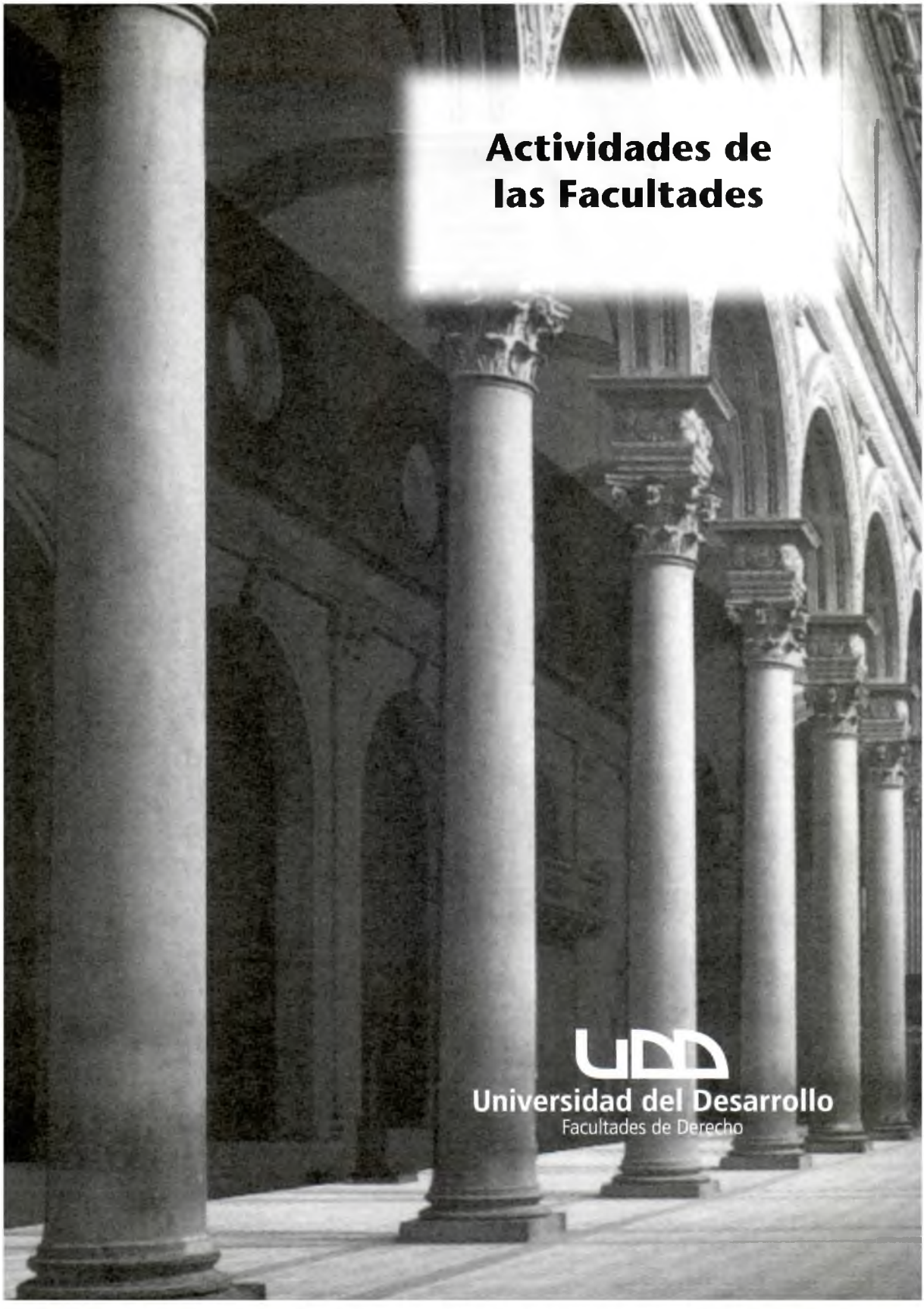
Corte de Apelaciones de Santiago (2005): rol 2386-2005, 29 de marzo de 2005. [Fecha de consulta: 1 de junio de 2001]. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estados_causas.php

Normas

Ley Nº 19.300, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

Ley 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

Ley N° 20.473, Otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión señalada en el artículo 86 de la Ley Nº 19.300, Diario Oficial, 13 de noviembre de 2010.


Actividades de
las Facultades
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago

Primer Semestre 2011

Trinidad Siles Del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I. Actividades de Admisión

Primera Jornada Vocacional

El día sábado 28 de mayo se realizó la Primera Jornada Vocacional UDD 2011.

En dicha oportunidad los invitados fueron bien venidos de una manera distinta; una obra de teatro representativa de su realidad actual y una charla motivacional a cargo de Ernesto Silva Méndez.

Luego, los interesados en la carrera pudieron conocer cómo el Derecho es constantemente cambiante y comprender la función que cumple el abogado al ejercer su profesión.

Desde la perspectiva de la Fiscalía Económica, el profesor Gonzalo de la Cerda les explicó la importancia de ser siempre innovadores, acuciosos y emprendedores al momento de realizar cualquier labor.

El encuentro contó además con testimonios de alumnos, quienes relataron aspectos relevantes de la carrera e invitaron a todos los participantes a aprovechar este tipo de instancias que ofrece la UDD .

Inicio Torneo de Debate Inter Escolar:

En mayo se llevó a cabo el Seminario de Capacitación a los participantes de los colegios que serán parte del Torneo de Debate Interescolar, organizado por la Facultad de Derecho de la UDD.

Los colegios integrantes son: Newland, Bradford, Instituto Nacional, Carmela Carvajal, Nuestra Señora de Loreto, Santiago College, Liceo 7 y el Verbo Divino.

Este torneo se realizará en el formato "todos contra todos" y su inicio será el día 22 de junio.

II. Actividades de la Facultad

Inauguración del año académico 2011

El titular de la cartera de justicia, Felipe Bulnes Serrano, inauguró el año académico de Derecho en la Universidad con una exposición muy completa sobre los desafíos de la secretaría de Estado para abordar tanto la situación carcelaria, como la reforma procesal civil.

Ernesto Silva, Felipe Bulnes, Pablo Rodríguez y Cecily Halpern.

Decano Pablo Rodríguez Grez.

Edgardo Campusano.

Asistentes a la ceremonia

En el acto estuvieron presentes el rector de la UDD, Ernesto Silva Bafalluy; el vicerrector de pregrado, Rodrigo Fernández Donoso; la vicedecana de la Facultad de Derecho, Cecily Halpern Montecino, y el decano de la misma Facultad, Pablo Rodríguez Grez. Este último llamó a los estudiantes, con un decálogo que abordó 10 puntos, a ejercer su profesión eficiente y honradamente.

En la ceremonia se premió a los mejores alumnos de cada promoción, se distinguió a los docentes más destacados y finalmente se les hizo entrega de sus diplomas de egreso a 47 alumnos. Concluyó el acto con palabras de agradecimiento en representación de los egresados el alumno Edgardo Campusano Ramos, mejor egresado de toda la carrera.

Reunión de profesores de la Facultad

Se realizó la primera reunión de profesores de la Facultad después de una exposición del prorrector de la UDD, señor Federico Valdés La Fontaine, acerca del proceso de acreditación al que hoy día se enfrenta la Universidad. El profesor Valdés Lafontaine insistió en el compromiso que tiene cada uno de los profesores y funcionarios de la UDD en esta examinación ante la CNA, la Comisión Nacional de Acreditación. Posteriormente, la vicedecana de la Facultad, Sra. Cecily Halpern Montecino, presentó ante la asistencia los modelos educativos: modelo de competencia y modelo mixto, que propone la UDD. Esta decisión se definirá próximamente junto con la facultad de Derecho de Concepción.

Pablo Rodríguez Grez , finalmente, después de informar acerca de las materias propias del funcionamiento de la Facultad, dio a conocer los avances de la acreditación de la Facultad, que espera examinarse durante el año 2012,

Nombramiento de nuevos profesores y nuevos funcionarios

Vicedecana	Cecily Halpern Montecino
Director de Postgrados	Raúl Campusano Droguett
Director de Extensión y Educación Continua	Francisco Pfeffer Urquiaga
Profesores de apoyo en la Facultad	Natalia García Swaneck
	Francisco Javier Mujica Escobar
Derecho Civil	Oscar Herrera Valdivia
Derecho Civil	Francisco Javier Mujica Escobar
Derecho Penal	Gonzalo de la Cerda Otto
Derecho Procesal	Jaime Silva Bruce
Derecho Constitucional	Ignacio Covarrubias Cuevas
Clínica Jurídica	Paula Fuentealba Quezada
Derecho del Trabajo	Rosa María Mengod Gimeno

Nombramiento de nuevos ayudantes 2011. Concurso de ayudantes, primer semestre de 2011

Se designaron como nuevos ayudantes de la carrera las siguientes personas:

Asignatura	Profesor	Ayudante
Derecho Romano	Ximena Pulgar Núñez	Nathalie Costa López
Derecho Romano	Solange Doyharcabal Casse	Victoria San Cristóbal Brahm
Teoría del Derecho I	Jaime Williams Benavente	Carlos Lira Claro
Teoría del Derecho I	Antonio Ecclefield Barbera	Isidora Henríquez Guzmán
Teoría del Derecho II	Pablo Rodríguez Grez	Andrea Álvarez de la Rivera
		Nicolás Galli Burroni
Derecho Político	Julio Alvear Téllez	José Tomás Herrera Araneda
Bases del Orden Jurídico	Claudia Schmidt Hott	Paula Bagioli Coloma
Bases del Orden Jurídico	Manuel Suárez Navia	Julia Failla Candela
Evolución de las Instituciones Jurídicas	Oscar Dávila Campusano	Daniela Chemsi Celikbas
Emprendimiento y Liderazgo		Juan Cortés Fainé
		María Ignacia Labadía Díaz
Emprendimiento y Liderazgo	Andrés Cood Vergara	
	Maha Fernández Shakhtur	
Derecho Civil	Oscar Herrera Valdivia	Osvaldo García Swaneck
Derecho Civil	Pedro Pablo Vergara Varas	Natalia García Swaneck
Derecho Civil	Carolina Devoto Berriman	Andrés Munizaga Naveillán

Derecho Procesal	Carlos Pecchi Jaime Silva Bruce	Mario Zepeda Escobar
Derecho Procesal	Jorge Ugarte Abrego	Francisca Molina Medina
Derecho Constitucional	Salvador Mohor Abuauad	Gabriel Cuevas Gatica
Derecho Constitucional	Ignacio Covarrubias Cuevas	Isabel Wigg Sotomayor
Derecho, Economía y Mercado/ Legislación Económica	Joaquín Morales Godoy	Constanza Olalquiaga del Solar
Ética sello	Antonio Ecclefield Barbera	Nicolás Rivadeneira Haensgen
Derecho Administrativo	Iván Aróstica Maldonado	Nicolás Enteiche Rosales
Derecho Administrativo	Sergio Cea Cienfuegos	Ximena Montoya González
Derecho Internacional Público	Fernando Gamboa Serazzi	Luis Hernán Acevedo Espínola
Derecho Internacional Público	Raúl Campusano Droguett	Conrad Fahrenkrug Garrido
Derecho del Trabajo	Cecily Halpern Montecino	Mónica Apablaza Núñez
Derecho del Trabajo	José Alonso Ugolini Tello	Felipe Muñoz Aguirre
Derecho del Trabajo	Ana María Díaz Muñoz	Simón Ponce Riquelme
Derecho Penal	Gonzalo de la Cerda Otto	Víctor Santelices Ríos
Clínica Jurídica	Paula Fuentealba Quezada	Macarena García Sepúlveda
Derecho Tributario	Jaime García Escobar	Gabriel Jiménez Celsi
Filosofía del Derecho	Jaime Williams Benavente	Winfried Hempel Malessa
Ética Profesional	Marcela Schnake Ferrer	Stefanie Seemann Rudzajs

Los nombramientos indicados se mantendrán vigentes hasta el 29 de marzo de 2013.

Visitas

Durante el primer semestre del año, los alumnos del curso de Derecho Procesal I visitaron el **Tribunal Constitucional** y presenciaron el alegato del abogado Miguel Otero en la causa rol N° 1838 , efectuado frente al Pleno.

Los cursos de Derecho Administrativo II visitaron la Contraloría General de la República, fueron recibídos por la abogada Soledad Frind Rada, quien les dio una charla general sobre la Contraloría, posteriormente el Jefe de la División Jurídica les hizo un recorrido por distintas dependencias del organismo.

Los alumnos del profesor de Derecho Civil II , Ambrosio Rodríguez, realizaron dos visitas guiadas al Conservador de Bienes Raices.

Los cursos de Derecho Procesal fueron invitados a visitar la tercera sala, sala Constitucional de la Corte Suprema. Allí fueron recibídos por la relatora Liliana Mera, quien finalizó la actividad con la vista de una causa

Diversos debates

Este semestre se realizaron diversos debates:

El Torneo Parlamentario Interescolar de Debate, el Seminario de Debate y Argumentación, la Liga Metropolitana de Debate (Primer puesto UDD) y el Torneo de Litigación Jurídica, este último eminentemente jurídico y su exigencia supone un análisis de un caso real y se alega ante una comisión de jueces, según los parámetros de la Corte Internacional de Justicia. Entre los alumnos que se han destacado por su participación en estos torneos están: Andrea Alvarez de la Rivera, Isabel Wigg y José Tomás Herrera, Pablo Sánchez; José Astudillo, todos ellos preparados por el Coach de Debates Carlos Pereira Jadue.

En la Universidad del Desarrollo tuvo lugar el Diálogo sobre argumentación jurídica, instancia coordinada por el profesor de Derecho Internacional Público Raúl Campusano y que contó con la participación de profesores de varias universidades chilenas. En la ocasión, alumnos de la Facultad de Derecho tuvieron la posibilidad de presentar sus avances en materia de argumentación jurídica a través de actividades como la Philip C. Jessup, la Sociedad de Debates, y la simulación de alegatos ante la Corte Internacional de Justicia del ramo de Derecho Internacional Público, entre otras. Entre los profesores asistentes estuvieron Rodrigo Valenzuela Cori, Director del Instituto de Argumentación de la Universidad de Chile; Rodrigo Coloma y Flavia Carbonell, profesores investigadores de la Universidad Alberto Hurtado; Hugo Cárdenas, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas e Investigación de la Universidad Andrés Bello; Sergio Peña-Neira, profesor de la Universidad de Valparaíso, y Cristóbal Joannon y Cyntia Maciel, profesores de la Universidad de Chile.

En la cátedra de Derecho Político, cuyo profesor es Julio Alvear, se llevaron a cabo cuatro debates expositivos en torno a los siguientes temas: "El papel del Estado frente a las libertades", "El problema del contractualismo democrático como fundamento de las sociedades políticas", "La finalidad del orden político" y "El problema de la autonomía individual como fundamento de la política". Cada uno de ellos fue contrastado y defendido por la visión de diversos autores, como: Karl Marx versus Frederik Von Kayek; Jean Jaques Rousseau versus Joseph Demaitre; John Locke versus Santo Tomás de Aquino y Alexis de Toqueville versus Inmanuel Kant.

Distinción de Libertad y Desarrollo

El abogado y profesor investigador de la Facultad de Derecho de la UDD, Nicolás Enteiche Rosales, obtuvo el premio Sociedad Libre 2010, que otorgó el instituto Libertad y Desarrollo por decimoquinto año, a la mejor tesis de pregrado entre todas las universidades chilenas presentadas al concurso. El trabajo realizado por el abogado Enteiche, "Un análisis económico del fundamento de la responsabilidad del Estado administrador", fue anteriormente calificado con la nota máxima por los profesores Iván Aróstica Maldonado y Jorge Reyes Riveros.

Ciclo "Derecho a Conversar"

Por tercer año consecutivo, la Facultad de Derecho realizó el ciclo de diálogo con destacados invitados en distintas áreas de interés.

A sala llena y mucho interés, comenzó el ciclo de Derecho a Conversar con Eugenia Weinstein, psicoterapeuta y profesora de diversas cátedras de Psicología. Ella abordó el tema de " Las relaciones humanas y los compromisos de hoy". En una segunda conversación se llevó a cabo el análisis de las psicopatologías de la sexualidad. Los especialistas Ety Rapaport K., psicoterapeuta psicoanalítica, y el abogado penalista Hugo Rivera V. revisaron desde sus respectivas áreas el comportamiento de las parafilias sexuales, más conocidas como desviaciones y perversiones. En el tercer encuentro, Raúl Campusano D., profesor de Derecho Internacional Público, entrevistó al abogado y diplomático don Hernán Felipe Errázuriz C. en torno al contexto de las elecciones en el Perú. Curiosamente, el expositor se atrevió a vaticinar el triunfo de Humala y aprovechó de analizar aspectos como la resolución del fallo entre Chile y Perú; el peligro en la frontera, la integración de nuestras naciones, la posible amenaza de Sendero Luminoso, en fin, temas que les permitieron a los alumnos informarse acerca de estas materias y así poder formar un criterio fundamentado.

Concurso de cuentos

Por tercer año consecutivo, la Facultad de Derecho, en conjunto con la Facultad de Humanidades, organizó el concurso de cuentos para todos los alumnos de la Universidad.

Los cuentos deben ser entregados en la Secretaría de la Facultad de Derecho el día 12 de agosto. Los resultados de los cuentos ganadores se darán a conocer el día 12 de septiembre y la premiación se realizará el 29 de septiembre.

El primer cuento seleccionado será premiado con dos pasajes a Buenos Aires, el segundo con una colección de libros de un autor clásico y el tercero con libros donados por la Facultad.

III. Actividades de la Dirección de Postgrado

Durante el primer semestre del año académico 2011, la Dirección de Postgrado dio inicio a los siguientes programas:

Magíster en Derecho, 2ª Versión

El 2 de mayo de 2011 se dio inicio a la segunda versión de nuestro Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, progra-

ma destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las competencias profesionales del abogado, mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

Este programa busca 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 asesorías 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.

LL.M. Executive – Magíster en Derecho Económico y Financiero, 5ª Versión

También con fecha 2 de mayo de 2011 se inició en su quinta versión nuestro LL.M. Executive, Magíster en Derecho Económico y Financiero. El LL.M. Executive es un postgrado que conduce al grado de Magíster en Derecho Económico y Financiero y 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, 5ª Versión

Este primer semestre se ha vuelto a impartir este exitoso programa de Postítulo en Derecho Tributario, el cual se encuentra en su quinta versión. Este programa está dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de una especialización actual y práctica 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. Así, sus egresados dominarán las principales figuras e

instituciones de esta rama del Derecho y tendrán las herramientas necesarias para ejercer y asesorar en estas materias.

Postítulo en Planificación Tributaria, 3ª Versión

Por tercera vez la Dirección de Postgrados de la facultad de Derecho de la UDD sede Santiago imparte este programa de Postítulo en Planificación Tributaria, el cual está dirigido a profesionales que ya cuentan con una formación en tributación y tienen interés en profundizar su especialización en estas materias.

El postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca y sepa utilizar las herramientas disponibles para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Su enfoque eminentemente práctico, sin dejar de lado las cuestiones teóricas esenciales, hacen de este programa un excelente medio para dominar las normas tributarias con un alto grado de sofisticación, permitiendo a sus egresados asesorar, a un alto nivel, la actividad empresarial de nuestro país.

Postítulo en Derecho Económico y Financiero

El Postítulo en Derecho Económico y Financiero está destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales de los abogados y otros profesionales que asesoran a la actividad empresarial. Es un programa que ha sido diseñado con el objeto de perfeccionar a los alumnos, promoviendo la profundización de contenidos prácticos y el desarrollo de habilidades profesionales con una orientación al trabajo concreto que realiza el abogado corporativo.

Postítulo en Derecho Ambiental, 2ª Versión

Finalmente la Dirección de Postgrado vuelve a impartir su Postítulo en Derecho Ambiental, el cual tuvo un gran éxito en su versión 2010.

A partir del 29 de junio se dio inicio a este programa. Hoy es más relevante que nunca, debido a los desafíos energéticos y ambientales que afectan al país y al planeta, la oportuna y completa asesoría ambiental a empresas, tanto en materias de gestión jurídica preventiva, como de fiscalización. Por otro lado, el país ya cuenta con una nueva institucionalidad ambiental y una estricta normativa internacional vinculante derivada de la incorporación de Chile a la OCDE.

Por esta razón, impartiremos la segunda versión de este programa académico integral en Derecho Ambiental y Recursos Naturales, el cual entrega las habi-

lidades y conocimientos necesarios para formar profesionales expertos en la normativa ambiental vigente, tanto nacional como internacional.

Convenios

En su afán de expandir sus fronteras y dar a conocer a la comunidad jurídica y académica los programas que la Dirección de Postgrado está desarrollando, es que se ha dado inicio a un proceso de negociación y firma de convenios con importantes instituciones de nuestro país. Así es como, en el mes de mayo de 2011, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho en Santiago firmó un convenio académico con la Asociación de Diplomáticos de Carrera, ADICA, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que tiene por objeto dar a conocer nuestros programas entre los diplomáticos chilenos. También se han iniciado conversaciones para un eventual convenio con el Ministerio Público.

Comité Académico

El Lunes 6 de junio tuvo lugar la primera reunión del Comité Académico de la Dirección de Postgrado. El Comité está integrado por los señores Iván Aróstica, José Ignacio Vásquez, Joaquín Morales, Jorge Varela, Manuel Pino y Raúl F. Campusano. Actúa como secretario del Comité el señor Alejandro Leiva. Entre otras materias, el Comité abordó la actualización del Reglamento de Postgrados, la revisión de los Programas Académicos y una primera mirada a la planificación del año 2012.

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Primer Semestre 2011

Soledad Arcas Acevedo
Abogada, Universidad del Desarrollo
Coordinadora de Titulación y Minor

I. Actividades de la Facultad

La Facultad de Derecho dio la bienvenida a sus nuevos alumnos

El martes 1 y miércoles 2 de marzo se llevó a cabo el "Programa Puente" con el objetivo de apoyar el proceso de incorporación de los estudiantes de primer año a la vida universitaria.

Esta actividad es una instancia para que los nuevos alumnos conozcan las características propias de la carrera, se relacionen con sus compañeros y participen en entretenidos talleres y actividades en torno al sello de Emprendimiento y Liderazgo.

El inicio del programa estuvo a cargo del Decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, quien dio la bienvenida a los nuevos estudiantes, compartiendo con ellos los 10 mandamientos del abogado, del profesor COUTURE, instándolos a estudiar y aprovechar el paso por la Universidad. Por su parte, la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz, les informó de los aspectos reglamentarios más relevantes de la carrera y de los servicios de la UDD, tales como el CADA (Centro de Apoyo al Desempeño Académico), la DAE (Dirección de Asuntos Estudiantiles) y Biblioteca de la Facultad.

Posteriormente, los alumnos fueron divididos en dos grupos, para que participaran en distintas dinámicas y talleres grupales liderados por los docentes de nuestra Facultad, Sres. Gina Samith Vega y Javier Molina Gómez.

Reunión de profesores marcó inicio de año académico 2011

Con ocasión del comienzo del año académico 2011 y con el fin de dar a conocer las distintas actividades que la Facultad tiene contempladas para este

año, el jueves 17 de marzo tuvo lugar la primera reunión de profesores de la carrera.

En el encuentro, el Decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, informó sobre el estado del proceso de acreditación institucional. Por su parte, la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz, dio a conocer el nuevo Proyecto Educativo de la UDD y sus aspectos más relevantes. Asimismo, se revisaron algunos temas de importancia para la gestión docente y nuestros procesos académicos.

Posteriormente, Bruno Caprile Biermann, Coordinador de Investigación y Biblioteca, informó acerca de los servicios que brinda la biblioteca, particularmente la forma de acceder a las bases de datos de jurisprudencia contratadas por la universidad, y solicitó a los docentes tener la permanente preocupación de hacerle llegar los requerimientos bibliográficos, a fin de adquirirlos, y de fomentar entre los estudiantes el uso de la biblioteca. Además recordó la reciente publicación del último número de la revista *Actualidad Jurídica* y los invitó a hacer llegar colaboraciones para el próximo número.

Para finalizar la reunión, el Director Ejecutivo de los Programas de Postgrado, Jorge Ogalde Muñoz, dio a conocer los programas que se llevarán a cabo este año.

Ceremonia de Premiación Año Académico 2010

Los alumnos que obtuvieron el mejor rendimiento académico de su promoción y el mejor profesor de la Facultad de Derecho fueron reconocidos en la Ceremonia de Premiación del Año Académico 2010, que tuvo lugar el martes 5 de abril en el Centro de Eventos Suractivo.

En esta ocasión, el premio a la Excelencia Académica lo recibieron los alumnos Francisca Arriagada, Matías Osses, Giovani Péndola, Joaquín Muller y Franco Buscaglione, de primero a quinto año respectivamente.

En la misma ceremonia, fue homenajeado como el Mejor Profesor de la Facultad Eduardo Andrades Rivas, por su excelente desempeño académico. También recibieron un reconocimiento los profesores Octavio Puente y Patricia Silva, como mejores docentes de los cursos sello Emprendimiento y Liderazgo y Responsabilidad Pública, respectivamente.

Por otra parte, Mario Sabag, alumno de 3er año, recibió el premio "Espíritu Universitario", por su labor como jefe de la Pastoral de nuestra Universidad durante el 2010. Este reconocimiento otorgado por la Dirección de Asuntos Estudiantiles destaca a alumnos que se distinguen por su alto sentido de responsabilidad pública, compromiso y espíritu solidario.

Senador Ignacio Walker inauguró el año académico de la Facultad de Derecho, sede Concepción

El día 14 de abril, con más de 120 alumnos, docentes y la presencia de destacadas autoridades de la Región y de la UDD, la Facultad de Derecho inauguró su año académico 2011. En la ocasión, el Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad, se dirigió a las autoridades, docentes y alumnos asistentes, dio cuenta de la gestión académica del año 2010 y planteó los desafíos para el presente año. Posteriormente, el Sr. Ignacio Walker Prieto, senador de la República, dictó una interesante clase magistral titulada "La democracia en América Latina".

En la ceremonia, se realizó la premiación de aquellos alumnos que obtuvieron una distinción en el concurso de ensayos jurídicos. El premio al Mejor Ensayo Jurídico cayó en manos del alumno Carlos Martínez Orostica, con el tema, "El caso fortuito y su aplicación actual".

Además, se hizo entrega de un reconocimiento al Mejor Docente de la Facultad por su destacada labor académica, que este año recayó en el Sr. Eduardo Andrades Rivas.

El acto finalizó con el otorgamiento del premio "Decano Eduardo Fernández Flores", al mejor egresado de su promoción en reconocimiento a su excelencia académica durante los cinco años de estudio de pregrado; distinción que en esta oportunidad recayó en el alumno Franco Buscaglione Meyer.

Cena de egresados de Derecho

Como ya es tradición, la Facultad de Derecho organizó una comida en el Club Concepción el pasado jueves 28 de abril, con motivo de conmemorar el importante logro de los alumnos que finalizaron sus estudios de pregrado el 2010. En la ocasión, los 29 egresados compartieron con sus compañeros, un grupo de profesores y las autoridades de nuestra Facultad, quienes los incentivaron a seguir adelante en su proceso de licenciatura.

Los alumnos fueron despedidos por el profesor titular de la cátedra de Derecho Civil, Andrés Kuncar Oneto, quien los felicitó por esta etapa que han concluido exitosamente, recordando momentos y anécdotas de algunos de ellos en diversas instancias donde tuvieron la oportunidad de compartir. Durante su intervención, el profesor también les habló de las características que distinguen a un buen abogado y la importancia de aquel primer caso que deberán llevar y que los distinguirá en el ejercicio de su profesión.

Seminario Fundación Pro Bono

Entre el 7 y 8 de abril se llevó a cabo un seminario internacional organizado por la Fundación Pro Bono, que llevó por nombre "Fortaleciendo el acceso a la justicia". La actividad reunió a estudiantes y abogados de distintos países. Representando a nuestra Facultad participaron los alumnos Mario Sabag, Diego Sepúlveda, Matías Osses y Camila Escobar, junto a la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz.

Uno de los puntos en los que se puso acento durante los dos días que duró la actividad es en el deber ético que asiste a los abogados de colaborar junto con el Estado en hacer efectivo el derecho fundamental de todas las personas de acceder a la Justicia, concretando de esta forma una las bases de los Estados Constitucionales de Derecho y acercando así la Justicia a aquellos sectores de escasos recursos o grupos más vulnerables de la población. Se analizaron las distintas iniciativas de Pro Bono en los diversos países participantes y las metas para los próximos cinco años

Alumnos de Derecho participaron en Trabajos de Verano 2011

Entre el 7 y el 16 de enero tuvo lugar en la comuna de Quilaco, distante a 50 kilómetros desde la ciudad de los Ángeles hacia la cordillera, la 14ª versión de los llamados Trabajos de Verano.

En esta oportunidad, cerca de 90 alumnos de distintas carreras de la sede Concepción construyeron viviendas para nueve familias de escasos recursos de la comuna, con el fin de mejorar su calidad de vida.

Felipe Lagos, alumno de cuarto año de Derecho, y Alejandro Lagos, egresado de la Facultad, fueron algunos de estos voluntarios que destinaron parte de sus vacaciones de verano y pusieron su trabajo y entusiasmo en la reconstrucción de la VIII Región.

Ambos estudiantes ya tienen experiencia en dicha labor, ya que Felipe participa desde hace 4 años en este proyecto, mientras Alejandro trabaja hace 6 años. Por lo mismo, desde el 2010 ambos asumen con gran responsabilidad una doble función, vale decir, son jefes de comunidad y a la vez intendentes de alimentos.

Alumnos de la Facultad participaron en Seminario de Liderazgo

Como todos los años, la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la UDD organizó una actividad en medio de la naturaleza y que reúne a alumnos de distintas carreras de las sedes de Concepción y Santiago. El objetivo de este encuentro

es potenciar las capacidades de liderazgo a través del trabajo en equipo y promover el desarrollo personal de los participantes.

El encuentro tuvo lugar en el Cajón del Maipo los días 7 y 8 de abril y los alumnos Daniel Cattan, María Inés Baraona y Felipe Lagos representaron a nuestra Facultad en esta enriquecedora experiencia.

El campamento contó con distintas actividades y dinámicas, tales como circuitos en la montaña, juegos y ratos de recreación, con la presencia de algunas autoridades de la UDD.

Profesor de la Facultad de Derecho dicta clases en cursos de postgrado de la Universidad de París II, Francia

En el mes de abril del presente año Bruno Caprile Biermann, Coordinador de Investigación y Biblioteca y profesor de la Cátedra de Derecho Civil de la Facultad, viajó a París invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de París II.

Durante su estadía dictó clases en los programas de Mastère, en las que analizó "Los problemas jurídicos derivados del terremoto del 27F en Chile" y "Una visión de conjunto del sistema de cauciones en Chile".

El profesor Caprile aprovechó la iniciativa para un fructífero intercambio académico con profesores de esa casa de estudios, que seguramente se proyectará en visitas que éstos pudieran realizar a Concepción, además de profundizar en la investigación en temas de interés común.

Docente de la Facultad expuso en Ciclo de Charlas Culturales

El docente de la Facultad de Derecho Sr. Eduardo Andrades Rivas dictó el jueves 12 de mayo una interesante charla titulada "Las Cruzadas", en el marco de la 3ª sesión del Ciclo de Charlas Culturales, organizada por la Dirección de Extensión y Capacitación de la Universidad del Desarrollo.

La exposición tuvo por fin desarrollar una visión sobre Las Cruzadas desde el punto de vista contemporáneo y occidental y su objetivo fue presentar el proceso histórico y cultural que ellas significaron, teniendo siempre presente el trasfondo de diferencias de mentalidades y de religión que Las Cruzadas siempre implicaron para cristianos y mahometanos.

Grupo de estudiantes de Derecho organizaron Panel de Conversación sobre la muerte de Osama Bin Laden

Creatividad, Innovación y Debate (CID) es una organización de estudiantes de la Facultad de Derecho que busca ser, como su nombre lo indica, un espacio de debate, innovación y creatividad que permita la realización de charlas, debates y otras actividades sobre temas jurídicos y de actualidad.

Este grupo académico, encabezado por Rodrigo Campos, alumno de 4° año de la carrera de Derecho, tiene un amplio programa de actividades para realizar a lo largo del año, las que pretenden fomentar y contribuir a la formación integral de quienes participen de ellas y del conjunto de alumnos de la Facultad.

Como parte de las actividades mencionadas se realizó un panel de conversación titulado "La muerte de Osama Bin Laden: ¿Un golpe contra el terrorismo o un golpe de terror?", que tuvo lugar el viernes 27 de mayo en el auditorio principal de nuestra casa de estudios.

En la ocasión se analizaron desde distintas perspectivas y en una modalidad dinámica de exposición, las posturas y comentarios de destacados profesores de la UDD, entre ellos Alejandro Enríquez y Eduardo Andrades, ambos catedráticos de nuestra Facultad.

II. Actividades de Extensión y Educación Continua

Charla "Los ideales de la cultura helena"

Comenzando con las actividades de extensión que la Facultad de Derecho tiene contempladas para sus alumnos durante este año, el jueves 10 de marzo tuvo lugar una interesante charla a cargo del docente de nuestra Facultad señor Eduardo Andrades Rivas.

La exposición llevó por nombre "Los ideales de la cultura helena" y estuvo destinada a destacar las principales aportaciones de la cultura helénica a nuestra cultura occidental y la trascendencia histórica del legado cultural, artístico y científico de los helenos hasta llegar a nuestra cultura.

Las ideas de democracia, estado de derecho, libertad personal, los órdenes arquitectónicos clásicos y el individualismo personal fueron materia de análisis ante un público de 40 alumnos.

Charla Fundación Pro Bono

El miércoles 16 de marzo, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios, se llevó a cabo una charla organizada por la Fundación Pro Bono, en conjunto con la Facultad de Derecho, denominada "Historia, misión, estructura, financiamiento y funciones de la Fundación Pro Bono Chile".

En la cita estuvieron presentes como expositores los abogados Mario Rojas, Jean Pierre Latsague, Renato Fuentealba y Claudia Castillo, coordinadora zonal de dicha fundación.

La charla tuvo por objeto dar a conocer a los estudiantes el importante trabajo que la fundación realiza en el área del derecho y el acceso a la justicia y convocarlos a ser parte de esta hermosa misión, que se enmarca dentro del sello de responsabilidad pública propio del abogado UDD.

Seminario "Instrumentos legales para la asesoría de la empresa"

La Facultad de Derecho, dentro de sus programas de formación continua, dictó los días 25 y 26 de abril un seminario sobre instrumentos legales para la asesoría de la empresa. En esta ocasión, con una concurrida asistencia, expusieron los abogados Gabriel Rioseco Enríquez en el área de derecho comercial, Jean Pierre Latsague en el ámbito del derecho tributario, Laura Silva Uribe en el área de derecho laboral y Marcelo Sandoval Zambrano en legislación ambiental.

Dicha actividad tuvo por objetivo entregar a empresarios, ejecutivos, abogados y otros profesionales las competencias y herramientas legales necesarias que les permitan elegir el o los modelos societarios convenientes a su tipo de empresa y tributar de manera más eficiente, así como también actualizar sus conocimientos en materia de derecho laboral y legislación ambiental.

El seminario contó con una gran participación del público, generándose un interesante diálogo entre éste y los expositores.

Ciclo de Charlas de Derecho Civil

La Facultad de Derecho organizó durante el primer semestre un ciclo periódico de charlas de Derecho Civil, a cargo de destacados docentes de la carrera. El martes 19 de abril se dio inicio al programa con una exposición del profesor Andrés Kuncar Oneto sobre "Algunas consideraciones respecto de las denominadas víctimas por repercusión o rebote".

La segunda charla se llevó a cabo el martes 03 de mayo, a cargo del profesor Cristian Larraín Páez, quien expuso sobre los "Aspectos generales de los dere-

chos de la personalidad, y en particular el derecho a la imagen". Posteriormente el martes 17 de mayo el profesor y Coordinador de Investigación y Biblioteca de la Facultad, Bruno Caprile Biermann, abordó el tema "¿El terremoto del 27 de febrero configura una causal de fuerza mayor?".

Dando término al ciclo de charlas, el martes 24 de mayo tuvo lugar una exposición titulada "Algunas cuestiones en torno a la fecha de las escrituras públicas", a cargo del profesor Cristian Fernández Lama.

El programa tuvo una concurrida asistencia de alumnos de distintas Facultades de Derecho de la Región, quienes demostraron gran interés por los temas tratados y participaron activamente haciendo preguntas a los expositores, lo que generó en cada oportunidad un interesante diálogo entre los asistentes.

Seminario "Responsabilidad por Accidentes del Trabajo"

El jueves 26 de mayo se llevó a cabo un seminario denominado "Responsabilidad por Accidentes del Trabajo", dirigido a empresarios, abogados y demás profesionales independientes. En la oportunidad expusieron los abogados y catedráticos de la Facultad de Derecho Sres. Ramón Domínguez Águila y Bruno Caprile Biermann.

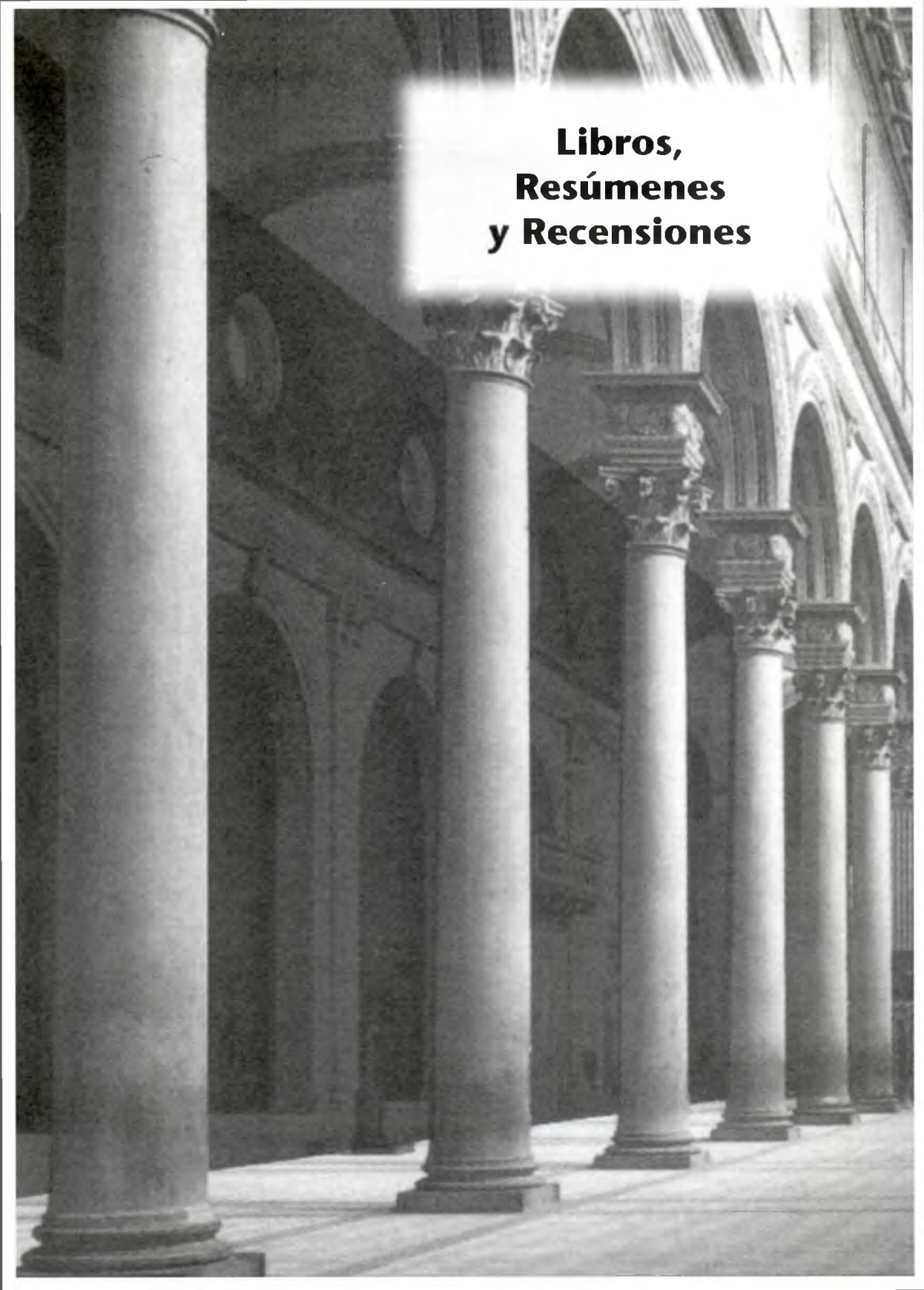
En el primer módulo, a cargo del profesor Ramón Domínguez, se analizaron ciertos aspectos legales relativos al sistema de seguros versus el sistema de responsabilidad, la competencia y el procedimiento, y por último se hizo una referencia al factor de imputación.

En el segundo módulo, el profesor Bruno Caprile abordó distintos aspectos relativos a los daños reparables, tales como el daño moral y su transmisibilidad, el lucro cesante futuro y ciertas aplicaciones jurisprudenciales. Por último, se refirió a la empresa principal y contratista, haciendo un análisis de la responsabilidad directa versus la responsabilidad solidaria o subsidiaria.

III. Programas de Postgrado de la Facultad

El 8 de abril de 2011 se dio inicio al decimoquinto año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción, con una novedad: a partir de este año se han considerado dos posibles menciones para el Magíster en Derecho de la Empresa, que vienen a sumarse al tradicional formato de magíster, reforzando el carácter profesional de este programa, y que se unen a las asignaturas que permiten obtener el magíster general en Derecho de la Empresa. Con ello se amplían los cursos ofrecidos permitiendo a los alumnos un desarrollo más profundo en el área de su interés.

Lo anterior se suma a los programas de Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa y a las variadas posibilidades de Diplomados o de Cursos de Perfeccionamiento Jurídico, conservándose de este forma un especial sitial en la oferta académica para abogados dedicados al área empresarial en la Región del Bío-Bío.



Libros, Resúmenes y Recensiones

Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural.

De **Gonzalo Ibáñez Santa María**
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010

Julio Alvear Téllez[1]

El profesor Gonzalo Ibáñez Santa María no necesita presentación. Es conocido en nuestro medio por su amplia trayectoria intelectual y académica, centrada, entre otras materias, en la reactualización del derecho natural, uno de cuyos frutos más logrados es el texto que ahora recensionamos.

En sus páginas se notan las huellas de dos grandes maestros: Michel Villey y Juan Vallet de Goytisolo. Lo anterior no impide que la propuesta del autor sea innovadora, profunda y original.

La obra está dividida en tres partes. La primera lleva un título evocador: *"Un nombre, un fundamento, una historia"*, donde identifica y analiza las bases histórico-doctrinales del derecho natural en sí mismo considerado. Consciente que las grandes objeciones contra su existencia nacen, en parte, de equívocos nominales, el autor distingue entre el nombre, el concepto y la realidad. El derecho natural es sobre todo una realidad que se impone a nuestra reflexión y a la cual acompañan nuestras palabras en un esfuerzo permanente por discernirla.

En esta perspectiva destaca la espinosa cuestión del fundamento, que se resuelve apelando al argumento de la naturalidad del orden moral. No es cierto que la voluntad humana establezca el orden jurídico y político exclusivamente desde sí misma; hay siempre datos previos que respetar, so pena de caer en el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las citas de Platón, Aristóteles y Santo Tomás sirven al autor para ilustrar su demostración, a momentos en polémica con Kelsen.

[1] Profesor de Derecho Constitucional y miembro de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador honorario del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Expresamente se afirma la intención de otorgar un marco de referencia y no una exposición acabada del tema. De todas maneras, se tiene la impresión de estar sobrevolando la materia, sin entrar a cabalidad en ella. Probablemente la falta de interés que existe en nuestro país por los fundamentos filosóficos del derecho ha llevado al autor a no extenderse más en el fundamento del derecho natural.

Posteriormente, y en lo que llama *hitos de la historia de la formación del pensamiento jurídico*, el profesor Ibáñez reseña en una acompasada síntesis aspectos representativos del desarrollo del derecho en Occidente. La aspiración a un cierto orden de justicia, presente en toda sociedad mediante la búsqueda de criterios objetivos de distribución e intercambio, es retratada a través del paradigma del derecho romano y su influencia incluso en el mundo anglosajón.

La segunda parte del libro se denomina *"Elementos de ciencia jurídica"*. El autor sostiene que no encontraremos en él nada nuevo; que su aporte, si lo hay, dice relación con el orden de las materias, supuesta la finalidad de volver comprensible el fundamento natural, invariable, del derecho positivo que se ejerce todos los días.

En realidad, el profesor Ibáñez transmite mucho más de lo que promete. Y lo hace con maestría.

En primer lugar, es un gran aporte sentar el presupuesto que la ciencia del derecho no es pura exégesis de la norma jurídica, sino sobre todo el conocimiento de los criterios de justicia. Con lo que salva el hiato entre el derecho normado y el derecho practicado que afecta de un modo tan manifiesto a la ciencia jurídica normativista contemporánea.

En segundo lugar, es notable la conjunción entre derecho natural y derecho civil, o entre derecho natural y derecho procesal, expuesta a lo largo de siete capítulos. Para el derecho civil, debemos indicar los capítulos I a VI dedicados a las personas, las cosas, la ley y la relación entre personas y cosas, la justicia y la propiedad, la disposición y gestión de las cosas (actos jurídicos, obligaciones y responsabilidad), el contrato de matrimonio y la familia (un análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil). Al derecho procesal se enfoca el capítulo VII, que estudia los elementos del conflicto jurídico y su solución jurisdiccional.

Si nuestros estudiantes aprendieran el derecho natural con esta metodología –sin abandonar, por cierto, la fundamentación teórica– estoy seguro que aquel sería mucho mejor comprendido y aplicado en el futuro.

Son de destacar las notas sobre el aborto, el suicidio y la eutanasia, cuyo carácter irrazonable se muestra en sede civil y no constitucional; ejemplo notable del Código de Bello como *dictamina rectae rationis*. Análogo comentario hay que

dirigir al tratamiento de la ley injusta, encarado desde el tópico del error en la ley. O al análisis del acto jurídico, de la responsabilidad contractual y extracontractual o de la propiedad, cuyos vínculos con los criterios objetivos de justicia conmutativa no inhiben la mirada de la justicia distributiva.

Estamos tan acostumbrados a estudiar el derecho natural desde el punto de vista de sus fundamentos teóricos, que muchas veces nos olvidamos de su funcionalidad práctica. En este sentido, la más importante contribución de este libro, a mi juicio, es mostrarnos la viabilidad del derecho natural a través del estudio de los criterios de justicia plasmados en las instituciones de derecho civil.

En este plano, resulta elocuente la evaluación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, que, en realidad, a juicio del autor, lo que hace es desfondar la institución natural del matrimonio.

Por último, a través del debido proceso, y sin olvidar ni a Aristóteles ni a San Isidoro de Sevilla, el autor articula los ejes centrales del derecho procesal, que aquí merece mejor el nombre de derecho jurisdiccional.

La tercera parte de la obra se titula *"El individualismo ético y su proyección política y jurídica"*. En cuatro capítulos expone la génesis y el desenvolvimiento de una de las facetas más complejas de la modernidad: el individualismo y sus correlatos con la sociedad política y el derecho.

En un equilibrado balance, el autor pasa revista a los rostros y tendencias que configuraron históricamente el individualismo. En su génesis, Duns Scoto, Ockham, Marsilio de Padua y ciertas tendencias renacentistas. En la etapa de consolidación, Maquiavelo, Lutero, Grocio, el iusnaturalismo racionalista y los sucesos que marcaron las guerras religiosas y la emergencia de la soberanía. En el período de expansión, Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, Kant, la simbólica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las primeras consecuencias políticas globales, en particular la Revolución Francesa. Finalmente, el desenlace totalitario a través de las figuras de Marx, Engels, Lenin, Mao Tse-Tung, Stalin y Hitler.

La correlación entre los distintos actores de esta gran trama del individualismo va quedando meridianamente clara en la medida en que se avanza en la lectura. De hecho, el resultado es un gran logro, pues la concatenación no artificial de los pensadores "modernos" es una de las tareas más difíciles de encarar desde perspectivas específicas. Unir, por ejemplo, a Hobbes con Locke no es fácil. Norberto Bobbio apenas pudo. George Sabine o Leo Strauss lo lograron, pero desde el punto de vista político. El profesor Ibáñez lo hace desde una perspectiva más propiamente jurídica, teniendo sin duda a sus espaldas a Villey, quizás también a Lachance, pero con una facilidad digna de encomio.

Hay sin embargo, en mi opinión, algunos reparos puntuales. No parece acertado el juicio tan desfavorable a Duns Scoto (1266-1308). Algunos autores –vr. gr. Javier Hervada– lo consideran en la práctica un predecesor de Ockham, atribuyéndole un voluntarismo en el que no parecen caber matices. El profesor Ibáñez, si no lo interpreto mal, adhiere a esta opinión. Cabría, sin embargo, revisar con más detención las repercusiones jurídicas de la teología de Scoto, comprendiéndolo –y lo digo sin ironía– no como un "fraile extremadamente oscuro" (p. 292), sino como el *doctor subtilis.*

El análisis de Domingo de Soto (1494-1560) es, asimismo, apresurado. La cita de *De Iustitiae et Iure* (p.335) no autoriza a imputarle una consideración racionalista del derecho, como parece deducir el profesor Ibáñez. Tampoco es legítimo considerar al jurista dominico como un seguidor nato de Ockham (p.336) o un precursor *avant la lettre* de Kant (p.337). Con ello se corre el riesgo de caer en un anacronismo. Análoga crítica se puede formular respecto de la evaluación de Francisco Suárez (1548-1617). Si bien es cierto que el célebre jesuita recoge, como se afirma, la noción de derecho subjetivo, lo hace en un contexto teológico y filosófico muy diferente al individualismo moderno. Es más, su noción de sociedad política como *corpus mysticum* anclado en el bien común lo aleja de la pretendida "teoría pura de la ley" (p.337) que le achaca el profesor Ibáñez. Me parece que la clave para ser justo con Suárez pasa por analizar su *De Legibus ac Deo legislatore* a partir del proemio (donde queda clara su concepción analógica de la ley). Sin olvidar la *Defensio Fidei*, su otra obra de referencia.

Por otro lado, la interpretación en exceso benévola de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (p. 408) no deja de ser problemática. Es un lugar común afirmar que la Revolución Francesa constituyó una reacción contra el abuso del poder de la monarquía absoluta. Pero lo cierto es que dicha revolución lo que hizo en realidad fue continuar la concentración del poder político y jurídico iniciado por la monarquía francesa llevándola hasta niveles inauditos, como en su época ya lo advirtieron Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville. El poder monstruoso del Estado revolucionario continuó sin solución de continuidad con el Estado napoleónico hasta la III República francesa. Y desde esta perspectiva, la Declaración de 1789 no fue sino el ensayo de legitimación del poder revolucionario, "popular" o "nacional" por axioma ideológico, no importa cuánta sangre hiciera correr. Los estudios contemporáneos a este respecto –vr. gr. Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l´homme et du citoyen* (Hachette, París) o Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l´homme* (Gallimard, París)– son bastante desmitificadores. Probablemente el profesor Ibáñez no ha querido entrar en estos detalles. Pero a mi juicio, dado el desconocimiento que en nuestro país existe sobre la materia, sería oportuno que lo hiciera en el futuro, respaldado de su fino análisis.

Sin perjuicio de las reservas anteriores, estamos frente a una obra contundente. La crítica al individualismo es severa y conclusiva. Al respecto, de especial interés es el capítulo IV de esta última parte, donde el marxismo y el nacionalsocialismo son descritos como consecuencias del individualismo. Parecería a primera vista que la conexión es absurda. Que el individualismo sólo puede tener como fruto la libertad política y no el Estado en el despliegue de su totalidad. Pero lo cierto es que el profesor Ibáñez no sólo identifica el vínculo, sino que lo certifica y lo profundiza.

Se echa de menos una evaluación de las relaciones entre individualismo y liberalismo, si bien es algo que desborda la temática del libro. Pero, a título personal, me hubiera gustado conocer la opinión del autor al respecto, particularmente porque hoy existe en Chile la tendencia a eximir al liberalismo de sus consecuencias nihilistas, por otro lado tan claras cuando se le considera desde el ángulo del individualismo. La mitología de la mano invisible, que nuestra Constitución Política desecha al finalizar la actividad del Estado en el bien común, la sufrimos todos cuando el liberalismo, constructor irredento de oligarquías y plutocracias, nos encara con su agreste realidad.

Recomendamos encarecidamente la lectura de esta nueva obra del profesor Ibáñez. Es un ensayo muy bien logrado para hacer comprensible la vigencia del derecho natural en nuestros días.

Índice Revista Ius Publicum N°26/2011
Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

Hector H. Hernandez. *Bien común, patria y religión.*
Carlos Isler Soto. *Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad.*
Debora Ranieri De Cechini. *Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo (A propósito de la sentencia "Lautsi c. Italy").*
Eduardo Soto Kloss. 1891. *Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones.*
Eugenio Pérez De Francisco. *El caso de Honduras a la luz del Derecho Internacional. La vigencia de las doctrinas Tobar y Estrada.*

HOMENAJE

Bernardino Bravo Lira. *Premio Nacional de Historia 2010.*

IN MEMORIAM

Marcelo Ellssalde Martel. *Thomas Molnar (1921-2010).*
Marcelo Ellssalde Martel. *Cardenal Slipyj y el holocausto de Ucrania.*

CRONICA

Reflexiones éticas: Max Silva Abbott, Carlota Sedeño Martinez. **Reflexiones fuertes:** Gonzalo Rojas Sanchez. **Reflexiones tomistas:** Maria Esther Gomez De Pedro.

ACTUALIDADES

Obispos de la Conferencia Episcopal de Chile. *Clamor por la vida de los inocentes. Declaración de los Obispos de la Conferencia Episcopal de Chile en el día de los Santos Inocentes.*
José María Iraburu. *El aborto no es el mayor pecado.*
P. Raúl Hasbún. *Obsesión*
Alfonso Ríos Larraín. *Ambientalismo: la nueva amenaza colectivista.*
José Antonio Mendez. *La izquierda, al asalto definitivo de la universidad.*

Sergio I. Melnick. *Gestión económica: la publicidad por sobre la realidad.*
Horacio Morel. *Néstor Kirchner, o el poder que mata.*
P. Raúl Hasbún. *Ultraje.*
Alfonso Ussia. *Venga, señor Presidente.*
Dr. Bernard Nathanson. *El testamento del Dr. Nathanson. Cómo legalizar el crimen del aborto: Hacerse con los medios de comunicación; falsificar estadísticas; jugar la carta del anticatolicismo; ignorar la evidencia científica.*

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: *La libertad religiosa, camino para la paz. Mensaje para la celebración de, la XLIV Jornada Mundial de la Paz – Viajes Apostólicos al Reino Unido. Encuentro con representantes de la sociedad británica – Celebración de la educación católica – Santa Misa de beatificación del venerable Cardenal John Henry Newman. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI.* JESÚS GINES ORTEGA: *La reconquista del Reino Unido.* S.S. BENEDICTO XVI: *Celebración de las vísperas en el inicio del Tiempo de Adviento. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI – Discurso del Papa a los participantes en la Asamblea de la Federación Italiana de Semanarios Católicos (FISCJ) – Carta de la Congregación para la doctrina de la fe sobre preservativos*

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Talca (22.9.2010). Toledo Acuña c/Sociedad Concesionaria Talca-Chillán S.A. y Fisco
Corte de Apelaciones de Santiago (5.11.2010). Gómez Zúñiga c/Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. y Fisco
Tribunal Constitucional (21. 10. 2010-12-16). Requerimiento de inaplicabilidad. Artículo 169 del Código Sanitario

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 realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

BIBLIOTECA UDD SCL
R013302