ACTUALIDAD JURIDICA

Año III N° 6 Julio 2002

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Etica y Responsabilidad Profesional

•

Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional

•

La Estabilidad en los Contratos Administrativos

•

Los Grupos Empresariales

Universidad del Desarrollo

Santiago - Concepción

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año III, N° 6 - Junio 2002

Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Consejo Editorial
Gonzalo Rioseco M. *Presidente*
Hugo Rosende A.
Jaime Williams B.
Angela Cattán A.
Cecily Halpern M.
Mario Rojas S.
Bruno Caprile B.
Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director
Pablo Rodríguez G.

Editor
Rafael Cruz F.

Representante Legal
Ernesto Silva B.

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

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

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

Impresión: OGRAMA S.A.

Indice de Contenidos

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Tema central I: *Ética y Responsabilidad Profesional*

- **Presentación** 7
- **¿Hay una ética de los abogados?** Agustín Squella N. 13
- **Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Etica jurídica.** Julio Alvear T. 27
- **Corrupción: concepto y aspectos penales.** Luis Bates H. 35
- **Derechos y deberes en el acto médico.** Osvaldo Romo P. 45
- **Una experiencia práctica en la enseñanza de la Etica.** Amaya Alvez M. 63

Tema central II: *Fallo Tribunal Constitucional*

- Introducción: **La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía** 75
- **Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional.** Carlos Cruz-Coke O. 137
- **Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales.** Aldo Monsálvez M. 147
- **El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional.** Fernando Gamboa S. 155

Ensayos y Estudios

- **El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y los poscontractual.** Jorge Mosset I. 163
- **La estabilidad de los contratos administrativos.** Iván Aróstica M. 191
- **Los grupos empresariales.** Enrique Alcalde R. 203
- **Tributos a la importación.** Rodrigo Céspedes P. 217
- **La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal.** Mario Rojas S. 227
- **El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal.** Mario Rojas S. 265
- **¿Son necesarias las reformas procesales?** Héctor Oberg Y. 295
- **Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos.** Fernando José Rabat C. 305

Análisis Jurisprudencial

- **Espinoza Cortés y Otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.** Cecily Halpern M. 319
- **Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención.** Pedro Pablo Vergara V. 327

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago**. Fabiola Vergara C. 333
- **Facultad de Derecho, sede Concepción**. Bruno Caprile B. 359

Libros. Resúmenes y Recensiones

- Prólogo del Libro *Estructura Funcional del Derecho*. Pablo Rodríguez G. 367
- *Estructura Funcional del Derecho,* de Pablo Rodríguez G. Julio Alvear T. 373
- *Derecho Internacional Privado,* de Aldo Monsálvez Müller. Hugo Fábrega V. 379

Tema central I

Ética y Responsabilidad Profesional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
BIBLIOTECA

Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Presentación

Actualidad Jurídica ha escogido como tema central de este número la responsabilidad profesional, atendida la importancia que esta materia cobra en los Tribunales de Justicia y en la preocupación pública. Es un hecho que las demandas y querellas por perjuicios causados con ocasión de la prestación de servicios profesionales han crecido enormemente en el presente y todo hace suponer que este fenómeno seguirá produciéndose, aun en mayor proporción, en el futuro inmediato. Es ésta, por lo demás, la tendencia que se observa en las naciones más desarrolladas. El crecimiento económico va acompañado siempre de un mayor rigor en materia de responsabilidad en todas la áreas de la actividad productiva. La responsabilidad de los profesionales, como es obvio, no puede hacer excepción a esta regla.

Para conocer el pensamiento de los colegios profesionales elaboramos un cuestionario en que se contenían los aspectos fundamentales de esta problemática. Creímos que con ello abríamos una instancia de reflexión que permitiría allegar antecedentes valiosos e inéditos para enfrentar adecuadamente el análisis del tema. No fue pequeña nuestra sorpresa al constatar que sólo un escaso números de colegios respondió nuestras preguntas, limitándose, los que lo hicieron, a responder con simples afirmaciones o negaciones, sin aportar ningún elemento valioso u original para completar y enriquecer este estudio. Forzoso es concluir, entonces, que los colegios profesionales no están verdaderamente interesados en el tema o bien que ellos no sustentan un pensamiento claro sobre esta cuestión. Poco se puede esperar en el futuro de su aporte para buscar la manera de dar a la responsabilidad profesional un adecuado tratamiento jurídico.

Al parece este tipo de responsabilidad plantea tres cuestiones fundamentales. En **primer lugar**, cuál es el grado de diligencia y cuidado que debe exigirse a un profesional en el ejercicio de sus actividades. En **segundo lugar**, qué nivel de idoneidad tienen los tribunales ordinarios de justicia para apreciar y sancionar las conductas profesionales. En **tercer lugar**, de qué manera debe controlarse la ética profesional. Estas tres cuestiones suelen presentarse como primordiales a la hora de señalar las pautas sobre las que se rige la responsabilidad profesional. Analizaremos, a continuación, separadamente cada una de ellas.

Grado de responsabilidad exigible a un profesional

¿Es aplicable a los profesionales la graduación de la culpa contemplada en el artículo 44 del Código Civil, que distingue entre culpa grave, leve y levísima? La respuesta suele ser afirmativa, subsumiendo este tipo de responsabilidad en los parámetros comunes que gobiernan, en general, la responsabilidad contractual. Nuestra respuesta es, sin embargo, negativa. La responsabilidad profesional tiene aspectos propios y singulares que escapan a las reglas comunes.

Comencemos por señalar que el profesional es un especialista, investido de un título otorgado por una universidad reconocida por el Estado, y habilitado por la ley para ejercer monopólicamente una determinada actividad que supone conocimientos y destrezas propios de un experto. No puede, por lo mismo, asimilársele a una persona común que actúa en la sociedad como administrador de sus propios intereses. Aun cuando sólo sirva para acentuar este aspecto, conviene representar que la redacción del artículo 44 del Código Civil razona sobre la base de la gestión de los "negocios" propios o ajenos para medir el grado de diligencia de que se responde en cada caso. Es sabido, por otra parte, que la ley establece, respecto de cada contrato, el grado de diligencia que se impone a las partes, pudiendo ellas determinarlo libremente en ejercicio de la autonomía privada, si así lo estiman conveniente (artículo 1547 del Código Civil). Desde esta perspectiva, los profesionales responderían, por lo general, de culpa leve (nivel de diligencia del *buen padre de familia*) en el desempeño de sus tareas, esto es, una culpa intermedia entre la grave y la levísima. Este planteamiento nos parece errado e inaplicable en la especie.

El profesional, atendida su condición y, particularmente, la circunstancia de gozar de una reserva autorizada por el Estado para prestar servicios especializados, responde, a juicio nuestro, de los estándares generales exigibles a un experto, lo cual, en cualquier rango de actividad, implica mucho más que la responsabilidad por culpa leve y aun levísima. Si una persona puede invocar un título profesional, habilitante para prestar un servicio que está reservado por el Estado sólo a las personas que cuentan con él, resulta evidente que la necesaria contrapartida es una responsabilidad superior que no puede apreciarse a la luz de normas comunes.

En suma, el profesional está obligado a desplegar una actividad tan diligente y cuidadosa como aquella que corresponde a un experto, al cual el sistema jurídico reserva la prestación monopólica de estos servicios. No puede olvidarse que el profesional tiene una inesquivable responsabilidad

social, que nace de la naturaleza de sus funciones y de la protección que le brinda el Estado a través de la ley, al deslindar un campo en el cual sólo él está facultado para actuar. Por consiguiente, no se trata de una persona que gestione los negocios ajenos, sino de un personero que actúa con el respaldo y la garantía que proporciona el Estado respecto de sus habilidades, conocimientos y experiencia.

Idoneidad de los Tribunales Ordinarios de Justicia para establecer la responsabilidad profesional

La segunda cuestión planteada dice relación con la idoneidad de los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer y juzgar las controversias que se suscitan sobre el desempeño profesional. Comencemos señalando que los jueces están impedidos de dominar todas las intrincadas y complejas materias que comprenden un curriculum universitario de pregrado. Es simplemente ilusorio, en este momento, atendido el desarrollo vertiginoso de la ciencia y de la técnica y su constante renovación, exigirles un conocimiento especializado en cada área del saber profesional. Para suplir estas deficiencias se recurre al apoyo de expertos, a través de llamado **"informe de peritos"**, contemplado en nuestra legislación procesal, precisamente, para prestar apoyo a los jueces en aspectos técnicos y científicos de alta especialización. Si bien es cierto que es el juez el llamado a calificar el mérito probatorio de estos informes y que en esta materia se desenvuelve con gran latitud, no lo es menos que, en cierta medida, ello implica, prácticamente, una **delegación de facultades jurisdiccionales**, casi siempre determinante a la hora de resolver. Por lo tanto, el actual sistema no aporta una buena solución al problema de determinar cuándo existe responsabilidad profesional como consecuencia de haberse desplegado una conducta impropia que vulnera la llamada *lex arti.*

Para resolver este problema creemos indispensable el establecimiento de tribunales profesionales encargados de decidir, en cada caso, si se ha faltado al cumplimiento de los deberes fundamentales, y al cuidado y la diligencia exigibles razonablemente a un titulado, atendida su especialidad y experiencia. Si existen tribunales especiales en materia de libre competencia, avalúo de bienes raíces, patentes y marcas, electorales, etc., no se divisa razón para negarse a establecer tribunales capaces de juzgar la responsabilidad de quienes profesan una ciencia y arte (como dice nuestro Código Civil) sujeta a reglas cada día más complejas y difíciles de aprehender para un lego. Un tribunal de esta naturaleza, a juicio nuestro, no puede surgir ni generarse en los colegios profesionales, ya que ello importaría fortalecer el espíritu corporativo y, consciente o inconsciente-

mente, amparar a los infractores. Su génesis debe estar ligada a quienes incumbe algún grado de participación en la formación del profesional y en el monopolio de que goza el titulado para la prestación de sus servicios, vale decir, el **Estado, las universidades y los usuarios.** De la misma manera, un tribunal profesional no puede estar llamado, bajo ninguna circunstancia, a establecer una sanción corporal, pecuniaria o corporativa. Todo ello debe quedar entregado al ejercicio de la jurisdicción común. Por lo tanto, debe ser el juez ordinario el que aplique una pena, o fije una indemnización o suspenda o cancele un título profesional, sin perjuicio de que la decisión sobre el incumplimiento de los deberes profesionales emane de un tribunal especial. Lo propio ocurre tratándose de tribunales tales como la Comisión Antimonopolio o de los tribunales que conocen de los conflictos que suscitan las patentes de invención, etc.

En la forma indicada, creemos nosotros, podrían armonizarse los intereses de los profesionales (expuestos a decisiones no siempre debidamente informadas o adoptadas por personas sin los conocimientos necesarios) y los de quienes demandan estos servicios (sujetos a riesgos que desconocen y que no están en situación de prever).

La mejor demostración de que no son los tribunales ordinarios los más idóneos para conocer de estas infracciones, es la jurisprudencia errática que ellos exhiben hasta este momento. Situaciones semejantes son sancionadas de manera disímil y contradictoria, sin que se advierta una línea que permita elaborar una doctrina común que anticipe, prudentemente, las consecuencias que se seguirán de estos ilícitos.

Tampoco es desdeñable el hecho de que los profesionales deban asegurar a sus clientes una cierta solvencia, ya que el deber de reparar está estrechamente unido a capacidad económica del sujeto pasivo de estas acciones. Nos parece evidente que los profesionales, para ejercer sus actividades, deberán recurrir en el futuro a sistemas tales como el seguro, o la afectación de bienes determinados, o su pertenencia a una institución pública o privada, para garantizar el cumplimiento de la responsabilidad que pueda imputárseles. El encarecimiento de los servicios profesionales por esta causa es inevitable y, en cualquier caso, saludable, desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Control de la ética profesional

La tercera cuestión planteada dice relación con el control ético de los profesionales, materia que desborda la responsabilidad profesional que nos

ocupa. Esta cuestión debe estar radicada en los colegios profesionales, ya que son ellos los mejor calificados para apreciar esta faceta de la actividad profesional de sus pares. La colegiatura voluntaria es uno de los escollos que frecuentemente se presenta para hacer posible esta exigencia. Sin embargo, la solución no consiste en obligar a los titulados a afiliarse a un organismo gremial, sino en dotar a los colegios de **jurisdicción ética obligatoria**, con los debidos resguardos, a fin de velar por el comportamiento de todos quienes se desempeñan en dicha actividad.

Los códigos de ética comprenden los deberes del profesional tanto para con sus clientes, los establecimientos públicos y privados, los demás colegiados, las organizaciones gremiales, incluso en aspectos relacionados con la vida privada del titulado, etc. El incumplimiento de estos deberes no puede ser conocido ni juzgado sino por organismos gremiales que den al profesional seguridad, tanto por su rectitud como por sus conocimientos. Las infracciones éticas exceden el campo de la responsabilidad y, por lo mismo, no pueden confundirse con ella, aun cuando el deber de reparar esté ligado, muchas veces, causalmente a la falta ética.

Fueron estas ideas las que quisimos confrontar con los organismos más representativos de cada profesión. Lamentablemente ello no nos fue posible, desaprovechándose la posibilidad de abrir debate sobre ideas y soluciones renovadas. Es de esperar que en el futuro materias como éstas se analicen y estudien en profundidad, recogiendo el mayor número posible de opiniones, especialmente de parte de quienes mucho tienen que decir en nombre de sus gremios.

En los próximos años la responsabilidad profesional será un área extremadamente sensible. En un mercado profesional altamente competitivo tienden a crecer las demandas de los usuarios de servicios profesionales cuando se sienten afectados por un mal desempeño. Lo que hoy día afecta en mayor medida a los médicos, mañana afectará a todos los profesionales, con la agravante de que, jurídicamente mal encauzada, la responsabilidad profesional repercutirá negativamente en el buen desempeño de estas actividades, tan fundamentales como indispensables en una sociedad desarrollada.

El profesional dejó de ser un "**intocable**", como lo era en el pasado. En buena hora, siempre que esta nueva realidad no sea una fuente de injusticias y estropicios, como en no pocas oportunidades ha ocurrido en el pasado.

El Director

¿Hay una ética de los abogados?[1]

Agustin Squella Narducci
Profesor de Introducción al Derecho
y de Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Para cualquiera constituye un privilegio poder intervenir en la inauguración de un año académico, ya sea en la universidad donde él enseña –en mi caso la Universidad de Valparaíso– o bien en alguna otra institución de educación superior.

Ese privilegio al que acabo de aludir es probablemente mayor cuando la intervención se produce en una universidad que no es aquella en la que enseña el académico elegido para ofrecer la clase inaugural del caso.

Así las cosas, no puedo menos que agradecer al Decano de la Facultad de Derecho de esta universidad por haberme invitado a exponer en la inauguración del año académico de una institución que no es la mía.

Digo que no es la mía, aunque es claro que quienes nos dedicamos a la actividad universitaria no somos propiamente ajenos ni menos aun extraños unos a otros, y que, por el contrario, formamos parte, cualquiera sea la institución en que trabajemos, de una cierta comunidad, quizás fragmentada e incluso algo difusa, que tiene que ver con la búsqueda, la transmisión y la renovación crítica del saber en un nivel superior de exigencias.

Porque eso es a fin de cuentas una universidad, ya sea que se la aprecie en el todo que ella hace o en cualquiera de sus facultades, escuelas o departamentos: un sitio en el que tiene lugar la fascinante y a la par inagotable tarea de investigar, transmitir y renovar críticamente uno o más saberes determinados

Una universidad, una facultad, una escuela universitaria, un departamento o instituto de enseñanza superior no es un lugar al que un grupo de estudiantes llega todos los años a tramitar un título profesional que les permita conseguir más adelante una buena plaza de trabajo y un ingreso económi-

[1] Versión escrita de la clase inaugural del Año Académico 2002 en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, el 4 de abril de 2002.

co atractivo. Una universidad es un sitio al que se llega para formarse en una determinada área o campo del saber –en este caso el derecho–, de modo de adquirir conocimiento y competencia en esa área. Un conocimiento y competencia –es cierto– que habilitan para ejercer una o más profesiones –en el caso del derecho las así llamadas profesiones jurídicas–, aunque esto es antes efecto que propiamente finalidad del proceso de enseñanza y aprendizaje que tiene lugar al interior de una facultad.

Por lo demás, está probado que en nuestro país no llega al 60% la proporción de licenciados en ciencias jurídicas que opta o se dedica luego a alguna de las profesiones jurídicas –especialmente la abogacía y la judicatura–, de manera que la finalidad u objeto último de la enseñanza del derecho tiene que hallarse en un punto más alto que el de la sola práctica de las profesiones jurídicas. Los jóvenes que han ingresado este año a esta facultad, propiamente hablando, no han escogido aún ser abogados o ser jueces ni practicar tampoco alguna otra profesión jurídica. Lo que han escogido es estudiar derecho, y ya dirán más adelante sus aptitudes, sus preferencias, pero también el azar y la suerte, si optarán o no por ejercer una determinada profesión jurídica y cuál es ella.

Pero vayamos ya al título de esta clase inaugural, enunciado bajo la forma de una pregunta: ¿Hay una ética de los abogados?

Desde ya voy a responder afirmativamente a esa pregunta. Sí, hay una ética de los abogados. Esa ética, que no es sino la exigencia de actuar correctamente en la profesión desde un punto de vista moral, existe tanto en la relación entre el abogado y su cliente como en el vínculo del abogado con los demás abogados y a propósito, asimismo, de la relación entre el abogado y el juez o el funcionario de la administración que debe conocer y resolver un determinado asunto.

Pero ¿qué ética es ésta del abogado y cuál puede ser la exacta responsabilidad de las facultades de derecho en la formación ética de sus licenciados?

Para aclarar esa doble pregunta resulta a mi juicio indispensable examinar la palabra "ética", puesto que ella, como acontece con casi todas las palabras, y en particular con aquellas palabras reputadas importantes, tiene más de un significado o sentido.

El examen de las palabras es a fin de cuentas el examen del pensamiento –como decía Berlín–, puesto que es un hecho que pensamos con palabras. La filosofía –proclamaba por su parte Ortega– es una inmersión en el pe-

queño abismo que es cada palabra. Así las cosas, trabajar con una palabra –en el presente caso con la palabra "ética"– constituye un intento de clarificación del pensamiento antes que un mero ejercicio lingüístico.

"Etica" viene de ethos, que significa costumbre, de manera que la palabra "ética" alude, en primer término, al modo como los hombres nos comportamos regularmente. "Ética", entonces, tiene que ver con el actuar, con el comportamiento humano, así como la palabra "técnica" tiene que ver con el *hacer* del hombre en cuarto este hacer conduce a la producción de una obra; así las cosas, en este primer sentido, la palabra "ética", en cuanto se refiere sólo al actuar del hombre, no califica a este actuar de correcto o de incorrecto, de bueno o malo, sino que meramente alude a tal comportamiento.

En un segundo sentido ahora, más restringido que el anterior, "ética" es una expresión que se emplea no ya para aludir en general al comportamiento humano, sino para referirse al comportamiento que es posible calificar de correcto. De acuerdo a este segundo sentido de la palabra, ética no es cualquier conducta, sino únicamente una conducta que podemos aprobar en uso de un estándard cualquiera. Este segundo uso de la palabra "ética" es bastante más frecuente que el primero, porque en el lenguaje común decimos que es ético no cualquier comportamiento, sino sólo aquel que estamos en condiciones de aprobar.

Además, este segundo sentido de la palabra "ética", en cuanto alude al actuar correcto, supone la existencia de un estándard, esto es, de una idea o criterio previo acerca de cómo debe ser el comportamiento de que se trata. En otras palabras: para decir de un comportamiento que es ético tenemos que tener no sólo el comportamiento que se califica de ese modo, sino un criterio previo, un modelo o una medida acerca de lo que ese comportamiento debería ser. Hablando en los términos en que suelen hablar los juristas, tenemos que disponer de una norma, o a lo menos de un principio, que haya establecido previamente cómo debía ser la conducta que luego, una vez emitida, y en uso de esa misma norma o principio, podremos o no calificar de ética.

"Norma" es una palabra castellana que remite a su similar latina, la cual, a su vez, es expresión de la palabra griega "gnomon", con la que los griegos aludían a una escuadra, esto es, a un instrumento de medición, y que, por extensión, pasó a significar también "regla" o "modelo". En ese sentido de "arquetipo", "regla" o "modelo" aparece precisamente la palabra "norma" cuando uno de nosotros dice, por ejemplo, "Estas son mis normas" o "Tal o cual proceder no se ajusta a mis normas".

Pues bien: si las normas expresan lo que debe ser, la idea de lo que debe ser en relación con finalidades sociales como la urbanidad, el decoro y la cortesía, se expresa en lo que llamamos convenciones, o, más precisamente, usos o normas de trato social. Todo grupo social reconoce algún elenco de normas de este tipo, que regulan la conducta de sus integrantes y que permiten establecer cuándo dicha conducta es correcta o incorrecta.

En cuanto a la idea de lo que debe ser en relación con finalidades sociales más altas que las que persiguen las normas de trato social, tales como el orden, la paz y la seguridad, ella se expresa en otro tipo de normas, las llamadas normas jurídicas, que son las que componen el núcleo central y más visible de ese orden normativo que llamamos "derecho".

Por lo que toca, en fin, a la idea de lo que debe ser en relación con el bien –un fin de mayor alcurnia aun que los que procura realizar el derecho–, dicha idea se expresa en lo que llamamos "moral", esto es, en otro conjunto de normas y de principios que establecen cómo es preciso comportarse para actuar de modo moralmente correcto y conseguir el bien.

Así las cosas, y situados siempre en el segundo sentido que dimos a la palabra "ética", esto es, aquel que utilizamos para referirnos a los comportamientos correctos, la ética es lo que concierne al actuar humano correcto por referencia a cualquiera de los tres órdenes normativos que acabamos de identificar, a saber, los usos sociales, el derecho y la moral. Esto explica, por una parte, que tradicionalmente se haya dicho que las normas de trato social, las jurídicas y las morales son todas normas "éticas", puesto que todas ellas, aunque por referencia a distintos fines, establecerían qué debemos hacer para actuar de un modo adecuado y no reprobable. Esto también explica, por otra parte, que "ética" sea una palabra con la que se alude comúnmente al estudio no sólo de las normas específicamente morales, sino asimismo de las jurídicas y de las de simple trato social.

Pasemos ahora a un tercer sentido de la palabra "ética", más restringido que los dos que acabamos de ver. En este nuevo sentido, que es también más habitual que los otros dos, "ética" es una palabra que se reserva para referirse únicamente a uno solo de los tres órdenes normativos ya individualizados, concretamente a la moral, dejando fuera entonces a las normas de trato social y al derecho, de donde se sigue que ético pasa a ser ahora únicamente el comportamiento *moralmente* correcto, o sea, aquel que podemos aprobar desde la perspectiva de un orden moral determinado. De acuerdo con este tercer sentido, "ética" pasa a ser sinónimo de "moral", y, en consecuencia, se trata de una expresión alusiva a lo que deberíamos hacer para alcanzar el bien y evitar el mal.

Dijimos recién que ese tercer sentido de la palabra "ética" era no sólo más restringido que los dos anteriores, sino, asimismo, más habitual. En efecto, es más restringido porque alude a los comportamientos moralmente correctos, y no a cualquier comportamiento ni al comportamiento que pueda ser aprobado desde la perspectiva de cualquier tipo de normas o principios. Y es también más habitual, porque, en el uso común que hacemos del lenguaje, utilizamos la palabra "ética" como sinónimo de "moral", o sea, para referirnos a los comportamientos que podemos aprobar desde el punto de vista de las normas y principios morales.

Si nos quedamos con ese tercer sentido de la palabra "ética", o sea, si hablamos de "ética" como sinónimo de "moral", lo cual quiere decir que cada vez que hablamos de ética de lo que hablamos es de los comportamientos moralmente correctos, de las conductas que deben ser emitidas para realizar el bien y evitar el mal, es evidente que asistimos hoy a un verdadero auge de la ética, o sea, a un enaltecimiento del tema que tiene que ver con la pregunta acerca de cómo debemos comportarnos para que nuestras acciones puedan ser consideradas correctas desde el punto de vista de la moral.

No quiero sugerir que estemos recién descubriendo la "ética" ni que, por lo mismo, nuestra época pueda ser caracterizada como una que coloca las preocupaciones éticas completamente en el primer plano. Todos sabemos que la ética es tan antigua como el hombre, porque éste, junto a su capacidad de conocer la realidad, cuenta también con una aptitud para valorar la realidad, en especial aquella que se produce a partir de sus propios comportamientos. El hombre, como dice Xavier Zubiri, no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral, lo cual quiere decir que así como podemos conocer la realidad y describirla, o sea, establecer cómo *es,* también podemos valorarla y prescribirla, o sea, establecer cómo *debería ser.* Pues bien: la ética no es asunto nuevo entre los hombres, aunque asistimos hoy a un auge de la misma en el sentido de que los debates éticos ocupan un lugar destacado y cada vez mayor en la sociedad contemporánea, y que, además, se producen por referencia a áreas o actividades específicas, lo cual ha permitido el desarrollo de varias y distintas éticas aplicadas.

He ahí, entonces, por qué hablamos de un auge de la ética, aunque me gustaría pasar a señalar ahora, uno a uno, algunos rasgos o características que muestra dicho auge en la actualidad.

Primero: Nuestros esfuerzos y debates actuales no se concentran sólo en lo que tenemos que hacer para obtener resultados exitosos, o sea, no se limitan al campo de la técnica, sino que, tal como fue dicho antes, alcan-

zar también, y de una manera por momentos preferente, a cómo debemos comportarnos para que, más allá de la obtención de resultados prácticos favorables o exitosos, realicemos el bien y no el mal.

Segundo: Los esfuerzos y debates que se libran hoy en el campo de la ética tienen la particularidad de ser esfuerzos *y* debates que se concentran en áreas y actividades humanas específicas, lo cual ha traído consigo un desarrollo de lo que se llama la *ética aplicada*. Con esto quiero decir que en la actualidad no se formulan ya preguntas tan genéricas como "¿Qué es el bien o qué debemos hacer para conseguirlo?", sino qué es el bien en el ejercicio de una determinada actividad o profesión, por ejemplo, la medicina, el periodismo, la judicatura o la abogacía, lo cual ha producido un evidente auge de la ética aplicada, esto es, de preguntas tales como "¿Qué representa el bien en la actividad de los médicos y qué deben hacer éstos para realizarlo?", o "¿Qué es el bien tratándose de la actividad de los periodistas y qué deben hacer éstos para conseguirlo?", o "¿Qué representa el bien en el caso de la judicatura y cómo deben comportarse los jueces para conseguirlo?", o "¿Qué es el bien tratándose de la abogacía y cómo deben comportarse los abogados para realizarlo?". Todo lo cual, como sabemos, da lugar a una ética médica, a una ética periodística, a una ética judicial, a una ética forense, aunque la cosa no para allí, puesto que sabemos también de una ética política, de una ética empresarial, etc.

Todos, o casi todos, entonces, preocupados de la ética, aunque por referencia a sus propias actividades, y preguntándose, en consecuencia, cuáles son en cada una de tales áreas o ámbitos los comportamientos que es posible aprobar desde un punto de vista moral, y cuáles podrían ser las normas y los principios de este mismo carácter a las que deberíamos otorgar el papel de arquetipos o modelos para juzgar tales comportamientos.

Tercero: Este auge de la ética aplicada, en cuanto circunscribe sus preguntas a ámbitos específicos y perfectamente acotados del comportamiento humano, ha producido un feliz encuentro entre los filósofos de la moral y quienes se desenvuelven en cada uno de esos campos y ha facilitado posiblemente la obtención de algunos avances en torno a preguntas nada fáciles, pero en todo caso más concretas y asibles que las que enuncia una ética general.

A la vez, el llamado que hacen hoy a los filósofos de la moral los especialistas de las distintas ocupaciones y oficios, no tiene el sentido de una petición de auxilio hecha en nombre de la desorientación moral, sino de la aparición de nuevos problemas que es menester plantear adecuadamente

antes de avanzar en la búsqueda de respuestas. Esto significa que los especialistas en las distintas profesiones no recurren en la actualidad a los filósofos de la moral porque les consideren sujetos moralmente mejor calificados, sino porque ven también en ellos a expertos cuya colaboración y apoyo resultan indispensables.

Aparece aquí, por lo mismo, otro de los rasgos de las preocupaciones éticas de nuestro tiempo, a saber, que ellas se producen en medio del creciente convencimiento de que no disponemos ya de autoridades éticas, en un sentido normativo del término, a las que se pueda seguir de manera incondicional. Nadie dispone de infalibilidad ética ni nadie tiene tampoco todas las respuestas y no queda más alternativa que echarse a la búsqueda del camino y asumir la responsabilidad por lo que encontremos o no encontremos al final de la ruta.

Cuarto: Por lo mismo, no haríamos bien en mirar con desconfianza este auge de la ética aplicada, sino todo lo contrario, aunque con un par de prevenciones bien distintas una de otra.

La primera, que nos guardemos de la tentación de pretender moralizarlo todo, o sea, del impulso a creer que es la moral la que siempre tiene que decir la última palabra en todo lo que concierne al comportamiento humano, olvidándonos que hay aspectos de éste que basta que se hallen regulados por el derecho, e, incluso, por las simples normas de la cortesía. La moral no es lo mismo que e! derecho. Aunque al hombre le llevó mucho tiempo distinguir bien entre uno y otro orden normativo, ya nadie en su sano juicio propiciaría hoy una confusión entre ambos o una sustitución de uno de tales órdenes por el otro. Por lo demás, distinguir el derecho de la moral no equivale a separar aquel de ésta. Distinguir no es lo mismo que separar. Distinguir es una acción que tiene que ver con descubrir y hacer visible la diferencia que hay entre una cosa y otra, mientras que separar constituye una acción que de manera deliberada pone distancia entre dos cosas. Por lo mismo, lo que siempre es preciso hacer entre derecho y moral es distinguir uno de otro orden normativo, sin juridizar la moral ni moralizar tampoco el derecho, aunque es menester cuidarse de no separar ambos órdenes normativos, porque hay también algunas evidentes relaciones entre ellos a las que es preciso atender.

La segunda prevención que anunciamos se sitúa casi en el extremo opuesto de la anterior, y quiere alertar sobre el grado de auténtica sinceridad que habría en el auge de la ética aplicada. Digo esto porque uno tiene de pronto la sensación de que el auge de la ética aplicada podría ser en determinados casos poco más que una cortina de humo con que los agentes de

una determinada profesión o actividad pretenden ocultar el juego sucio que continúa teniendo lugar detrás de las bambalinas y que cuenta con su total aprobación.

Quinto: El auge de la ética al que asistimos pone también demasiada atención en los *valores* y repara escasamente en las *virtudes,* o sea, considera más relevante lo que pensamos que lo que efectivamente hacemos en el terreno moral.

Quisiera decir algo más adelante a propósito de la virtud, porque, lo mismo que "ética", es también una palabra difícil, aunque todos sabemos que al hablar de virtudes hablamos de hábitos de bien, de unas ciertas cimas morales que sólo es posible alcanzar por medio de la práctica efectiva de actos que puedan considerarse virtuosos.

Por lo mismo, y retomando la ya anunciada distinción entre valores y virtudes, a la hora de pronunciarnos sobre el talante moral de una persona lo que debería contar no son los valores que ella declara, sino las virtudes que efectivamente practica. Algo parecido tendría que ocurrir cada vez que quisiéramos establecer los indicadores de orden moral que caracterizan a una sociedad cualquiera, por ejemplo, la nuestra. En ambos casos, la atención tendría que ser fijada no en lo que se proclama a propósito de los diversos asuntos de índole moral, sino en lo que realmente se hace en ese mismo terreno; no en los discursos y las declaraciones, donde no fallamos nunca, sino en los comportamientos efectivos de la gente, donde se falla muy a menudo.

Resultaría en verdad muy cómodo, y hasta engañoso, que pretendiéramos ser juzgados en el terreno moral por los valores que decimos preferir y no por las virtudes que somos capaces de practicar.

La moral, tanto privada como pública, no es cuestión de presentarse simplemente a hacer una especie de declaración jurada de la idea del bien que profesamos y de los valores que preferimos. La moral es bastante más exigente que eso y no queda satisfecha sino hasta el momento en que los individuos actúan y en el que se puede ya sopesar las auténticas motivaciones y los reales efectos que se siguen de comportamientos emitidos y no meramente proyectados.

Por eso es que a la hora de hablar sobre moral interesan más los testimonios que las alocuciones. Poco o nada gana una persona, o una sociedad, cuando, necesitada de orientación moral, encuentra a su alrededor más personas interesadas en subirse al estrado para proclamar algún tipo de

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

verdad moral, que individuos de carne y hueso que admiten su vacilaciones en este terreno y que, por lo mismo, se muestran dispuestos a compartir sus dilemas y sus experiencias morales.

¿Qué tenemos en claro hasta aquí después de largos minutos de exposición?

Lo que tenemos en claro es que existe una ética del abogado y que ella es una manifestación de lo que llamamos "ética aplicada", puesto que no se pregunta por el bien en general ni por los comportamientos correctos también en general, sino por el bien que concierne a las funciones propias de los abogados y por los comportamientos correctos que éstos deben ejecutar para que esa idea del bien pueda efectivamente realizarse.

No esperen ustedes que yo les diga ahora cuál es esa idea de bien y cuáles los determinados comportamientos que deban emitir los abogados para que sus actuaciones puedan recibir aprobación desde un punto de vista moral, yo no soy un líder moral ni nada parecido a eso. No estoy en posesión de una idea del bien ni menos de algún código moral que pudiera simplemente transmitirles y dar por concluida esta charla. Lo que soy es un profesor de filosofía del derecho que, en tal carácter, ha querido contribuir a clarificar nuestro pensamiento cuando hablamos de ética de los abogados, tomándose probablemente en serio esa imagen de Ortega que compara la actividad del filósofo con la de aquel que se sumerge en un abismo, en el abismo que hay tras cada palabra, en este caso tras la palabra "ética".

¿Y eso sería todo?, podrían preguntarse ustedes en este momento, con la decepción del que no sale con un código de ética bajo el brazo cuando ha ido a escuchar una disertación sobre el tema, pero quizás también con el alivio del que advierte que la disertación está próxima a concluir.

No, eso no es todo. Falta aún la cuestión de cómo las facultades de derecho pueden contribuir a la formación ética de sus licenciados, y a eso voy a referirme ahora, por no más de siete u ocho minutos, simplemente para compartir con ustedes algunas ideas al respecto.

En primer lugar, el problema que deben plantearse las facultades de derecho se refiere a la formación ética no sólo del abogado, sino a la que corresponde a un licenciado que puede desenvolverse en distintas profesiones jurídicas. Segmentar indebidamente, por ejemplo, la ética del abogado, de la ética del juez, conduce a esa práctica bastante corporativa y quizás algo infantil que muestra a los abogados preocupados de denuncias las faltas a la ética de los jueces y a éstos protegiéndose por medio de la denuncia de las faltas a la ética de los abogados.

Seguidamente, la formación ética de ese licenciado no debería ser confiada a una sola asignatura que se ocupara exclusivamente de la materia. Se trata, por el contrario, de una formación que debería estar presente en todas las asignaturas y no ser delegada a un curso más bien de compromiso por el que los estudiantes tendrían que pasar antes de dejar las aulas

En tercer lugar, considero que en cuanto a la formación ética de nuestros licenciados, habría que evitar a toda costa la simplificación en que se incurre cada vez que dicha formación se reduce a transmitir a los estudiantes un código de ética determinado, sea que éste tenga una expresión normativa de validez general o se exprese en esas trivialidades que se contienen en textos como los mandamientos del abogado, los mandamientos del juez y otros semejantes, de gran aceptación y escasa práctica, que algunos juristas tienen la costumbre de conservar enmarcados en algún rincón de sus oficinas.

Una buena manera de empezar en esto –creo yo– es advertir a los estudiantes de derecho y ojalá a todos los que llegan a la educación superior, que no vivimos sólo para educarnos, que no nos educamos sólo para trabajar y que, por último, tampoco trabajamos únicamente para aumentar nuestros ingresos y contribuir a la riqueza material de la nación. Prevengo sobre esto porque hay en la actualidad instalado un discurso público que traza una relación demasiado estrecha entre vida y educación, entre educación y trabajo, y entre trabajo y riqueza.

Ese discurso sugiere que no viviríamos para otra cosa que para educarnos, lo cual se expresa en esa insistencia algo majadera en la educación continua, o peor aún, en la educación vitalicia, como la ha llamado un entusiasta de los muchos que parecen haber olvidado que vivimos para mucho más que educarnos y estar entubados de por vida a múltiples y sucesivos programas formales e informales destinados a aumentar nuestros conocimientos y que las más de las veces, se quedan en ampliar únicamente la información de que disponemos sobre determinados asuntos. Exagerando un tanto las cosas respecto de la así llamada educación continua, yo me pregunto cuánto tiempo falta para que se ideen y vendan programas educativos destinados a las plácidas criaturas que flotan en el vientre de sus madres o a los tristes moribundos que ven apagarse sus días en las unidades de cuidados intensivos.

En cuanto ahora a la relación entre educación y trabajo, me parece que exagerar en ella, olvidando que nos educamos para mucho más que obtener una plaza en el mercado del trabajo, podría conducirnos a confundir la educación con la capacitación y a rebajar aquélla a un mero preca-

lentamiento laboral despojado de cualquier contenido o destreza que no tenga que ver directamente con el futuro desempeño profesional del estudiante.

En fin, concerniente a la vinculación entre trabajo e ingresos o entre trabajo y riqueza general del país, me parece que exagerar en ella podría conducirnos a creer que trabajamos sólo para mejorar nuestros ingresos o para que el país eleve su tasa anual de crecimiento, en circunstancias de que –según me parece– trabajamos en algo para bastante más que eso, salvo, claro está, que el trabajo se reduzca a mero empleo.

Contra lo que desearía alertar, dicho brevemente, es contra el empobrecimiento que se produce cada vez que se traza una relación demasiado estrecha y directa entre vida y educación, entre educación y trabajo, y entre trabajo y riqueza.

Retomando el hilo de las ideas que venia expresando, cabe señalar también que por momentos se pone más el acento en el control de la ética de los abogados que en la *formación* ética de éstos y las discusiones se centran entonces, erróneamente, en quién debe ejercer el control ético de la profesión y no en quién debe responsabilizarse de la formación ética de los profesionales del derecho. Es efectlvo que la cuestión del control no carece de importancia, pero a nadie puede escapársele que el asunto de la formación es aun más importante, puesto que antes de controlar una ética cualquiera es preciso haber formado previamente esa ética de algún modo. Por otra parte, siempre me ha parecido discutible que en nombre de una ética profesional cualquiera se pretenda detener la caída que en cuanto a su importancia política y social vienen teniendo hace ya tiempo los colegios profesionales. Transformar a éstos en templos de la ética de sus afiliados me parece cuando menos una exageración y tal vez un candor, porque los colegios profesionales son organizaciones de intereses corporativos antes que custodios o guardianes del interés general o común.

Tocante a la formación ética de nuestros licenciados, ella debería prolongarse en los programas de postítulo y postgrado que ofrecen las facultades de derecho, aunque no propiamente para transmitir una ética normativa que se considere la verdadera, o acaso tan sólo la mejor, sino para dar ocasión de percibir la dimensión ética de los asuntos profesionales, desarrollar una mayor conciencia ante esa dimensión y debatir críticamente sobre cursos de acción que parezcan éticamente aceptables. En una estrategia como ésta, lo mismo que en el caso de la formación ética a nivel del pregrado, lo que se tendría que buscar no es la asimilación por parte de los estudiantes de un código de ética profesional perfectamente formalizado

en principios y normas, sino el desarrollo de una sensibilidad ética ante las acciones que a un abogado se le presentan como posibles en la gestión de los asuntos profesionales que le son confiados. Aquí, lo mismo que en el caso de la formación artística de los jóvenes, donde lo interesante es la formación de la sensibilidad y no la asimilación dogmática de convicciones artísticas fuertes, de lo que se trataría es de favorecer una mirada ética y no de transmitir una visión ética determinada. De lo que se trataría, en suma, es de aprender a mirar y no de dirigir focalizadamente la mirada hacia un punto preestablecido y seguro que se haya definido previamente como el único objeto hacia el que hay que mirar.

A la hora de concluir esta disertación, permítanme echar mano de la analogía que es posible establecer entre nuestras deliberaciones morales y las brújulas y los radares.

¿Cómo así?, se preguntarán ustedes. ¿Qué tiene que ver la deliberación moral con las brújulas y con los radares?

Es frecuente que quienes reflexionan sobre Moral distingan entre hombres brújulas y hombres radar. Todos sabemos que la brújula es un instrumento que sirve para determinar tanto la posición propia como la dirección que debemos tomar en un momento dado, mientas que el radar es un sistema que permite advertir la presencia y ubicación de cuerpos que de otro modo no podríamos ver. Sabemos también que la brújula es un objeto más sencillo que el radar, lo cual quiere decir que una eficiente utilización de la primera es más fácil que el empleo correcto del segundo.

Tratándose de Moral, esto es, de las deliberaciones que todo individuo lleva a cabo para procurar hacer el bien y evitar el mal, hombres brújula serían los que, totalmente convencidos de la corrección de los principios que profesan, fijan con facilidad tanto su posición como el rumbo que deben tomar y marchan, acto seguido, en la dirección que marquen tales principios. Hombres radar, en cambio, serían los que para decidir el rumbo que deben adoptar atienden a la posición de los demás y consideran dicha posición como un antecedente relevante a la hora de tomar una u otra dirección.

En sus decisiones de índole moral, el hombre brújula se guía únicamente por principios y determina sus preferencias de manera introspectiva; por su lado, el hombre radar atiende a la diversidad de alternativas morales que resultan de la presencia de otros sujetos moralmente interesados y hace sus opciones sólo después de identificar y comprender cuál es la posición de estos últimos.

Cada uno de nosotros sabe si en asuntos de carácter moral es hombre brújula u hombre radar, aunque parece ser que, también en esto, todos somos finalmente un poco anfibios, porque lo usual es que nos movamos valiéndonos tanto del instrumento del primero como del sistema del segundo. Esto significa que, sin renunciar a nuestros principios, advertimos en torno nuestro la presencia de otros sujetos y solemos interesarnos por las posiciones que éstos tengan respecto del asunto moral que nos concierna.

"Brújula" significa también "mirilla", o sea, se trata de una palabra que designa a ese agujero pequeño por donde, encogiendo la vista, se observe mejor un determinado objeto. Algo semejante tendríamos que hacer cada vez que optamos por decisiones morales guiadas por principios, esto es, escoger un tanto nuestro punto de vista para enfocar bien el problema y percibir sus contornos y los matices que puedan acompañarlo. Los problemas morales que nos presenta la realidad, por similares que puedan parecernos, no son nunca idénticos, de modo que una suficiente atención por las particularidades de uno de ellos puede conducir a un juicio moral distinto en otro que se le parezca.

Hombres brújula u hombres radar, lo que interesa es que en nuestras deliberaciones de orden moral no quedemos prisioneros ni de la simpleza que significa creer que los principios bastan ni de la ilusión que consiste en imaginar que lo que bastan son las encuestas. De este modo, la fidelidad a los principios tendría que ser combinada con la atención que debemos prestar a la posición de los demás, especialmente cuando éstos van a ser afectados por las consecuencias de nuestras decisiones morales. Se me ocurre que ése puede ser un ejercicio que permitiría afinar nuestra puntería moral y, a la par, hacer avanzar la virtud de la tolerancia.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Etica Jurídica

Julio Alvear Téllez
Profesor de Etica Jurídica y Nociones de Estado de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Profesor de Teoría de la Ley y Filosofía del Derecho
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Está de moda invocar la palabra "ética" en el campo académico y profesional. Nuestro mundo fuertemente competitivo y frío, que en la práctica nos lleva a posponer tantas veces el gusto monetario por el ideal de integridad moral, aún conserva la añoranza de un mundo "más humano". En algo vislumbra, aunque sea en confuso, la vieja enseñanza del gran Aristóteles respecto de que el bien moral tiene que ver con hacernos hombres mejores, y de que la virtud no es sólo un desafío individual, sino una verdadera exigencia social y civilizadora.

La pregunta por la ética es la pregunta por el cómo nos perfeccionamos humanamente a partir del amor al bien moral y su práctica. A través de la virtud.[1] Es una pregunta tan honda que de poco sirven las teorías especulativas, los instructivos o recetarios de buen comportamiento, pues para ella la única respuesta adecuada es la propia vida, que brota desde la radical elección que el hombre hace respecto del objeto de sus amores.[2]

Cualquiera que viva, vive y muere de un modo determinado, y en eso consiste la respuesta ética. Unos aman la fama y las cámaras de TV, y se diría incluso que por momentos se asemejan a las polillas, capaces de sacrificar su propia vida por un foco de luz; otros deciden amar, por sobre todo, los placeres que les ofrece su propio rincón, y agotan sus esfuerzos en ser amigos de los discípulos de Epicuro;[3] otros imitan a Narciso, y pasan la vida mirando su propio reflejo. En fin, monjes, soldados, ladrones, u honestos padres de familia, cada cual, en su oficio o en lo que ha hecho o

[1] La virtud es un hábito bueno, que hace bueno al hombre y a sus acciones. Aristóteles, *Etica a Nicómaco*, II, 1106 a 14-15.

[2] La propia etimología del término "ética" apunta a este "modo de ser" (*ethos*) que la persona adquiere a través de sus actos humanos expresivos de sus hábitos (virtudes).

[3] Hablamos aquí de Epicuro en cuanto éste atribuye como fin del hombre el evitar el dolor, y conseguir la mayor cantidad de placer posible. Sin embargo, muchos consideran que el filósofo griego no era hedonista, en cuanto, a diferencia de los cirenaicos, aprecia los placeres del alma.

deseado, sabe dónde ha puesto el amor fundamental de su vida, elaborando con sus personales manos su propia respuesta ética.

Ante tamaña dimensión, los cursos de ética profesional que pueden impartirse en la Universidad no pueden pretender sino humildad. Son sólo cursos formativos de ciertas convicciones a fin de señalar los objetos dignos de ser amados en el campo de la moral profesional. La tarea es ardua, los resultados siempre serán exiguos.

No hay que olvidar nunca que la Etica coadyuva a formar convicciones y voluntades, pero, en definitiva, todo ello pende, como una esfera en una bandeja de metal, de lo que el partícipe del curso haya elegido en su intimidad. Pues para quien haya decidido ejercer la profesión de abogado primordialmente para ganar dinero, desde un punto de vista psicológico un programa de Etica Profesional le resbalará por la piel. Intelectiva y sensitivamente podrá encontrarlo "bonito", como quien encuentra belleza en una obra de arte, pero es una belleza extrínseca, que no comanda sus decisiones interiores respecto de su propio futuro.

Por el contrario, para quien haya decidido ejercer la profesión de abogado sirviendo un ideal de justicia, a partir de una experiencia de injusticia, o de una vivencia de la necesidad de aquélla,[4] un curso de Etica Profesional no es sino un alter ego de sus propias respuestas.

Es curioso observar, a este respecto, como un mismo estudiante que en primer año de sus estudios de Derecho puede tener de manera muy nítida una impostación de alma sensible para los valores de la justicia, en quinto año ha perdido mucho de esa sensibilidad: sólo quiere egresar luego –y se comprende– para trabajar luego –y también se comprende–. Pero los temas éticos le parecen lejanos.

El equilibrio es difícil entre estos dos extremos. Las necesidades de la vida moderna impelen a estudiar para ganarse la vida. Pero hay que tener mirada clara para ser estudiante y comprender que la ciencia jurídica no es servil al dinero, sino que a un valor moral mucho más alto, cual es la justicia. Y, en este sentido, la enseñanza de la Etica Profesional del Derecho debiera orientarse para que quienes se están formando encuentren las respuestas para lograr su propio equilibrio entre el imperativo moral de amor a la justicia y el beneficio profesional.

---

[4] Pieper recoge a propósito del acceso a la justicia a partir de nuestra experiencia de la injusticia el sentir de Kant: *"La más grande y repetida forma de miseria a que están expuestos los seres humanos consiste en la injusticia, más que en la desgracia"*. Vid., *Las Virtudes Fundamentales*, Rialp., Madrid, 1980, p. 86.

La virtud del filósofo es la pasión por la *verdad*. La del profesional jurídico, sea abogado, juez o asesor de Derecho, la pasión por la *justicia*. Y la Etica, como ciencia filosófica de carácter práctico, debiera enseñarse en nuestra carrera con el objeto de hacer comprensible que la más alta verdad jurídica es la justicia, y que es una verdad práctica que pide ser no sólo conocida, sino amada. De lo contrario la dualidad material entre Etica y Derecho es inevitable, y la primera se vuelve inservible. Nadie necesita un curso de Etica para que le justifiquen que matar es inmoral; y que estafar es deshonesto. Lo sabemos. Las razones filosóficas más profundas de su ilicitud nos son incluso connaturales a nivel intuitivo.

Sin embargo, la enseñanza ética específicamente jurídica es fundamental, porque existe para darle sentido unitario a toda la actividad jurídica en el contexto de lo que se le pide al hombre en sus relaciones con sus semejantes a partir de los mandatos contenidos en las leyes y en toda la amplia y variopinta gama de títulos jurídicos positivos (un contrato de compraventa) y naturales (la naturaleza humana, cuya "parte" integrante, por ejemplo, es la vida). Y a esa virtud que introduce la armonía en el conjunto, reconociendo o asignando a cada parte la función que le corresponde, le denominamos "justicia", y constituye, como se comprende, el sentido y finalidad de la actividad jurídica profesional.

Precisemos algo más de lo que venimos diciendo. Para ello seguiré el método de distinguir los tres defectos fundamentales, que, a mi juicio, permiten que la enseñanza de la Etica Profesional Jurídica no sea efectiva en nuestra carrera, al menos, en lo que se refiere a su objetivo de darle su significado humano y virtuoso a la actividad jurídica en sus distintas vertientes.

1. Primera deficiencia: reducción del *estatuto científico* de la Etica

Es una especie de suicidio académico; de anemia intelectual, efecto del ambiente de relativismo, escepticismo y subjetivismo que invade como moda de lo políticamente correcto ciertos ambientes universitarios. Con ello, la ciencia de lo ético pasa a ser un simple traspaso de información "valórica", de carácter descriptivo.

Nos olvidamos, en primer lugar, del carácter auténticamente *científico-filosófico* de la Etica, que es el sello que caracteriza sus reflexiones a nivel de fundamentos de nuestro actuar, perdiéndose, con ello, su dimensión de "inteligencia" moral.

La Etica se ha convertido así en un hablar –un parafraseo– de "valores",[5] y los valores designan hoy las meras opiniones de cada sujeto sobre el sentido de su conducta.

Curiosa paradoja, exigimos preparación intelectual y solidez de argumentación para quien quiera hablarnos de cualquier ciencia humana; pero para la Etica –la ciencia humana más importante desde el punto de vista práctico– no exigimos nada. Cada cual puede hablar de lo que se le ocurra con tal que lo envuelva con la palabra "valor".

Aceptamos, en segundo lugar, sin crítica, una de las tendencias actualmente predominantes en nuestro país y que reduce la Etica a una ciencia *descriptiva*,[6] no propiamente intelectiva-normativa.[7] Hablar de Etica viene a ser lo mismo que *describir* lo que en la sociedad se considera conveniente o no conveniente, bueno o malo. O inducir las razones psico-sociales de estos fenómenos. O analizar la lógica del discurso cultural respecto de lo que en una sociedad determinada, en un tiempo dado, es asumido como lo correcto. En suma, sociologismo, psicologismo, logicismo, en eso se ha convertido hoy la Etica.

2. Segunda deficiencia: Reducción del contenido de la Etica Profesional Jurídica a una especie de código de simples deberes de no hacer, con preterición, al menos explícita, del bien moral primero al que por esencia la abogacía sirve

Los errores, como los virus, contagian. El normativismo legalista que en el plano de la ciencia jurídica convirtió la enseñanza del Derecho en cultivo de la gramática de la ley, tuvo su paralelo en el moralismo normativista que, de modo similar, concibió la formación ética como un referir de de-

---

[5] A partir de la separación que Max Scheler hizo entre "ser" y "valor" se popularizó el discurso moral fundado en este último término, de fuerte contenido apriorístico y fenomenológico. Sobre este punto, Scheler, M., *"Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik"* (Traducción al español de Hilario Rodríguez Sanz, con el título de *"Ética"*, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1948).

[6] El "descriptivismo" ético de corte sociológico fue inaugurado por A. Comte en el siglo XIX, y popularizado posteriormente por E. Durkheim y L. Levi-Bruhl. El de corte empirista encontró, por su parte, diversos cultores sobre todo en el mundo anglosajón, y cuenta con una gama enorme de autores de distinto signo (emotivistas, lógico-lingüísticos, utilitaristas, etc.), por lo que su ubicación común dentro del mismo género no deja de ser convencional. A partir de Moore y su célebre *"Principia Etica"*, fueron influyentes: Ayer, Stevenson, Hare, Austin, Toulmin, Urmson, Warnock, Russell, entre otros.

[7] Dice a este respecto Santo Tomás que la Etica *"es una ciencia* (filosófica) *práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas"* Cfr. *De Virtutibus in communi*, q. 1, a.6, ad. 1. ¿Y para qué lo hace? Para *"dirigir los actos libres hacia el bien perfecto o fin último de la persona"*, Cfr. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomacum Expositio*, I, 1, 2-3.

beres con sus respectivas fuentes normativas consagradas, ojalá, en un código.

Sin desmerecer la importancia gremial de la existencia de un Código de Etica Profesional de la profesión jurídica, la verdad es que la Etica Profesional en sus aspectos más hondos no es susceptible de ser reducida a un código de deberes de no hacer, expresados de manera positiva o directamente negativa.

La profesión jurídica involucrada en los oficios del abogado, del juez, del asesor legal, constituye –aunque suene extraño– accidentalmente una labor *lucrativa*. Sustancialmente es un *servicio*, un servicio de *persona* a *persona*, y de *caso* a *caso*, mediante el cual el poseedor de la ciencia jurídica o el técnico del derecho colabora –en el caso del juez determina autoritativamente– con la necesidad de delimitar lo *justo* –lo debido a cada cual– en una relación social concreta, como vimos, a partir de los títulos que se encuentren involucrados en ella.

Sabemos que el bien moral al que la profesión jurídica sirve es la justicia. El problema es que su voz suena a nuestro entendimiento de manera demasiado genérica. Porque la justicia de la que hablamos, como lo dijera una vez Hervada, no es la de los poetas, de los cantantes, o de las declaraciones de derechos humanos, sino la simple, la pequeña justicia concreta de las relaciones entre los hombres de carne y hueso que disputan o respetan a distintos niveles lo que es *tuyo* y *mío*.

En este sentido, la enseñanza de la ética entraría en sus rieles si el estudiante de Derecho contemplara, por ejemplo, el Código Civil como un conjunto de disposiciones legales que en sus aspectos declarativos estructuran los marcos de la justicia conmutativa en el ámbito de la transferencia de bienes. Y las leyes tributarias, como mandatos estatales que imponen deberes de justicia legal, que han de ser pensados desde ese contexto incluso si se quiere arribar a conclusiones razonables desde el punto de vista constitucional. Porque si quien se está formando en Derecho Civil o Tributario no comprende que está tratando con títulos de justicia, no comprende cuál es el bien primario de sus estudios, y esto no se lo enseña la Etica Jurídica, me pregunto para qué sirve ésta. Es mejor que quede como una rama de Literatura.

3. Tercera deficiencia: se enseñan los deberes éticos del abogado y del profesional del Derecho poniendo el acento en lo que tienen de *común*, cada uno en su género, con el resto de las profesiones, por lo que pierden, en sus principios, su estricta especificidad jurídica

Ejemplifico. Es tan patente que un abogado no puede ser ladrón, como es patente que un ingeniero comercial no debe serlo, cada uno a su modo. Asimismo sabemos que un abogado no debe cobrar honorarios de manera excesiva y que debe ser diligente en la tramitación de un proceso, como un ingeniero de una banca de empresas debe ser acucioso en la atención de sus clientes y no exigir prebendas por ella.

Pero para la enseñanza de estos deberes basta la Etica común. No necesitamos en realidad una Etica Profesional. Porque mientras la razón formal de los deberes específicos del profesional jurídico sea el bien de honestidad común a todas las profesiones, no requerimos una Etica de la profesión específicamente jurídica.

Insisto. Una Etica específicamente jurídica que sirva para el buen desempeño de la profesión del abogado, del juez, del asesor en Derecho debe explicitar el bien moral próximo al que por su propia naturaleza tienden esos oficios: la determinación de lo justo concreto en sus diversas categorías.

Hay así una ética del juez, del abogado, del asesor, del legislador, si se quiere, no sólo en lo referente al bien moral común de la honestidad, sino en la especificidad en la que cada uno de estos profesionales debe realizar su papel desde la perspectiva de la justicia. Esto se entendió bastante bien en el pasado. La profesión jurídica era un honor. La sociedad incluso consideró nobles a los profesionales que, con ciertos requisitos de ciencia y virtud, ejercían sus actividades jurídicas, como fue el caso en la Francia del Antiguo Régimen de miembros de la magistratura, la *"noblesse de robe"*.

Hoy como en la práctica entendemos la profesión jurídica –especialmente la del abogado– como una mera actividad lucrativa mediada por el legítimo pero inferior interés del lucro, la comprensibilidad para una Etica específicamente jurídica en su sentido fuerte pierde vigor.

Dado lo anterior, se hace necesario formular una Etica profesional específicamente jurídica, cuyo sentido al menos lleve a solucionar las deficiencias anotadas, del modo que a continuación se indica:

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

1) Reafirmando una Etica de las convicciones, es decir, destinada según su propio *objeto* a formar *convicciones*, ideas firmes ancladas en fundamentos filosóficos sólidos acerca de quién es el hombre, cuál es su fin, y cómo se debe obrar moralmente. Para estos efectos, el mero describir lo que en la sociedad sucede o no sucede respecto de los sentimientos morales de cada cual no sirve. Estúdiese ello en sociología, en sicología, pero no en un curso de Etica.

De cualquier manera, al sostener que la Etica está destinada a formar convicciones *según su propio objeto*,[8] no impide, como en toda ciencia filosófica, que cada cual pueda o no estar de acuerdo con el contenido de ese objeto, y que, en consecuencia, dentro del espíritu universitario se origine el debate y la disputa.

2) Reafirmando una Etica del amor manifestativo. La Etica, ya específicamente profesional jurídica, debe indicar el bien humano que el ejercicio del Derecho tiende a realizar, y ha de manifestar las razones de por qué el bien moral de la justicia debe no sólo ser conocido, sino amado[9] en sus aspectos generales, en sus elementos específicos, y en las realidades singulares de cada caso.

Es preciso recordar aquí a Aristóteles: No estudiamos ética *"para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos; de otra manera sería un estudio completamente inútil"*.[10]

Estamos, por cierto, muy lejos de lo que Kelsen denominaba el "ideal irracional", término caricaturesco con el cual el pensador germano designaba a lo que él entendía por justicia. Porque en todo actuar humano es necesario tener amor: amor por lo que se hace en concreto y amor por las más altas causas de aquello que se hace. Y ello aplicado al Derecho conlleva el trabajo y el sacrificio por la labor jurídica y el amor a las distintas formas de justicia que en ello se implican.

---

[8] En el plano de la fundamentación moral, no conozco reflexiones filosóficas más acordes con el corazón del hombre y su lugar en el orden del universo que las pertenecientes a la filosofía griega y cristiana. Sobre todo esta última da razón de por qué la moralidad no es objeto de opinión, sino de ciencia, y de ciencia que fundamenta la entidad del bien moral, su raíz metafísica y antropológica, y el tipo de imperio que ejerce en el hombre a través de la realidad de razón que los antiguos denominaron "ley natural" (concebida como norma objetiva del actuar moral) y "conciencia" (concebida como norma subjetiva de nuestra conducta ética).

[9] Ya desde Aristóteles: no basta con conocer especulativamente en qué consiste el bien moral, es necesario esforzarse por poseerlo y practicarlo mediante la virtud. E. N. X, 9, 1180 a 30.

[10] E. N. II, 2, 1103 b 27 – 29.

3) Reafirmando una Etica centrada en la virtud de la prudencia y la justicia. La *iuris prudentia* en su significado más hondo supone que todo quehacer en el Derecho –sea obra de la ciencia, del arte o de la técnica jurídica– está regido por dos virtudes que perfeccionan sucesivamente el entendimiento y la voluntad: la prudencia y la justicia.

La *justicia* nos inclina a *querer*, más allá de todos los obstáculos que se interponen en nuestro camino, dar a cada cual lo suyo. Y la *prudencia* nos permite *saber* qué tenemos que dar a cada cual en su momento preciso, a partir de la ciencia jurídica, que se adquiere en las Escuelas de Derecho y en los estudios particulares, dicho de manera simple.

Por todo lo anterior, es indudable que la Etica jurídica profesional debe, por tanto, prestar un servicio eximio no sólo en la intelección del bien moral de la justicia y en la inducción genérica de su práctica, sino también en su proyección concreta del diario vivir laboral. Para ello ha de ser libre, y desligarse de las deficiencias que vienen atando su enseñanza a modas inservibles.

Corrupción: concepto y aspectos penales

Luis Bates Hidalgo
Director del Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La voz *corrupción* se ha instalado con fuerza en el lenguaje nacional e internacional y no solamente en el ámbito académico o intelectual. Ha pasado a ser también una expresión popular que requiere un esfuerzo de precisión conceptual, de fijación de límites, porque su uso indiscriminado o incorrecto y el tratamiento público inadecuado pueden llegar a ser para un país más dañinos que la corrupción misma. Tal ocurre, por ejemplo, con las denuncias que no corresponden a verdadera corrupción, sino al uso del vocablo como instrumento de lucha y rentabilidad política, de acción político-partidista, de destrucción del adversario o del sistema político imperante. Pues hay pocos términos más evocadores en la ciencia política que la palabra corrupción. Su mero enunciado impacta negativamente el sistema de valores sociales y provoca una amplia gama de reacciones, casi siempre apasionadas. De hecho, muchos políticos se forman y hacen carrera denunciando actos de corrupción, verdaderos o ficticios, sin importar los resultados de los mismos. La necesidad de distinguir, de definir el término, surge pues como urgente por exigencias académicas y prácticas. No obstante, los esfuerzos hechos por alcanzar un concepto de corrupción de general aceptación son de resultados limitados debido a sus múltiples caras, aspectos o componentes que lo integran. De otro modo dicho, debido a los distintos saberes o ciencias desde las cuales se puede considerar este fenómeno.

El estado actual del problema comprende a aquellos que estiman imposible formular una sola definición, porque es un tema contextual dependiente de las condiciones particulares prevalentes en un país: legales, políticas, sociales, económicas y culturales. Otros admiten una trilogía conceptual: académica, legal y de opinión pública. Los esfuerzos por definir la voz corrupción y sus dificultades, tal como ocurre por ejemplo con las expresiones pobreza o pornografía, nos recuerdan la definición que para esta última formulara un juez norteamericano: "sé que existe, cuando la veo", con lo que enfatizó sus formas de revelación más que el concepto mismo, criterio casuístico seguido últimamente por la nueva ley chilena sobre probidad y por la Convención contra la Corrupción de la OEA. Todo lo cual no significa abandonar los esfuerzos *conceptualizadores,* pues fijar ciertos contornos o límites a este vocablo es de conveniencia o necesidad general.

Aspectos o componentes

La consideración de los diversos aspectos, caras o componentes de la corrupción y sus relaciones sirve no sólo como justificación de los esfuerzos por alcanzar una definición universal de la misma, sino, además, para comprender mejor el fenómeno que nos ocupa y orientar correctamente las medidas tendientes a reducir sus negativos efectos.

Aspectos históricos

Los *rankings* mundiales sobre corrupción reflejan de algún modo la historia de cada país sobre este fenómeno. Una visión somera y comparada de la situación chilena nos induce a pensar que en el país y en el mundo ha habido siempre corrupción, pero ésta no se ha enquistado permanentemente en el aparato estatal y político chileno, como ha ocurrido en otras naciones. Creemos no incurrir en márgenes excesivos de error si afirmamos que en Chile existe una tradición ética de la función pública, desde don Diego Portales y sus célebres decretos sobre probidad funcionaria hasta el actual gobierno.

Nuestra percepción actual, sin embargo, es, expresándola en términos meteorológicos y debido a causas y fenómenos múltiples, nacionales e internacionales, de "nublado parcial", de "nubarrones" que nos hacen mirar el horizonte nacional con cierto grado de inquietud. Nuestras observaciones y experiencias empíricas, si bien carentes de rigor científico, nos permiten sostener la conclusión referida.

Aspectos socioculturales

La existencia de una noción *supracultural* de corrupción es debatible en la literatura existente sobre el tema. El soborno parece ser, sin embargo, la modalidad que más se acerca a una noción universal de la misma.

Los niveles de formación educacional y cívica de la comunidad, es decir, el conocimiento y ejercicio de sus derechos como tales y no como favores funcionarios; el cumplimiento de sus deberes; el conocimiento de las instituciones que aplican las normas y el acceso a ellas; el mayor o menor desarrollo de una "cultura de denuncia", en fin, las actitudes y reacciones de las personas a las múltiples expresiones de corrupción, conforman importantes elementos socioculturales que gravitan en el fenómeno. Como lo son, asimismo, el rasgo de sociedades más o menos personalizadas, sociedades en que florecen y se desarrollan el "amiguismo", el clientelismo

político o el nepotismo (vínculos familiares), caldos de cultivo del tráfico ilícito de influencias y forjadores de redes informales para el reconocimiento de derechos, beneficios o privilegios. Otro componente sociocultural que influye la corrupción son los favores recíprocos en desmedro a veces de las reglas formales, leyes o reglamentos, pero que al mismo tiempo permiten a las clases que no poseen ni controlan los medios de producción establecer relaciones informales por sobre las redes de la Administración Pública. El efecto psicológico de reemplazar el esfuerzo propio para el logro de beneficios o reconocimiento de derechos, por la complacencia del proveedor ha sido destacado por algunos autores. Sociedades personalizadas, en que los afectos privados se trasladan a lo público y en las que los contactos, llámense "pituto", "enchufe", "cuña", "pistón" o "palanca", son instrumentos indispensables para desenvolverse y progresar en un mundo crecientemente competitivo. El daño que se ocasiona a la Administración Pública, por ejemplo, cuando a ella ingresa una persona sin méritos y sólo por recomendaciones políticas o de otro orden ajenas a su competencia profesional, y que por lo tanto encuentra sólo en el Estado "inmortal" su fuente de subsistencia económica, es de extrema magnitud para el desarrollo del país, por el daño que ocasiona y por las dificultades legales que existen para removerla.

Otro aspecto sociocultural que influye la corrupción es el carácter más o menos transparente de la sociedad. Existen, en efecto, sociedades más cerradas que otras, en las que la reserva y el secreto les son consustanciales. Los alcances de este rasgo social de la corrupción se ven claros en la conocida formula de Robert Klitgard:

Monopolio – Transparencia + Discrecionalidad = Corrupción

Por último, la sanción social a los actos de corrupción puede desempeñar un papel inhibidor importante, y parece variar según la modalidad de corrupción de que se trate: la que se asocia a la delincuencia económica de "cuello blanco", por ejemplo, carece en ocasiones de reproche social, particularmente cuando se trata de infracciones de orden tributario. En este campo se advierte nítidamente, por ejemplo, un mayor reproche al despilfarro del gasto público que a los mecanismos ilícitos o fraudulentos que se usan para evadir el pago de impuestos.

La dimensión ética

La corrupción es fundamentalmente un problema ético, como lo ha destacado el padre Tony Misfud en nuestro país. Ninguna definición de este fenómeno puede prescindir de su tono moral, asociado generalmente a

las ideas de perversidad o indignidad. El contexto ético-social, la moral ambiente o universo moral de una sociedad, suele determinar los índices de corrupción de un país. E influyen en ese ambiente tanto la denominada corrupción chica como la grande, la pública, la municipal y la privada, la nacional y la internacional. La corrupción "chica", reflejada en actos cotidianos del diario vivir, es el punto de partida que por la vía de la pendiente conduce a corrupciones mayores. Su importancia radica, por lo tanto, en la necesidad de detenerla a tiempo para evitar estas últimas. Como dijera un juez americano a alumnos universitarios: "siempre tendrán una primera ocasión de decir NO al desafío o tentación de realizar actos corruptos. En ese momento se están jugando su futuro". Y lleva razón ese profesor de derecho, porque no saber decir *no* oportunamente conduce a situaciones de corrupción mayor en el mediano y largo plazo. Ejemplos de "corrupción chica" pueden ser la tendencia a "sacarse" los partes de la policía por infracciones a las normas de tránsito, saltarse las "colas", copiar en clase, usar licencias médicas indebidas, evadir el pago de impuestos, hurtos en tiendas, no pagar algún consumo menor en restaurantes, regalos de poca monta a funcionarios públicos, etc.

Influye de una manera importante en el contexto ético social de un país el ejemplo de las autoridades políticas, judiciales, empresariales y en general **el ejemplo** de las personas que tienen algún tipo de liderazgo o poder de decisión. Integran el denominado "clima de la cima", por ejemplo, las conductas del Presidente de la República, los Ministros de Estado, parlamentarios, jueces, jefes de servicios públicos, directivos de organizaciones empresariales y sociales, ejecutivos de empresas, etc., todos los cuales educan con sus ejemplos a la sociedad. Sus conductas, correctas o incorrectas, tienden a reproducirse y a multiplicarse en variados niveles. Si las personas referidas no respetan, por ejemplo, las leyes o normas que ellos mismos dictan o tienen la obligación de aplicar, el efecto-imitación es significativo, debido al carácter público de la función que desempeñan. Otro tanto ocurre en el sector privado, debido a la mayor extensión que hoy ocupa en la sociedad contemporánea y por lo tanto la mayor expansión y conocimiento ciudadano de los comportamientos de sus directivos. Después de todo, la corrupción pública como la privada tienen un común denominador –la deslealtad–, y operan a modo de vasos comunicantes cuando se interrelacionan. En resumen, los liderazgos, honestos o deshonestos, públicos y privados, influyen de modo importante los índices de corrupción y el clima de confianza imperante en un país. Los actos de corrupción nos disminuyen a todos por igual porque no somos islas; formamos parte de tierra firme, que es la sociedad. Y los esfuerzos por reducirla, por lo tanto, deben incluir a todos sus componentes.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Aspectos económicos

La corrupción es también y de modo muy importante un problema de racionalidad económica. Las personas o los grupos que participan en actos de corrupción adoptan sus decisiones con fines de propio bienestar sopesando costos y beneficios. Entre aquéllos, los costos de la corrupción, se encuentran, por ejemplo, la posibilidad de ser sorprendidos y una eventual sanción legal que afecte sus bienes o su libertad, o la posible pérdida de reputación comercial, y entre los beneficios, el muy importante de ganar la competencia al margen de las normas que la regulan.

La probabilidad de la aplicación efectiva de la ley penal, es decir, que el mal de la pena asignada al delito (costo) sea superior a su beneficio, puede llegar a ser un factor disuasivo en la determinación de la voluntad delictiva. Lo cual significa que si se quiere aumentar los costos del delito como factor inhibidor, la sanción que la ley penal establece para el delito debe ser aplicada oportuna y efectivamente y, además, ser capaz de recuperar el lucro obtenido del acto corrupto. Como expresara Carrara: "La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos atemorizan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza aleja la idea de los males mayores".

Menores probabilidades de aplicación real de la ley penal o "esperanza de impunidad" y por consiguiente bajo costo delictivo, se producen frecuentemente en la vida judicial debido a la existencia de barreras en el proceso de su aplicación o ejecución, como las siguientes:

1. Insuficiencias de la ley penal en sí misma

Suele ocurrir que la norma penal misma, el "producto" que se prepara en el Congreso Nacional, por razones de técnica legislativa u otras, es paradójicamente un obstáculo a los propósitos legislativos de proteger determinados bienes jurídico-penales asociados a la corrupción.

Así, la "Justicia del Derecho" "envasada" en la ley penal cuando ésta es deficiente o insuficiente, puede llegar a aumentar la "esperanza de impunidad" y con ello bajar los costos del delito. Tal nos parece el caso en nuestro medio de la configuración legal de los delitos de lavado de dinero, violencia en los estadios y otros.

2. Otras barreras que disminuyen los costos del delito

En el supuesto de que la ley penal elaborada en el Congreso sea adecuada, en su proceso de aplicación surgen otras barreras que a menudo o la hacen francamente inaplicable o desvían los propósitos que el legislador tuvo en vista al dictarla. Es la que se denomina "justicia de la aplicación del derecho", como diferente de la justicia del derecho (norma).

Tales barreras, además de las ya mencionadas, son las siguientes:

2.1. *Los procedimientos* inadecuados, inaccesibles, caros o lentos, privilegian la denominada "justicia del trámite" en desmedro de la "justicia sustancial", con el resultado final de injusticia, particularmente para los sectores más débiles o desposeídos de la sociedad. Las reformas al proceso penal apuntan, en nuestra opinión, en la dirección correcta capaz de superar esta importante barrera.

2.2. *La fortaleza de las instituciones*, la calidad de su gestión y la disponibilidad de recursos materiales y humanos son a su vez factores determinantes en la recta aplicación de la ley penal. Las instituciones que integran el Sistema de Justicia, como los tribunales y sus órganos auxiliares, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, etc., deben disponer de suficientes y modernos elementos materiales, y sobre todo, remuneraciones que permitan dedicación completa al cargo público y un decente nivel de vida, de altos niveles éticos, profesionalismo y eficiencia en la función. De lo contrario, se erigen en formidables vallas a la correcta aplicación de la ley penal y se crean fuentes de tráfico indebido de influencias y otras formas de corrupción. No hay que olvidar que, en definitiva, los procesos de aplicación de la ley penal terminan siempre en las personas, en los individuos, de modo que si éstos no cambian sus comportamientos, hábitos éticos e inercia de costumbres profesionales y laborales, terminarán siempre acomodando a sus exigencias psicológicas los mejores esfuerzos de reforma.

Además del factor que influye la relación costo-beneficio ya visto, referido a la probabilidad de que no se aplique la ley penal, se encuentra la competitividad económica de las sociedades modernas. En ese contexto, algunos llegan a pensar que la corrupción es beneficiosa en términos de eficiencia económica. Economías en proceso de transición o fuerte crecimiento pueden ser también proclives a la corrupción, y mercados efectivamente abiertos, libres y adecuadamente fiscalizados, a su turno, pueden disminuir las oportunidades de prácticas corruptas. También la corrupción puede provocar una retracción de la inversión o afectar el volumen de los

negocios. El materialismo extremo y el consumismo exacerbado denunciados por líderes espirituales y políticos destacados, y su secuela de intercambios ilegítimos entre el poder y la riqueza; la influencia de estilos o modos de vida importados de países capitalistas en un mundo cada vez más pequeño; la irrupción del negocio de la droga y otras formas de ganar dinero fácil y las exiguas remuneraciones del sector público, conforman un marco que alimenta las diversas modalidades con que se revela hoy la corrupción.

La percepción de que los bienes públicos son de todos y al mismo tiempo de nadie, provoca apetencias ilícitas o fraudulentas provenientes del sector privado o político como de los funcionarios encargados de custodiarlos, quienes entienden la función pública como un negocio, como una oportunidad de maximizar ingresos más que un servicio público responsable. Pueden provenir también de una asociación entre aquéllos y éstos.

Una sociedad de escasez de bienes y servicios y acentuadamente estatista, regulada y de discrecionalidad funcionaria puede llegar a importar un factor desencadenante de más corrupción, como ocurrió claramente en la experiencia socialista chilena 1970–1973, con economías paralelas de mercado negro y mecanismos ilícitos de la delincuencia de "cuello rojo".

El aspecto económico de la corrupción constituye, pues, una cara insoslayable en cualquier esfuerzo por definirla y reducirla.

Aspectos políticos

La corrupción se percibe como un problema político, porque daña el funcionamiento del Estado y al sistema democrático de gobierno; se asocia naturalmente con el poder, con la voluntad política real que se necesita para reducirla, es decir, con la importancia de las reacciones políticas efectivas frente al fenómeno, más allá de la retórica; se asocia asimismo con el financiamiento de los partidos y de las campañas políticas y con la telaraña de relaciones entre política y negocio.

Aspectos legales

Las leyes que regulan lo que podríamos denominar el "marco jurídico de la corrupción" pueden ser de diverso carácter: constitucionales, administrativas y penales, y originan sanciones de naturaleza también diferente. En el plano legal preventivo, nos parece indispensable revisar las normas que

regulan la selección de los servidores públicos; la promoción interna y los estímulos a los buenos funcionarios existentes; la dedicación exclusiva al cargo y las incompatibilidades, entre otras. Por otra parte, han sido importantes las reformas legales y penales ocurridas en Chile en los últimos años. Creemos que tales reformas producen, por lo menos, un reforzamiento del poder simbólico o mítico de las leyes. Decimos "por lo menos" porque son conocidas las barreras que dificultan la aplicación y efectividad de la ley.

La dificultad de definir: soluciones alternativas

El carácter multifacético y la pluralidad de referentes que tiene la voz corrupción, según se ha visto, dificultan la elaboración de una definición que los incluya a todos. Por ello, como va dicho, hay autores que optan por definiciones según el campo de origen: académicas, legales y de opinión pública, y otros que la definen según el contexto político, social, económico y cultural imperante en el país.

En todo caso, algunas de las definiciones conocidas sirven para perfilar sus contornos y sus relaciones y orientar los antídotos.

1. Según el diccionario de la Real Academia Española, corromper significa alterar y trastrocar la forma de alguna cosa. El padre Tony Mifsud s.j. nos recuerda, por su parte, que la palabra proviene del latín "*corrumpere*", *co* (juntos) y *rumpere* (romper), con lo que enfatiza sus dos referentes básicos: la alteración y la complicidad. La alteración significa un cambio destructivo, negativo, y la complicidad significaría una alteración voluntaria, no casual, debida a un agente causante en el ejercicio de la libertad humana, que es el elemento que introduce el discurso ético a este vocablo. La idea de cambio negativo es mencionada también por el padre Renato Poblete al explicar que la corrupción introduce en el cuerpo un germen que va poco a poco a atacar, a descomponer, a podrir y, eventualmente, a matar el cuerpo social; se destruye el tejido social.

2. Otras definiciones, tal vez las más conocidas, se refieren a la denominada corrupción pública, esto es, la que realiza quien ostenta, por representación o designación, potestades o funciones públicas y prevaliéndose de las mismas sirve intereses particulares de personas individuales, de organizaciones, grupos o partidos en lugar de los intereses generales a que se debe toda actuación pública. Hay una violación o postergación del interés público para favorecer el interés privado. "Uso de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del interés general a que toda actuación pública se debe".

3. Un elemento que con frecuencia se incorpora al concepto de corrupción pública es el normativo, es decir, las disposiciones legales que infringe el funcionario en contra del predominio del interés particular, especialmente normas prohibitivas de un determinado comportamiento. Este es un indicador seguro en una definición de corrupción e indicio importante en la determinación de la prevalencia del interés público o del privado, en el abuso del cargo o autoridad y en la determinación de cargos criminales. En las legislaciones nacionales son derroteros claros en este sentido los estatutos que rigen los deberes y los derechos de los funcionarios públicos, contenidos en el Estatuto Administrativo y en la Ley de Bases de la Administración del Estado o en leyes especiales de rango constitucional o administrativo. Definiciones referidas a las leyes infringidas: "violación de *las reglas* establecidas en contra del predominio del interés personal". Incluye el soborno, el nepotismo y la apropiación indebida.

"Cuando un agente público en el ejercicio de las funciones que le *atribuye la legislación vigente* y a través de las mismas, consigue un beneficio privado".

4. La contravención a principios éticos incorporada en algunas definiciones, si bien le restan certeza, resulta imprescindible por las razones ya expuestas.

5. El fin privado, que en la corrupción prevalece sobre el fin público o interés general, puede ser de cualquier naturaleza, pero es el monetario o económico el predominante directa o indirectamente.

Derechos y deberes en el acto médico

Osvaldo Romo Pizarro
Abogado
Presidente de la
ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO SANITARIO

Ética, derecho y deber

A principios del siglo pasado el insigne Lacassagne expresaba: "**el principio de la responsabilidad es una seguridad para los médicos instruidos, concienzudos y prudentes, una amenaza constante para los temerarios, los audaces sin escrúpulos y los ignorantes imperturbables, y es al mismo tiempo una barrera infranqueable contra las reclamaciones fantásticas, los caprichos y el mal humor**". He querido comenzar esta intervención con esta cita, ya que si bien observamos en nuestra época los avances sorprendentes de la medicina, pudiendo agregar, impredecibles en el futuro, observamos también que el concepto de responsabilidad en la gestión del médico se hace cada vez más complejo en su determinación y resultado. Si bien siempre ha existido la responsabilidad específica del médico, hoy está muy lejana la idea que a este respecto proclamaba Marañón, una especie de absolución en su ejercicio por considerar que era suficiente su profesionalidad para determinar la excelencia en su gestión. **Por el contrario, nunca ha sido más claro y certero aquel principio que enseña que mientras más avanza la ciencia, mayor y más severa es la responsabilidad del médico.**

Los fines de la medicina no han cambiado; es así que la prevención de la enfermedad y de las lesiones en toda su amplia gama y diversidad, como asimismo la promoción y mantenimiento de la salud son sus objetivos primordiales. A éstos se suman, connaturales a ellos, el alivio del dolor y del sufrimiento causados por la enfermedad y las dolencias del ser humano. Estos objetivos se alcanzan con la asistencia y curación de los enfermos y el cuidado de los que no pueden ser curados; así también se cumplen al evitar la muerte prematura o velar por una muerte en paz y dignidad, entendiendo en todo caso que la noción de muerte prematura será siempre relativa a la cultura, conocimiento, destrezas y tecnologías médicas empleadas según los avances en la cronología de la historia. De aquí resulta que los derechos y deberes del médico derivan íntimamente relacionados con su ética profesional.

Por otra parte, se ha expresado que cada acción médica debe evaluarse conforme al problema de salud específico que detenta cada paciente determinado; de esta manera, el acto médico que involucra la intervención de este profesional, en el decir de la norma, debe cumplir "los criterios de relevancia y proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados para obtenerlo"; es la opinión de los especialistas. La vinculación amistosa, esto es, de confianza entre paciente y médico, es factor de gran importancia en su tratamiento, de tal manera que ésta debe entenderse en calidad de deber, de acuerdo en el respeto a los derechos del paciente. Así se observa que en la medida que exista este respeto, aumentará la confianza mutua y se verán reforzados los derechos del paciente, quien aceptará el tratamiento propuesto sin duda alguna con el convencimiento de que dicho profesional lo sanará.

Estos objetivos hoy en día son normas universales que señalan los Códigos de Conducta Médica, la legislación sobre salud y la ética médica; todo ello a fin de garantizar los derechos e intereses del paciente. Lo que no podemos desconocer son las diferencias socioeconómicas que imperan en cada país respecto de la prestación de estos servicios. En todo caso, los profesionales que participan en el acto médico, sin lugar a dudas, están sujetos a ciertos imperativos éticos y legales, debiendo así actuar con diligencia y competencia en la prestación de una cuidadosa atención para con las necesidades de cada paciente, aun cuando no siempre en igual forma y garantías como se quisiera, por dichos factores económicos. Sabemos que no es lo mismo la atención médica en un establecimiento hospitalario público que en otro privado; no lo es tampoco en uno de una gran ciudad que cuenta con todos los adelantos técnicos y científicos que en otro de un lejano pueblo sin éstos. Esta es la realidad que aún no se puede superar en nuestros países sudamericanos.

Tal como lo observa el Código Deontológico Español en su art. 2: "**el respeto a las reglas éticas y principios morales que inspiran la profesión médica debe ser atención primordial de la organización médica colegial**"; agregando en forma lógica: "**que la profesión médica está al servicio del hombre**". De esta manera, se consagra el concepto eminentemente humanitario que guía el ejercicio de la profesión médica. En esta consecuencia, obvio resulta concluir que ella persigue el respeto a la vida e integridad de la persona humana, como a la salud del individuo y de la colectividad, constituyendo estas conductas los deberes genéricos a los cuales el médico está obligado. Con esto, podremos afirmar sin duda alguna que una actitud contraria a lo señalado no podría ser ética. Dicho postulado lo consagra también el Código de Etica del Colegio Médico de Chile en su declaración de principios, cuando en uno de sus acápites determi-

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HERMEROTECA

na como fundamentos básicos del ejercicio profesional del médico: "el respeto a la vida y a la persona humana".

No obstante lo señalado, sabemos que no siempre se puede pretender en ética resolver totalmente los problemas, aunque se pueden buscar razones que justifiquen la toma de decisiones que den luz a la duda y conclusión a la incertidumbre. Difícil, sin llevarlo al extremo de lo imposible, resulta tener certeza absoluta de un diagnóstico en medicina; sí se puede tener una aproximación bioestadística mayoritaria. Pero obtener esa certeza sobre lo biológico y, más aún, sobre lo biológico que infiere o incide en la unidad psicofísica que significa el ser humano, sabemos que no es tarea fácil.

Podemos señalar por tanto que si bien nos enfrentamos a una ciencia que no es exacta, estamos frente a una ciencia positiva con evidencias y datos objetivos, los que no siempre presentan la certidumbre o la certeza que se requiere para el diagnóstico que se pretende. Esta problemática, como vemos, no puede excluir la toma de resoluciones; el caso en discusión existe y por tanto existirá siempre la obligación de tener que tomar una decisión en la práctica. No debe olvidarse en este análisis que este tipo de resoluciones médicas se adoptan dentro de un marco asistencial e incluso legal, que condiciona muchas veces –mayoritariamente– la actuación del facultativo. Se afirma, no sin razón, que en todas las enfermedades hay una zona *border line*, es decir, una zona límite en la cual las cosas no están tan claras y son dudosas, pero donde el profesional de la salud deberá ejercer sus derechos y cumplir las obligaciones que su ejercicio le impone. Esto existe siempre en las ciencias de incertidumbre, y –por qué no decirlo– la ética médica sobre la cual resolveremos es respecto de **"una ciencia de incertidumbre a la búsqueda de unos razonamientos"**; así se ha afirmado. Sólo cabe una conclusión a este respecto, y es que cuando los casos sean conflictivos o dudosos, solo podrán resolverse por una vía: la de la prudencia. Se indica que la ética profesional es distinta y superior a la denominada moralidad común; esto explica que en el transcurso de las últimas décadas se haya polemizado por diferentes autores sobre la opinión de existencia de una ética profesional que sería distinta y específica de la otra ética, que es general para todos los individuos y por tanto de las sociedades que integran. Pero es imposible negar que en la actualidad se advierte un cambio en la percepción y consideración de la comunidad sobre las profesiones en general; en especial, respecto del ejercicio profesional del médico, a quien ya no basta su profesionalidad para consideración y estima, sino que, además, debe demostrar su sapiencia en la aplicación de sus conocimientos. Por tales motivos, se ha manifestado que es necesario tener un nuevo enfoque de la actividad profesional del médico, lo que implica en la fundada opinión de la doctrina: "elaborar nuevas es-

tructuras que enfrenten el paradigma clásico o tradicional en su gestión, al cual estábamos acostumbrados". En este verdadero cambio social que se observa con respecto al profesional en general, ya no valen estados o privilegios atingentes a su situación profesional, lo que se observa como resultado de una especie de desvalorización de su ejercicio. Esto, en la opinión de especialistas, **"es lo peor que le puede pasar a la ética profesional, produciendo o pudiendo forzar a una caída o desmoralización, que quizás sea la característica más significativa de la situación actual en el seno de las llamadas profesiones liberales o profesiones clásicas"**. Según indicábamos anteriormente, el modo de ejercer la medicina ha evolucionado profundamente, con ese cambio –evidentemente– también se han visto afectados los deberes y derechos del médico, derivados del contrato de servicio médico, celebrado entre el médico y su paciente, donde se generan los respectivos derechos y obligaciones para cada una de las partes; esto, sin entrar al análisis del caso extracontractual de carácter excepcional, que trascienda el límite de lo corriente. En esta vinculación contractual, en la actualidad también encontramos la oferta institucional en la atención de salud, prestada por organismos burocratizados que ofrecen el servicio al paciente mediante una organización condicionada y reglamentada por la ley y normativas internas que rigen su génesis y estructura.

En esta amplísima gama de situaciones, podemos distinguir en este contrato de asistencia médica, la generación de deberes y obligaciones que muchas veces son recíprocos entre sus partes, tanto respecto del médico como del paciente; o bien, generados por organismos intermedios que efectúan –en ciertos casos– esta labor de salud. Observamos que la medicina ha ampliado considerablemente su campo de acción científica y metodológica, y así como existen nuevos medios y procedimientos eficaces y perfeccionados para el ataque de la enfermedad y protección de la salud del ser humano, paralelamente se presenta la necesidad ineludible de que los médicos estén en la posesión de un número cada vez mayor de conocimientos y técnicas, los que ordinariamente imponen nuevas obligaciones o agravan y profundizan las ya existentes.

Por otra parte, también se observa que la medicina ha ido convergiendo progresivamente a un proceso de actividad compleja interdependiente, lo que pone al médico en situaciones difíciles de valorar por él mismo en la hora de tomar decisiones, o lo que es más, adoptar la resolución exacta para el papel o gestión que a él le corresponde desempeñar en dicha actividad compartida e interdependiente. Sin embargo, valorando su labor científica, no debemos exacerbar la atención ni estar prestos a reprimir la menor desviación en el ejercicio de su actividad; por el contrario, precisamente en el estudio y análisis fundado de sus obligaciones y derechos, se

encontrará su defensa ante el derecho, el que no debe ser considerado, en el decir de Romeo-Casabona: **"como una máquina rígida e implacable para su represión".**

Vinculación jurídica en el acto médico

En las diversas teorías recogidas por la doctrina jurídica en relación a la naturaleza del acto médico, se desprenden de cada una de las proyecciones de la actividad médica otras tantas obligaciones, derechos y deberes que derivan o provienen de diversas concepciones de la misma; no obstante su diversidad, ellos tienen su base fundamental en la confianza del paciente hacia el médico tratante, lo que a su vez se basa en el tacto, sentido común y, sobre todo, en la sinceridad de su información. Esta es la piedra angular que rige la buena relación en un recíproco entendimiento que, en su caso, evitará la reacción agresiva del paciente defraudado hacia su médico. En la jurisprudencia comparada del derecho argentino, en una resolución que tipifica y advierte sobre estas responsabilidades, se manifiesta con claridad y precisión: "corresponde exigir al médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo"; continúa: "Se trata de la razonable diligencia que es requerida para todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados, como son la salud y la vida". ¿Qué mejor síntesis de lo que debe ser la vinculación entre médico y paciente? Queramos o no, la relación médico-paciente en el concepto restrictivo de la relación contractual entre ambos, desde el momento que es pactada, genera entre ellos una vinculación jurídica con derechos y obligaciones, siendo algunos de ellos recíprocos, los que podrán recabarse, impugnarse o reclamarse, según se entienda, al ser infringidos. Sin embargo, dicha relación también puede producirse en situación extracontractual, esto es, sin que medie una vinculación formal previa consentida entre ambos, médico y paciente: "Esto ocurre cuando el paciente es objeto del acto médico". Aquí el acto médico es ejecutado sin información y/o aceptación o voluntad por parte del paciente, como, por ejemplo, en la atención extraordinaria de emergencia. Pese a ello, aquí también se crea una vinculación jurídica entre ambos participantes en el mismo instante que el profesional acepta tomar bajo su cargo el riesgo que involucra la atención de dicha persona y actúa a su respecto, ya sea proponiendo o ejecutando una estrategia y procedimiento de atención en beneficio de su salud o incluso de su vida. En esto último, no existe el equilibrio entre el riesgo consentido del paciente y la responsabilidad adoptada por el médico; en esta situación –se ha dicho– es el riesgo lo único que cuenta en relación a la vida o salud del paciente atendido, por lo que la responsabilidad del médico –entendemos– sólo deberá quedar limitada a la ejecución del acto

médico ejecutado conforme a su *lex artis* y a los medios que tuvo a su alcance en la oportunidad en que el mismo fue ejecutado.

En la palabra muy autorizada del profesor De Lorenzo: "el fundamento de la limitación se encuentra por tanto en la preferencia en casos límite de la salud colectiva sobre la libertad individual y el supuesto legitimado por razones sanitarias, no de otro tipo, de urgencia o necesidad. Prima aquí entonces el deber ético de atención material y de obligación deontológico"; como corolario, certera resulta también la opinión de Susana Gracia y Eugenio Laborda –distinguidos especialistas en estas materias– cuando señalan que: "la medicina sin riesgo no existe, es ingenuo pensar que por multiplicar las medidas de seguridad pueda algún día llegar a existir". Es el momento del análisis donde entran en juego el concepto sobre responsabilidad subjetiva y/o responsabilidad objetiva en la culpa del agente médico. Peligroso resulta por tanto que dicha responsabilidad dependa del criterio con que se aplique; ya que no es lo mismo presumir la culpa del hechor causante del daño que se reclama, que tener la obligación de probarla; o peor aún, que el hechor (el médico) tenga la exigencia de exculparse por el daño que produjo, aunque éste sea involuntario y no culposo. Se debe aquí recordar respecto del *onus probandi* –peso de la prueba– aquel principio que ordena como regla de validez indiscutida en el derecho común tradicional: "*incunvit provatio eu qui disit, non qui negat*". Prueba así el actor los hechos de su pretensión; prueba el demandado (o querellado) aquellos que extingan, impidan o modifiquen de algún modo la responsabilidad que se le imputa.

Existe una nueva conceptualidad para el acto médico; en ella, dicha gestión puede ir encaminada directamente hacia el propio sujeto de la intervención; o bien, producirse en forma indirecta cuando se procura la obtención o promoción de la salud –en general– respecto de la población o de una comunidad. En este sentido, se actúa mediante actos que persiguen efectos terapéuticos, aunque diferentes del propio sujeto enfermo, el que con posterioridad será objeto del tratamiento que se investiga o propone. En líneas generales, podemos decir que en esta relación profesional entre médico y paciente, se crea entre ellos tanto un vínculo de naturaleza científica, como otro de naturaleza patrimonial. Según lo hemos anteriormente definido, el primero, destinado a resguardar, sanar o disminuir enfermedades o ciertos trastornos de la salud psíquica o física del paciente; el segundo es el costo o retribución por dicho empeño profesional. Importante resulta señalar que esta relación directa y bilateral entre médico y paciente, hoy se ve reemplazada, o más bien sustituida, por formas colectivas, indirectas y tripartitas, que imponen las nuevas tecnologías, la utilización de complejos instrumentales y la necesidad de costosas instalaciones para la ejecución de tratamientos adecuados.

Según lo señalamos anteriormente, la doctrina en relación a la naturaleza jurídica del acto médico lo considera ya como producto o consecuencia de un mandato o como convención ad hoc simultánea al referido mandato; también como comisión civil sin representación o un especial contrato de trabajo, con obligación de prestar servicio a cambio de una remuneración o salario; en fin, como un arrendamiento de servicio o por último, como un contrato innominado de servicios médicos que generalmente será contractual y libremente pactado. En cada una de estas proyecciones de la actividad médica, se originan así otras tantas obligaciones, derechos y deberes que, según se dijo, responden a las diversas concepciones del acto médico. No debe olvidarse que este contrato, que preferimos llamar "asistencial o médico", es un contrato personalísimo o *intuito personae*, cuya base es la confianza del paciente en el médico tratante; es oneroso y conmutativo, con la obligación de dar una cosa que se mira como equivalente a la otra; es consensual, ya que se genera en la convención del médico y el paciente sin formalidades que deban complementar el consentimiento mutuo; asimismo, es continuado, ya que no es de ejecución en tiempo determinado, por lo que también es considerado de "tracto sucesivo". Esto, sin entrar al área de lo que se ha dado en llamar "medicina asociativa" o de grupo, en la que un número de profesionales del área ofrece sus servicios en forma colectiva, dando lugar al nacimiento de centros médicos asistenciales y otras entidades autónomas, con base legal pública, que tienen a su cargo prestaciones de salud; así es el caso de nuestras Isapres. Tal como lo expresó un distinguido decano de medicina: "la profesión médica no escapa a las variaciones que el medio y el tiempo han producido en las normas de conducta en pos del bien común"; sabias palabras que acogen el ámbito deontológico donde se desarrolla en la actualidad la labor médica y que dan origen a los derechos y deberes adscritos a esa actividad.

Derechos y deberes en el ejercicio profesional

El profesional de la salud, y en esta frase involucro a todo profesional que de alguna manera tenga relación con un acto médico o terapéutico, deberá tener en cuenta no solamente los criterios científicos aplicables al caso; sino que, además, debe tener presente también las características de su actuación en cuanto a la relatividad y modificaciones que pudieran afectarla conforme a su naturaleza, medios requeridos y tiempo para su ejecución. No olvidemos que en ciertos casos la práctica médica queda entregada al riesgo de ser objeto de reprochabilidad, aun cuando el agente en su actuación normal y previamente determinada haya observado acuciosamente el condicionamiento normativo que impone los límites y modalidades en su ejecución.

Se observa con preocupación que las reglas éticas y principios morales que guían las profesiones médicas se ven avasallados por el interés –a veces desmedido– del paciente para obtener la indemnización por el daño ocasionado en su ejercicio; esta situación subsume toda otra consideración del orden ético atemorizando al profesional, el que muchas veces opta por no intervenir para librarse de posibles responsabilidades tanto pecuniarias como personales de carácter sancionatorio penal. La consideración en la actualidad de la culpa objetiva, que sólo tiene como fundamento la ejecución del hecho, es decir, del acto médico, en la determinación de esta responsabilidad, origina el mayor riesgo que este concepto jurídico representa para su ejercicio profesional. Así la responsabilidad del profesional sobreviene por el resultado obtenido, sin mediar análisis sobre la idoneidad en su ejercicio, razón por la cual necesariamente el agente deberá, por cualquier medio plausible, disminuir el riesgo que observa y que evaluará previamente a la ejecución del acto médico que deba ejecutar. Será por tanto forzoso discernir previamente sobre la identificación del riesgo que se crea con motivo de la actuación que se pretende por el profesional médico; asimismo, ya identificado éste, desarrollar la estrategia de trabajo que excluya toda posibilidad de daño con el fin de evitar su responsabilidad aun cuando no se consiga el resultado que se persigue. No es difícil observar que de continuar la aplicación en este sentido de estos criterios de interpretación de la norma, el ejercicio profesional en materia de salud se convertirá en un campo minado por la duda que conducirá necesariamente a una inepcia profesional médica, con las consecuencias que son del caso suponer.

El modo de ejercer la medicina ha evolucionado profundamente; con este cambio también se han visto afectados los deberes y derechos del médico, derivados estos generalmente del contrato de servicios médicos celebrado entre médico y paciente; allí es donde aquellos se generan para cada una de las partes. A esto se suma que en la actualidad encontramos la oferta institucional en la atención de salud, pactada por organismos burocratizados que ofrecen el servicio al paciente mediante contratación socializada que reglamenta la ley, con reglamentaciones internas que rigen su atención y estructura. Todo ello complejiza aun más la prestación de salud, donde observamos que ésta ha ido convergiendo progresivamente a un proceso de actividad compleja e interdependiente, lo que pone al médico en situaciones difíciles de valorar por sí mismo en la hora de tomar decisiones; o lo que es más, optar por la resolución exacta que a él le corresponde garantizar en una actividad comparativa e interdependiente.

Así como Simonin señalaba que el perito médico debía actuar con ciencia, conciencia y buen criterio, podríamos afirmar que el médico debe tratar al

paciente con tacto, sentido común y, sobre todo, con sinceridad; allí se configura la buena relación base del recíproco entendimiento, a lo que podríamos agregar, por nuestra experiencia, que resulta ser piedra angular que evita en su caso la reacción agresiva del paciente.

Ciertos deberes del médico, fundamentales en su actividad profesional, como asimismo de otros profesionales de la salud, dicen relación con: la información y el consentimiento; el secreto clínico y la asistencia integral. Los analizaremos someramente.

Deber de información

El deber de información es obligación primordial del médico, de hacer saber al paciente cuál es su estado, diagnóstico de su enfermedad y tratamiento a seguir, como así también los riesgos inherentes y consecuencias de dicho tratamiento. Sin entrar en la especialidad de su estudio, tema que requiere de mayor espacio por su complejidad legal y doctrinaria, solamente señalaré que esta obligación es fundamento indispensable para el consentimiento del paciente en el ejercicio propio de su derecho de disposición sobre su propio cuerpo. De aquí deriva la doctrina que hoy día nadie discute sobre "consentimiento informado" en la gestión médica, y que en la actualidad trasciende a las diversas especialidades médicas con un señalado determinismo en su entrega para cada una de ellas. De esta forma, el facultativo deberá dar –según se infiere– una información simple, aproximativa, inteligible y leal, para que el paciente pueda tomar su decisión comprendiendo perfectamente la situación que lo afecta, lo que implica que bajo ningún respecto y en ningún caso dicha información debe ser deformada o insuficiente. En un somero análisis de lo expuesto, entendemos que dicha información debe estar exenta de complicaciones técnicas, con resultados asequibles a la percepción del paciente y por lo tanto perfectamente comprensible para él. Por último, debe ser por sobre todo sincera en cuanto a la verdad del diagnóstico, ejecución de la intervención, única o no, quirúrgica o de cualquier otra naturaleza, y lo que es más, debe ser manifestada con claridad sobre el tratamiento y posible convalecencia. Se equivocan quienes consideran que esto se resuelve con un simple documento, muchas veces un tipo de formulario. Como todo acto jurídico y humano, éste tiene sus limitaciones, de ahí la necesidad de que exista entre los contratantes de este singular contrato, una verdadera *afectio* para que dicho instrumento tenga el valor que se pretende y sea claramente reconocido por el paciente.

En todo caso, la documentación médico-legal que esta aceptación implica servirá con otros tantos documentos de esta naturaleza que deben otor-

garse en esta relación jurídica médico-paciente, para probar que efectivamente se realizó la información y que el consentimiento otorgado por el paciente es genuino y está respaldado por dicho documento. Como ordinariamente se constata, esta información y consentimiento no siempre pueden producirse en el momento oportuno y preciso donde el acto médico deba ocurrir; existen incapacidades de hecho que afectan dicha posibilidad de entrega de información por parte del médico; como también incapacidades de derecho que inhabilitan esa información; como por ejemplo sucede en el caso de un menor de edad o de un anómalo psíquico. Asimismo, existen otras circunstancias ajenas a la gestión del agente médico que imposibilitan el otorgamiento de esta información; me refiero a los casos de urgencia en la atención para salvar la vida del enfermo; o cuando razones de índole moral o de prudencia impiden que el médico emita la totalidad de esa información o parte de ella; por ejemplo, en casos de pacientes terminales o de tratamientos donde aún no se conocen sus resultados definitivos o consecuencias; esto último puede suceder cuando manifestadas estas circunstancias, el paciente insiste en dicho tratamiento porque es el único que resta para salvarle la vida. Estas excepciones constituyen lo que se entiende como "privilegio médico". Tales circunstancias de excepción ocurren casi siempre en estado de urgencia o de peligro en que se encuentra el paciente; o bien, por la incapacidad civil o psíquica en que se encuentra y que le impide comprender lo que se va a realizar en él o a su respecto.

Lo manifestado precedentemente nos lleva obligadamente al análisis del consentimiento que presta el paciente en base a una información fundada, específica y total que el médico en particular o el profesional de la salud en general debe necesariamente otorgar a quien puede trasformarse más adelante en el acreedor de lo que considera un daño cometido en contra de su persona. Ricardo de Lorenzo nos señala certeramente: "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento"; es la procedencia por lo demás en la vinculación jurídica que genera el contrato de servicios médicos debida y legalmente acordado.

La doctrina en el derecho sanitario nos trae a colación que el consentimiento del paciente no estará validado sin la concurrencia de tres requisitos fundamentales, cuales son: "información idónea; libertad de prestación y competencia en su otorgamiento". A este respecto, un primer planteamiento en la creación de la doctrina sobre el riesgo en el acto médico, atingente al profesional de la salud en general, considera la idea que el consentimiento otorgado por el paciente en cada caso conlleva necesariamente de su parte la aceptación del riesgo que involucra el acto médico consentido y del cual acepta ser objeto. De esta manera, y según lo mani-

festado, para la exculpación futura del agente médico no basta la información que necesariamente deberá contemplar el riesgo al cual será sometido el paciente, sino que éste deberá aceptarlo como cuestión integrada al acto médico que se propone; es decir, dentro de la unidad de ejecución cuyo riesgo toma sobre sí el médico a sabiendas de su existencia. Debe recordarse aquí que la información no siempre es recepcionada por el paciente, sea por falta de cultura general, sea por déficit en la educación o, por último, por falta de comprensión o capacidad intelectiva del mismo. A esto suele agregarse en ocasiones una mala transferencia en la explicación científica que hace el médico a su paciente, o debido a la complejidad que implica dicha información, la que no es comprendida sea en su contexto, sus consecuencias o su posible resultado.

Pero así como existe el deber de informar del médico en materias propias de su ciencia, como contrapartida de éste, existe el deber de información del paciente al médico, a fin de que proporcione los datos y antecedentes que serán fundamento de una anamnesis idónea y un diagnóstico preciso. Esta obligación del paciente es a su vez un derecho del médico, que puede exigir cuando –obviamente– existan incapacidades de hecho que afecten dicha posibilidad de entrega, o incapacidades de derecho como en el caso de un menor de edad o de un anómalo psíquico. Es el equilibrio que propone el derecho, cuando la obligación para uno se convierte en derecho para el otro, en forma recíproca y estrechamente vinculada.

Deber de secreto

Tal vez una de las obligaciones primordiales y de mayor relevancia del ámbito médico es la de guardar la intimidad o confidencialidad en la relación médico-paciente, lo que denominamos "secreto médico"; esta obligación es tradicional, secular, y podríamos decir que es tan antigua como la ciencia médica, contemplándose en el juramento hipocrático. Es un derecho objetivo del paciente que el profesional está obligado a respetar en forma absoluta. En otras palabras, es la obligación de sigilo que todo médico tiene respecto de los hechos que bajo su dependencia ha conocido en el ejercicio de su profesión y que incluso obliga al personal a cargo del enfermo. Es "aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien, con una parte de ese mundo", según muy acertadamente se ha señalado. Ese secreto abarca todo aquello que el médico llega a conocer del paciente con motivo de su ejercicio profesional y que de alguna manera afecta su intimidad. De ahí también la necesidad ineludible que exista un imperativo legal que permita revelar –transgredir– este secreto y aun esto dentro de justos límites y cumplimiento de requisitos.

Como es sabido, la doctrina ha sustentado dos tesis respecto del secreto profesional médico; una, que lo entiende absoluto, indica la obligación de callar siempre y en todos los casos, como afirmaba Brouardel: "**silencio ahora y siempre**"; otra, lo considera relativo ante una primera opción de infringirlo por el dictamen de la justicia, y en una segunda opción, ante la conciencia del médico. Debemos agregar que surgen diversas dificultades en la aplicación de cada una estas tesis, produciéndose en su aplicación confrontación entre los derechos del paciente y los de la sociedad, representada en estos casos por entes públicos o privados, que también ejercen sus propios y legítimos derechos. En nuestra experiencia y práctica profesional, observamos numerosas excepciones legales a este secreto, que no podríamos denominarlas infracciones, sino que definiríamos como el derecho de la sociedad protectora ante el riesgo mayor de un secreto médico absoluto. En esta controversia, encontramos la sanción penal por violación del secreto profesional que preceptúa el inc. 2° del art. 247 de nuestro Código Penal, en colisión abierta y objetiva con otras disposiciones penales y sanitarias que obligan a los profesionales a trasgredirlo en su ejercicio cuando se da el cumplimiento de requisitos que esas disposiciones legales indican. Así, por ejemplo, en casos de envenenamiento o de otro crimen o simple delito, en el decir de ese Código, como también en los casos de enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria –hoy especialmente en el caso del SIDA–; en la asistencia de heridos cuando fallezcan con motivo de sus lesiones, etc. En la ley civil, en los casos de inscripción de nacimientos o en ciertos casos de transplantes de órganos y tejidos.

No sin razón se afirma que la revelación del secreto motivada por objetivos o fines altruistas y beneficiosos a la colectividad, no sólo es aceptable, sino que además podría ser reprochable de no revelarse, toda vez que la intención está inspirada por el interés público y la sana conciencia.

Según se afirma, el secreto médico tiene una doble regulación ética y legal, que por una parte supone la obligación deontológica que rige la actuación del médico en base a un principio de derecho a la confidencialidad y a la intimidad; y por otra, encontramos el deber del secreto, derivado en la relación del médico y el paciente, el cual nace de la relación contractual que los vincula.

Es necesario insistir en este punto, cuando el secreto dice relación con el tratamiento de datos en bases informatizadas de un sector. En dicha "base de datos" se encuentra regularmente la historia clínica del afectado –paciente–, y su objetivo es precisamente conservarla más adelante para proporcionar y facilitar la asistencia sanitaria adecuada a dicha persona. Su conservación y custodia nos parece un derecho del paciente y a la vez un deber de quien la realizó y de la autoridad que dirige el lugar o centro donde se guarda y conserva. Nos parece que todos los implicados en la

asistencia del paciente se deben al secreto, custodia y conservación de esa ficha donde se consigna su historia clínica. No desconocemos los conflictos que pueden suscitarse en la controversia del deber de secreto y la necesidad de conocimiento de la historia clínica de un enfermo; conocemos por experiencia profesional la renuencia de las clínicas o establecimientos hospitalarios o del médico particular a la entrega y conocimiento de la historia clínica de un paciente; esto aun en los casos donde dicha petición es mediante orden de autoridad competente. Sin embargo, concordamos con la opinión generalizada de que el derecho de acceso a este tipo de documento médico debe tener una especial regulación, ya que la información, generalmente facilitada por el médico, no debiera transmitirse si existe riesgo de perjudicar a la persona a quien se refiere, salvo, lógicamente, orden judicial o consentimiento debidamente informado y previamente recabado de esa persona respecto de la cual debe resguardarse su confidencialidad e intimidad. Tiene un gran valor al respecto que el Consejo de Europa haya mostrado su especial preocupación por el manejo de los datos médicos en una Recomendación en la cual –hace varios años– hace resaltar la necesidad de garantizar el carácter confidencial y la seguridad de la información personal almacenada en esos ficheros, velando por que su utilización se realice con arreglo a criterios éticos, según allí se expresó. Esta preocupación ampliamente compartida para la regulación del uso de la informática en estas materias, la cual es indispensable en la vida moderna, ha producido como resultado la creación de reglamentos para las medidas de seguridad informática y de auditoría informática, donde se consignan infracciones y sanciones, plazos de implantación y diversas otras medidas, para obtener el objetivo de seguridad, identificación y autentificación de dichos documentos. Muestra de ello es el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1999 en Madrid, España.

No sólo la utilización de estos documentos médicos, sino también su tiempo de conservación y por último su destrucción, dan lugar a situaciones de difícil resolución, las que deben ser hoy día analizadas en profundidad a fin de no transgredir el secreto profesional y a la vez puedan servir como antecedente fundamental en el pronóstico y tratamiento de los enfermos.

Deber de asistencia

El deber de asistencia, esto es, de prestación del acto médico, es la obligación substancial y connatural al contrato de prestación de servicios médicos; en ella se incluye el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades, tal como lo consigna el Código de Etica del Colegio Médico, que sienta este principio en forma determinante. Siguiendo las definiciones dadas por Demogue y considerando el carácter aleatorio de la medici-

na, la obligación de prestación de servicios médicos es por regla general una obligación de medios, donde el facultativo está obligado a brindar todos los medios apropiados para lograr la curación del paciente, aunque no el compromiso definitivo de lograr un resultado. De esta manera no se obliga a la recuperación en la integridad física del enfermo, como tampoco en ciertos casos extremos podría obligarse a conservar su vida. Sin embargo, jurídicamente cabe plantearse el problema, aunque sea en ciertos casos y respecto de ciertas especialidades, para determinar qué tipo de obligación es la correspondiente a dicha prestación de estos servicios, si una de medios o una de resultados. Excepcionalmente podrá el médico obligarse a obtener un resultado determinado sobre un tratamiento aplicado a un enfermo; esto podría darse en aquellas especialidades cuya finalidad no es la curación directa del paciente, sino que el medio para lograr dicho objetivo, como es el caso de los análisis de laboratorio, radiografías, etc., ya que en especialidades como la cirugía estética aún campean discusiones doctrinarias que impiden llegar a una conclusión definitiva sobre el acto, si es de medios o de resultado. La libertad terapéutica, en el decir del Código Deontológico Español, que tiene el médico para ordenar lo que considera "más apropiado en cada circunstancia a fin de establecer el diagnóstico o terapéutica adecuada", se ve muchas veces forzada ante las varias alternativas que presenta un tratamiento y donde se debe optar para obtener lo óptimo en salud, los menores riesgos y el menor daño al paciente. De aquí nace su responsabilidad, cuando se prueba que existe una desproporción o peor aún un despropósito, al ser injustificada una intervención o equivocado el tratamiento señalado.

Esta obligación de prestación de servicios, que adquiere en nuestra legislación las características del deber de cuidado en el ejercicio profesional, que sin limitaciones lo llevan a respetar bajo toda circunstancia la vida de sus enfermos, se vincula íntimamente con la otra obligación de cumplimiento del enfermo, que no es otra cosa que su colaboración para seguir en forma estricta el tratamiento propuesto por el médico. De igual forma esta obligación del paciente se transforma en un real derecho para el médico, quien podrá exigirla en su caso y hacerla valer como defensa, para impugnar la acción donde se persigue su propia responsabilidad. En esta omisión del paciente, en su incumplimiento, la doctrina habla de una "negligencia cooperante", donde el paciente transgrede las instrucciones recibidas o, peor aún, no las ejecuta o adopta un tratamiento diferente indicado por un tercero. Recordemos con Cumsille, **"que la medicina nace de la acuciosa observación de síntomas y signos, tamizados con alto espíritu ético y apartando todo aquello sobrenatural y no demostrable".** De ahí también que los avances de esta ciencia, con nuevos descubrimientos y tecnologías, no sólo cambian el quehacer del médico, sino también aquellos factores que inciden o deciden sus deberes y obligaciones.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Consecuencia natural y legítima de la prestación del servicio es el derecho del médico a la justa remuneración o retribución de sus servicios; ella es independiente de los resultados del tratamiento, precisamente porque se considera que su gestión es de medios y no de resultados. Así lo consagra el Código de Etica Médico. Esta obligación del paciente y derecho del médico es de la naturaleza del contrato de servicios médicos, obligación que debe entenderse incorporada en él sin necesidad de cláusulas expresas en su determinación, generalmente será un pacto informal y oral.

La obligación de prestación de servicios conlleva necesariamente al conocimiento del médico respecto de los elementos, procedimientos y postulados normales y actuales de la medicina. Es por lo demás lo que impetra el Código Deontológico al exigir calidad científico-técnica y eficacia en la atención prestada para poder ofrecer los conocimientos correspondientes mediante el equipamiento técnico que el caso requiera. Se trata de dar "la mejor atención posible dentro del criterio clínico suficiente" fuera de los casos de excepción en que se deba enfrentar la única posibilidad terapéutica en esa oportunidad. **Así también el facultativo se encuentra en la obligación ineludible de efectuar todos aquellos tratamientos que la ciencia le señale y que la tecnología le permita;** en otras palabras, jamás debe abandonar al paciente, salvo en aquellos casos en que exista la necesidad de una especialidad diversa a la suya, situación donde deberá tomar todas las medidas para cubrir el espacio que requiera dicha derivación. También aquí puede sobrevenir la responsabilidad por abandono, el que podría producir un agravamiento de la patología del enfermo o incluso su muerte.

No siempre el deber de asistencia puede proporcionarse al paciente en tiempo y oportunidad; así, aun contra la voluntad del médico y obviamente del paciente, cuando el tratamiento o intervención no son posibles por razones ajenas a los participantes en el acto médico, surgen otras responsabilidades y riesgos, debido a lo que se ha denominado la "perversión del sistema sanitario", fuente también de las conocidas "listas de espera", especialmente en los establecimientos donde se proporciona atención pública a los enfermos. No escapa a dicha perversión –entendemos– ningún país del mundo y menos los nuestros de Hispanoamérica. De ahí, se afirma, lo paradojal que significa que estemos empeñados en la protección de la salud del ser humano, sin que aún seamos capaces de crear las condiciones indispensables para hacerla efectiva en tiempo y oportunidad. Es así que de acuerdo a los criterios de asistencia sanitaria que el médico determina simplemente en base a la eficacia de una calificada terapia para el paciente, por causa ajena, no puede intervenir en la selección del enfermo para su asistencia. Este problema se observa más agudo en los casos de cirugía de alta especialidad, de servicios de cuidados intensivos, de pro-

gramas de trasplantes de órganos y de tejidos, etc. Todo ello nos conduce a cualificar la preferencia en base a criterios utilizados de evaluación para elegir al posible candidato a la terapéutica o tratamiento indicado, quedando en juego el grado de urgencia médica, la supervivencia de unos y de otros, la edad del paciente, el orden en la lista de espera, la especialidad médica a tratar, etc., todo lo cual debería encontrarse fuera de exigencia de la responsabilidad médica. Ordinariamente quienes efectúan la selección de los pacientes a estos respectos no tienen con él una vinculación directa, por lo que la angustia moral solamente será del médico tratante o de quienes deben advertirle al enfermo que debe aguardar el tiempo necesario para su intervención o tratamiento. En el extremo opuesto de esta argumentación, se afirma que las referidas listas de espera pueden constituirse en argumento sólido para la petición de recursos por el establecimiento hospitalario que las tiene, cuando son utilizadas según se ha dicho: "como indicadores de insuficiencias de medios técnicos y humanos, lo que a la postre justificará social y políticamente el incremento de las inversiones para el desarrollo de dicho centro hospitalario". De esta manera se premia el déficit, la insuficiencia y, por qué no decirlo –en muchos casos–, la inoperancia y la falta de inteligencia en la administración del centro que así lo requiere.

Finalmente, en esta escueta síntesis de ciertos derechos y deberes de los médicos, y sin entrar a un análisis específico, podemos también enumerar algunos que resultan ser complemento de otros o derivan o son consecuencia de ellos; así podemos mencionar: el deber de derivación del paciente; de interconsulta, de certificación de enfermedad, etc., y respecto de los deberes del paciente: la lealtad en su información, la manifestación de nuevas consultas, el cumplimiento con la institución intermedia de asistencia, etc.

La violación o infracción de estos deberes dará lugar a la responsabilidad del profesional, que se hará patente dentro del determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado. La infracción de sus obligaciones por parte del paciente devengará en la exculpación del médico respecto del daño producido, o en otra área del derecho, la inimputabilidad respecto del acto culposo.

Los derechos y obligaciones en el acto médico han ido variando con el tiempo, de tal forma que el fundamento de la responsabilidad en general resulta ser en definitiva el hecho dañoso, que así ha desplazado al acto ilícito; esto resulta porque existe una creciente preocupación por la víctima, en este caso el paciente, en su aceptación última y general de quien recibe la indemnización por el daño; en otras palabras, es el reemplazo del concepto tradicional del acto ilícito que causa la sanción civil, por el con-

cepto de hecho dañoso que produce una reacción contra el daño injusto, transfiriendo, según lo vimos anteriormente, el peso de la prueba al dañador, que es en este caso el médico. Se trata así de evitar una contratación desigual y desequilibrante, donde por una parte está el profesional equipado con el saber de su ciencia, y por la otra, se encuentra el paciente ignorante de la ciencia, entregado a la sabiduría de su médico, su posible y futuro dañador, según la doctrina de la culpa objetiva, que se abre paso hoy en día en estas materias.

Se asiste a cambios profundos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, donde se puede observar la disputa entre la culpa y el riesgo, en cuanto crean o fundamentan criterios en la imputación de la responsabilidad sanitaria. Estos resultados, porque en nuestras sociedades en general existe una apertura al conocimiento del ordenamiento jurídico que protege al individuo en diversos aspectos de su vida de relación; así donde no existen medios probatorios o es muy difícil probar los hechos productores del daño, se prescinde de la culpa del agente y se acepta directamente la responsabilidad objetiva por el daño causado. Es el concepto de responsabilidad general por el daño causado que contiene el Código Civil español en su artículo 1902 y el Código Civil chileno en su artículo 2314, inspirados ambos en la codificación francesa. Lo que es inobjetable es que el acto médico genera siempre riesgo y el riesgo genera siempre responsabilidad de parte del agente; ahora bien, si bien la responsabilidad debe probarse, el peso de la prueba conforme a uno de estos sistemas recaerá en el acusador o en el acusado indiferentemente según sea la doctrina aplicada por quien deba resolver este asunto. Es el peligro resultante en la pérdida de la objetividad. No es fácil por tanto resolver sobre la responsabilidad del agente médico, ya que, por una parte, se deberá observar la aplicación rígida de la *lex artis* médica conforme a su reglamentación y conocimientos vigentes en la oportunidad del acto médico, como así también se deberá sopesar la entidad y calidad del daño ocasionado con motivo de la ejecución de dicho acto. En ambos casos, deberá discernirse sobre la interpretación jurídica que se dará a estos hechos conforme la petición al resolutor, sin perder de vista –considerándolos- factores de gran importancia como son la oportunidad y los medios con que se contaba al momento de ejecución del acto.

Espero que este somero análisis de algunos de los más importantes deberes y derechos del médico, en el amplio campo del Derecho Sanitario, aún sin entregar un conocimiento profundo sobre estas materias, sirva a lo menos como inspiración e iniciativa para quienes se interesan en la resolución de la compleja problemática que hoy nos propone la medicina moderna.

Una experiencia práctica en la enseñanza de la Etica[1]

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Amaya Alvez Marín
Profesora de Derecho Político
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Departamento de Historia y Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Explicación necesaria

Durante el pasado año académico fui invitada a formar parte de un equipo de docentes que ofrecería cursos de "Etica Funcionaria" a empleados del Poder Judicial, capacitación a cargo de la Academia Judicial, ofrecimiento que gustosa acepté. Se acordó que cada uno de los profesores participantes abordaría las materias propias de su especialidad, lo que en mi caso se orientaba al derecho político. La diferencia entre los objetivos planteados y la recepción obtenida me llevan a relatar esta positiva experiencia, que podría servir para subrayar la importancia y actualidad del tema tratado.

La primera dificultad fue establecer las materias a enseñar, dado que no se trataba de profesionales del derecho, en cuyo caso se habría tocado directamente el tema "Etica Profesional o Deontología Jurídica", sino que más bien de funcionarios públicos, que por la labor que debían desarrollar se desempeñaban en materias propias de la administración de justicia.

[1] Esta gratificante experiencia en la enseñanza de la Ética sólo fue posible gracias al equipo liderado por el profesor Dr. Jesús Escandón Alomar , integrado además por el profesor Sr. Andrés Irarrázaval Gomien y la ayudante Flavia Carbonell Bellolio. Todos los errores en que pudiera haber incurrido la autora sólo son imputables a ella.

1. El ser humano y su carácter social

Abordamos en un inicio el concepto de ética, lo que a menudo es considerado una tarea difícil y la clasificamos como Aristóteles dentro de las virtudes prácticas, aquellas costumbres que corresponden o no a la naturaleza humana.[2] Se trataba, por tanto, de hacer comprender a aquel grupo de entusiastas alumnos que la Etica se interesa por las normas de conducta de los seres humanos que conforman grupos sociales, o sea, por la vida diaria de cada uno de ellos.

Iniciamos el curso circunscribiendo la realidad a estudiar las características del ser humano y las sociedades necesarias y voluntarias que él integra.

En cada caso y según lo había definido el equipo docente, trataríamos la parte teórica para luego abrir espacios de conversación e intercambio de experiencias de los propios alumnos. Las conclusiones, fruto de la reflexión teórica y práctica, de este primer capítulo fueron:

1.1. El ser humano es la mayor creatura, posee facultades superiores a los restantes animales, cuales son la inteligencia y la voluntad. A pesar de ello, es un ser limitado, pero cuya tendencia natural es al bien (a la moralidad). Fruto de esto es que los actos inmorales escandalizan, ya que se espera lo moral. En estricto rigor es propio del hombre caer, interesante resulta conocer las razones de la caída.

1.2. Analizada la característica social del ser humano, examinamos la clásica frase aristotélica referente al tema:

"el que por ser para sí mismo suficiente no tiene necesidad de cosa alguna, ninguna parte es de la ciudad; de manera que o será bestia o será Dios".[3]

La conclusión fue que la convivencia implica la idea de ayuda recíproca, el ser humano es un ser material y efectivamente vinculado a personas y cosas, a través de estos vínculos –familia, cultura, amigos, trabajo y patria– se desarrolla como persona. Significa, el ser un ser social, que la vida en solitario nunca lo hará feliz, ya que no puede por sí sólo resolver todas sus necesidades. Ej.: afecto, compañía.

---

[2] Para mayor ilustración al respecto: José Ferrater Mora, *Diccionario de la Filosofía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, páginas 1141 y siguientes.
[3] Aristóteles, *La Política*, Libro I, 1253a.

2. Fin de la sociedad política: la búsqueda del bien común

Nos referimos a la familia como sociedad necesaria, núcleo de la sociedad mayor, a las entidades intermedias que nutren la vida en sociedad y finalmente a la sociedad perfecta en el plano temporal: el Estado, y a su fin específico: la búsqueda del bien común. Se analizó el bien común en su acepción clásica o tomista entendido como: ***"adecuado modo de relación, entre las personas que componen una sociedad que les permita a todas y cada una de ellas alcanzar su fin individual en la mejor medida posible".***[4]

Señalamos como conclusiones de esta concepción el que el bien común no se opone al bien individual, pero significa en ciertos casos una limitación o restricción. Por ello el ser humano debe poder anteponer en ciertos casos el bien de toda la sociedad a su bien individual; ej. pago de impuestos, combatir en una guerra, prestar ayuda ante una catástrofe, respeto de las reglas del tránsito e incluso normas de convivencia social. Se resaltó también que la responsabilidad frente al bien común no es igual para todos los ciudadanos, ya que dependerá de la función que le toque desarrollar al interior de la sociedad. El bien común se traduce por tanto en dos deberes fundamentales:

2.1. Intervenir según las propias posibilidades en la vida pública (juntas de vecinos, clubes deportivos, organizaciones sindicales e incluso sufragar en conciencia), situación que ilustramos con la siguiente frase de Cicerón: "Hay algunos que, por dedicarse sólo a sus negocios o por ser insociables, se aislan alegando que no hacen mal a nadie. No se dan cuenta de la injusticia que cometen al desentenderse de la sociedad y no emplear en su servicio ni su atención, ni su trabajo, ni sus cualidades".

2.2. Colaborar en la configuración del bien social, aportando las propias capacidades personales.

Les pareció sorprendente la relación entre el bien individual y el bien común y la obligación del Estado de respetar en la medida de lo posible el logro individual del bien. Estudiamos asimismo que todo lo antes explicado se contenía de forma armoniosa en nuestra Constitución en su artículo primero al señalar: "...El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

[4] Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, c. 29, a3.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...",[5] lo que resultó, al menos para mi alumnado, una sorpresa.

A esta altura debo reconocer que estaba entusiasmada, mis oyentes, varios lustros mayores que yo, a pesar de los malos augurios formulados por profesores más antiguos, desencantados seguramente de la realidad, estaban atentos, dispuestos a participar y a aprender.

3. Función de administrar justicia

Analizamos dentro de las funciones del Estado moderno, la de administrar justicia y el estar íntegramente regido por el Derecho. Repasamos las conclusiones básicas de la forma de gobierno democrática, que exige que el poder sea ejercido a través de distintos órganos, evitando así una concentración de poder en uno solo, lo que puede afectar la libertad, ya que en un sistema de distribución de funciones pueden establecerse los contrapesos recíprocos y las limitaciones mutuas.

Ante una vida social siempre conflictiva, se han dado históricamente tres vías de solución:

– Composición, reconciliación o conciliación entre los litigantes.

– Uso de la fuerza para resolver el conflicto.

– Constitución de una fuerza pública con atribuciones suficientes para hacer cumplir lo sentenciado, incluso por la fuerza. Esta recibirá el nombre de Función Jurisdiccional y ha sido conceptualizada por la propia Corte Suprema en sentencia de fecha 3 de mayo de 1965 como: "Delegación de la soberanía, con referencia a la función de la justicia. El juez obra actuando la ley y esta actuación de la ley a través del tribunal correspondiente es el fin de todo proceso, la resolución judicial que se dicta en ese proceso contiene el reconocimiento o reintegración de un derecho, esto es, restablecer a quien es su titular en su ejercicio".[6] Esto sin duda permite mantener la sociedad política en paz. Por tanto, el acto jurisdiccional consiste en buscar

[5] Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 8ª edición, diciembre de 2000.
[6] C. S. T. LII, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, página 57.

y determinar el Derecho que resulta de la Constitución, las leyes y demás disposiciones jurídicas, o en base a los principios de equidad con pleno respeto de la naturaleza humana, a fin de aplicarlo a cada uno de los casos de que se hacen cargo los tribunales.[7] Los órganos estatales a cargo de la función jurisdiccional son, fundamentalmente, los Tribunales de Justicia. Llegamos por tanto a una importante premisa: Es enorme la responsabilidad ética de quienes laboran en los Tribunales de Justicia, ya que de una norma jurídica abstracta, tras la intervención de esta institución, se determinará su aplicación a un caso concreto, con consecuencias muy importantes para personas específicas: como por ej. la pérdida de la libertad personal , el pago de una indemnización o el término de la tuición de los hijos.

Aquilataron por ello la importancia del rol que les tocaba desempeñar. Concluimos que de su actuación proba y ética podía depender en buena medida la paz social de un Estado. Fruto de las conversaciones mantenidas con el curso, con una participación y atención que querría cualquier profesor de postgrado, enumeramos algunas condiciones necesarias para ejercer adecuadamente la función judicial:

3.1. Integridad derivada de la práctica de las virtudes personales y sociales, materia que fue desarrollada al interior del curso.

3.2. Uso adecuado de la inteligencia y la voluntad (distintivo del ser humano)

3.3. Estudio de la función que le corresponde desempeñar. En este punto detuvimos el análisis para resaltar la importancia de conocer la labor que se debe desempeñar y el esfuerzo constante que debe realizarse para mantener ese conocimiento actualizado.

3.4. Responsabilidad en el ejercicio de su cargo.

3.5. Honestidad y probidad en su calidad de empleados públicos.

3.6. Discreción.

3.7. Gratuidad.

3.8. Solidaridad.

Cada una de esta conclusiones fueron ejemplificadas con el objeto de hacerlas más asequibles.

---

[7] Al respecto es interesante la postura de don Pablo Rodríguez Grez en su obra *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

4. Razones más comunes por las cuales las personas no actúan éticamente

Finalmente, nos concentramos en descubrir las razones más comunes por las cuales las personas no actúan éticamente. Mi objetivo fue desde un inicio mantener el análisis en la realidad práctica de mis alumnos. Por esto iniciamos el análisis exponiendo brevemente las dificultades de la mentalidad moderna para entender el problema moral:

- **La fragmentación del yo humano**, ya que se sobrevalora el éxito profesional o económico por sobre la idea de una vida íntegra, completa en todos los sentidos.

- **El naturalismo instintivo** significa que la felicidad se identifica con seguir y actuar según el dictado de los instintos. El grave problema es que en este esquema el hombre no se autolimita por el bien de otros.

- **El racionalismo**, en el cual se entroniza la razón como el único instrumento que puede decidir lo que es bueno y lo que es justo. En este esquema se proclama la frase de Descartes *"Pienso, luego existo"*. Lo que nos llevaría necesariamente a sostener de forma evidentemente errónea que las cosas deben ser como yo las pienso.

- **La existencia de una falsa libertad (autonomía)**. La concepción actual de libertad es hacer lo que se quiera, no depender de nada ni de nadie, se rechaza la autoridad y la tradición, lo que no concuerda con la realidad y a la larga produce frustración al no lograr los objetivos añorados.

Luego nos concentrarnos en reseñar los criterios necesarios para entender el fenómeno moral:

- **El realismo**. Se basa en que el conocimiento de un objeto es impuesto por la realidad, las cosas son lo que son, aunque yo no las comprenda. Este es justamente el problema de las ideologías, que pretenden dar una explicación e interpretación propia a toda la vida del hombre, desconociendo en muchos casos la realidad.

- **El uso adecuado de la razón y el sentimiento**. El sentimiento es considerado la reacción provocada por la realidad cuando entra en el horizonte de nuestra razón. El sentimiento sólo nos acerca al objeto, lo importante es que no se imponga a la razón, creando un pre-juicio. Aristóteles señalaba: "Las cosas existen, luego las puedo conocer".

- **Respeto por la libertad humana**. La verdadera libertad se produce cuando amamos la realidad en la cual estamos insertos. Esta última condición nos permitió reflexionar sobre las obligaciones personales que cada uno tiene en la mejora de su ambiente familiar y laboral.

Circunscribimos la ética sólo a los denominados *actos morales,* que son sinónimo de actos libres, voluntarios, imputables, excluyendo por tanto:

- los actos meramente naturales, por ej. la digestión.

- los físicamente coaccionados, que llegan a anular completamente la voluntad, por ej. actos terroristas.

- los no imputables, efectuados por enfermos mentales graves, niños pequeños, etc.

Por ello las condiciones para estar ante este acto moral son dos:[8]

1ª. Conocimiento o advertencia. Que se sepa lo que se hace o lo que se está haciendo, que exista conocimiento de la relación entre el acto y el orden moral, conocimiento que debe ser anterior a la realización del acto.

Impedimentos:

- **Ignorancia**: de aquel conocimiento que se debe y se puede tener. No es excusa en materia jurídica, si puede serlo en el orden moral. La ignorancia que mayor gravedad reviste es la conscientemente falsa que no quiere poner los medios para vencerla. La única que exime de responsabilidad es la ignorancia invencible, aquella que no está consciente de serlo. Fue interesante comentar, a modo de confesión, que la gran mayoría de los participantes en el curso declaraban haber comenzado a desempeñar su cargo sin conocer, con el detalle deseable, la labor que debían realizar. Dado esto mismo, reconocían como muy positivo el esfuerzo realizado por la Academia Judicial para formarles en aspectos laborales y éticos.

- **Error**. En el acto humano puede que el sujeto considere buena una acción que en esencia es mala, se trataría por tanto de un error. Debemos distinguir si se trata de un error vencible (si se tienen todas las herramientas para salir del error, para tener una advertencia plena, y no se sale del error por falta de diligencia) o invencible (de manera que el sujeto no tenga la posibilidad de superarlo).

[8] Esta materia fue extraída de la obra *Deontología Jurídica,* del autor Rafael Gómez Pérez, Colección Jurídica, Eunsa, Pamplona, 1988.

2ª. La voluntariedad. La voluntad del ser humano se traduce en el consentimiento, esta voluntad puede estar dirigida directamente a un fin o aceptarlo indirectamente.

Respecto de los impedimentos, nos referimos brevemente a:

1º Las pasiones. *Entendidas como "sentimientos de atracción o repulsión frente a un mal o un bien conocido por los sentidos, lo que provoca cierta conmoción en el organismo".*

Las pasiones antecedentes aumentan la voluntariedad del acto, pero disminuyen su libertad. Las pasiones directamente queridas (odio, ira, tristeza o desesperación) aumentan la responsabilidad moral. Los asistentes reconocían que en numerosos casos eran estos aspectos de la vida sensitiva del hombre los que les impedían desempeñar correctamente su función.

2º. Fuerza o violencia. El acto violento condiciona la voluntad de la persona.

La violencia no suprime nunca la libertad del hombre, pues éste es capaz de dar la vida por defender su conciencia. Si no existe consentimiento interno, no existe culpa.

3º. Miedo. Influye también en la voluntariedad, aunque no la suprime. Se concepualiza como "el titubear de la mente ante un mal próximo". Art. 10 N° 9 CP.

4º Los hábitos. Algunas actuaciones no éticas están enraizadas en hábitos adquiridos, puede que por la fuerza de un hábito inmoral, la persona realice actos que de reflexionar cuidadosamente reprobaría; no varía sin embargo su responsabilidad, pero disminuye la libertad. Por ejemplo, quien ha adquirido el hábito de mentir es culpable moralmente cada vez que miente, aunque tenga la impresión de que lo hace sin darse cuenta.

Ej: persona habituada a recibir dinero por efectuar favores es responsable por haber adquirido ese mal hábito, por no desarraigarlo y por cada acto de injusticia que cometa.

5º. Influencias del ambiente: en este punto convinimos que un ambiente corrupto era proclive a la aceptación de conductas éticamente reprobables y buscaba su "legitimación", por ello era tan importante el sancionar de manera drástica estas conductas para evitar que se transformen en habituales.

Breve conclusión general:

- Lo primero es destacar el entusiasmo de esta veintena de funcionarios judiciales por aprender y aplicar a su vida concreta estas materias.

- Comprobar, una vez más, que se ha intentado, de manera poco inocente creemos, abstraer y subjetivizar el estudio de la ética, reduciéndolo a un plano meramente personal.

- Descubrir la importancia que tiene conocer y cumplir a cabalidad con el rol social de la labor que se desempeña, no sólo en el plano laboral sino que también ético.

- Resaltar, por último, que la manera de mejorar la conducta ética de las personas pasa por reconocer su calidad de seres racionales, dotados de voluntad e inteligencia, pero a la vez de libertad. Por lo que, a pesar de su tendencia natural al bien, deben existir los mecanismos apropiados y severos para sancionar adecuadamente las transgresiones al deber ético de cada persona, lo que en el caso de nuestro país está lejos de cumplirse.

Tema central II

Fallo Tribunal Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía

La discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998

Actualidad Jurídica ha querido presentar a sus lectores un panorama general sobre la discusión doctrinaria existente en nuestro medio jurídico acerca de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, así como la manera en que este debate fue zanjado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 8 de abril de 2002, recaída en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Nos parece, como Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, que es preciso un esfuerzo académico por colaborar en suministrar los antecedentes necesarios para que quien desee opinar sobre temas trascendentes cuente con los medios apropiados para formarse su propio juicio y pueda dar una opinión fundada. En un mundo mediático, en que se trabaja fundamentalmente a base de imágenes y de sensaciones, conviene sustraerse de tales influencias para poder reflexionar sobre temas que alcanzan nada menos que a las bases de la institucionalidad chilena.

Actualidad Jurídica expresa su agradecimiento a los alumnos señores Jorge Cash y Carlos Lira por su ayuda en la recopilación de trabajos sobre las materias aquí tratadas.

I. Origen de la discusión acerca de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos frente a la Constitucion Política de la República

En su texto original, el artículo 5º de la Constitución de 1980 disponía:

"Artículo 5º. 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. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.[1]

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".[1bis]

[1] Ley de Reforma Constitucional Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989.

[1bis] Véase Roberto Contreras Olivares, Relator de la Corte Suprema, *Fallos del Mes*, Documento Nº 24, *Tratados Internacionales. Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia penal.* Garantías fundamentales (1990-2001). Junio 2002.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

II. Tratados internacionales vigentes en Chile en materia de derechos humanos en el año 1989, epoca de la reforma constitucional

NOMBRE DEL TRATADO INTERNACIONAL	DECRETO PROMULGATORIO	DIARIO OFICIAL
Convenio internacional destinado a asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de "trata de blancas".	Nº 666, 7 junio 1935	18 junio 1935
Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas.	Nº 666, 7 junio 1935	18 junio 1935
Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños.	Nº 697, 25 abril 1930	20 mayo1930
Convención sobre condición de los extranjeros.	Nº 941, 4 septiembre 1934	14 septiembre 1934
Protocolo referente a un cierto caso de apatridia.	Nº 341, 3 abril 1935	16 abril 1935
Convención internacional relativa a la represión de la trata de mujeres mayores.	Nº 343, 3 abril 1935	15 abril 1935
Convención sobre nacionalidad de la mujer.	Nº 1.123, 31 octubre 1934	12 noviembre 1934
Convención sobre asilo político.	Nº 492, 6 mayo 1935	17 mayo 1935
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.	Nº 316, 5 junio 1953	11 diciembre 1953
Convención sobre el estatuto de los refugiados	Nº 287, 8 junio 1972	19 julio 1972
Convención sobre los derechos políticos de la mujer.	Nº 530, 23 agosto 1967	30 septiembre 1967
Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.	Nº 764, 4 noviembre 1971	30 noviembre 1971
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.	Nº 747, 26 octubre 1971	12 noviembre 1971
Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados.	Nº 293, 9 junio 1972	20 julio 1972
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.	Nº 326, 28 abril 1989	27 mayo 1989
Pacto internacional de derechos civiles y políticos.	Nº 778, 30 noviembre 1976	29 abril 1989
Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos *	Nº 747, 15 junio 1992	20 agosto 1992

* No estaba vigente a la época de la reforma constitucional de 1989.

NOMBRE DEL TRATADO INTERNACIONAL	DECRETO PROMULGATORIO	DIARIO OFICIAL
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*	Nº 789, 27 octubre 1989	9 diciembre 1989
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Nº 808, 7 octubre 1988	26 noviembre 1988
Convención sobre los derechos del niño.*		27 septiembre 1990
Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer.	Nº 310, 22 abril 1975	26 mayo 1975
Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer.	Nº 310, 22 abril 1975	26 mayo 1975
Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica).*	Nº 873, 23 agosto 1990	5 enero 1991
Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.	Nº 809, 7 octubre 1988	26 noviembre 1988
Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.	Aprobada en la Novena Conferencia internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.	
Declaración Universal de Derechos Humanos.	Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre 1948	
Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos.		29 marzo 1977
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.		17, 18, 19 y 20 de abril 1951
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.		17 abril 1951
Convención sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra.		18 abril 1951
Convenio de Ginebra sobre protección de personas civiles en tiempos de guerra (convenio IV).		19 y 20 abril 1951
Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.*		28 octubre 1991

* No estaban vigentes a la época de la reforma constitucional de 1989.

NOMBRE DEL TRATADO INTERNACIONAL	DECRETO PROMULGATORIO	DIARIO OFICIAL
Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II).*		28 octubre 1991
Convención sobre el estatuto de los apátridas.		No está vigente en Chile
Convención para prevenir y sancionar actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstas tengan trascendencia internacional (Washington D.C., 1971).		No está vigente en Chile
Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.		No está vigente en Chile
Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte.		No está vigente en Chile
Convención sobre esclavitud; protocolo que modifica convención y convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a esclavitud.		
Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores.*		17 junio 1994
Convención sobre traslado de personas condenadas.*		3 noviembre 1998
Competencia del comité de derechos humanos del pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 41).**	Nº 41, 7 enero 1991	24 octubre 1991
Convención internacional contra la toma de rehenes.		8 enero 1982

* No estaban vigentes a la época de la reforma constitucional.
** No estaba vigente al modificarse el artículo 5º C.P.R.

III. La dificultad de especificar los derechos humanos fundamentales atendidas las distintas generaciones que de éstos existen

El profesor Squella[2] indica una clasificación de los derechos humanos atendida la época de su generación.

De **primera generación** son los derechos personales, que se refieren a la autonomía personal, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a no ser detenido ni privado de libertad en forma arbitraria. El Estado asume únicamente una obligación de carácter negativo, esto es, de no agresión ni de interferencia del poder en la vida de las personas.

De **segunda generación** son los derechos políticos que permiten participación, como el derecho a sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

De **tercera generación** son los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos de la autoridad en la orientación y en el contenido de las decisiones del gobierno. Son ejemplos de ellos el derecho al trabajo, a la salud, a la educación y a la previsión.

De **cuarta generación** son los derechos relacionados con las nuevas tecnologías, como la informática, y la preservación del medio ambiente.

El R. P. Osvaldo Lira[3] plantea que no hay ninguna duda de la existencia de los derechos humanos. Sin embargo, su hipertrofia contrasta con el desconocimiento o rechazo de los derechos que son propios y primitivos de Dios. Si se niegan los derechos que corresponden a Dios, y se pretende que el orden humano es el único posible, ciertamente la atribución de humanos a los derechos es redundante. Solamente es posible hablar de derechos humanos si éstos están subordinados a otros derechos suprahumanos, que son los de Dios Creador y Providente. Así se respeta y guarda la debida jerarquía. Pero la prescindencia de esa construcción jerárquica mediante la eliminación de los derechos de la Divinidad, hace que los derechos humanos carezcan de fundamento. Por otra parte, si se habla sólo de derechos, la persona humana es mutilada, porque en las personas racionales se hallan radicadas ciertas facultades que reciben el nombre de derechos subjetivos, cuyos correlativos se denominan obliga-

[2] Agustín Squella Narducci, "¿Nuevas generaciones de derechos humanos?", en *Estudios sobre Derechos Humanos*. Jornadas Académicas, págs. 191 y 192. Edeval, Valparaíso, 1991; y en *Introducción al Derecho*, págs. 195 y ss. Editorial Jurídica de Chile, año 2000.

[3] Osvaldo Lira Pérez, *Derechos Humanos. Mito y Realidad*. Publicaciones Nuevo Extremo, Santiago de Chile, 1993.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

ciones y deberes. Todo lo cual dimana de su condición espiritual, que es la que habilita al conocimiento de sí mismo.[4]

IV. La discusion suscitada en torno al inciso 2º del artículo 5º de la Constitucion y la incorporación al derecho interno de los tratados sobre derechos humanos y su jerarquia normativa

A) Tesis de la incorporación automática al derecho interno de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía normativa igual o superior a la Constitución de la República.

1) Humberto Nogueira Alcalá[5] señala que el procedimiento de incorporación del derecho internacional al derecho interno consiste en el hecho que una norma internacional pase a formar parte automática del derecho interno. A su juicio, es el caso del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución de Chile de 1980. La reforma constitucional de 1989 agregó a este inciso segundo del artículo quinto una oración final que introduce en el derecho interno una cláusula clara de incorporación de los tratados de derechos humanos a nivel constitucional, introduciendo el derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución. En su parecer, el texto constitucional reformado en el año 1989 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un reforzamiento en la defensa de los derechos humanos, como asimismo, una alteración de la jerarquía normativa, al menos en lo que se refiere a los tratados en materia de derechos humanos. El referido precepto establece, según este autor, dos modalidades de institucionalización de derechos: la que emana de la propia norma constitucional y la que procede del tratado internacional. Esta última modalidad permite incorporar a la Constitución material los derechos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o los que no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma a la

[4] La trastrocación del orden de las cosas resulta manifiesta si se considera la experiencia de la película "La última tentación de Cristo" en el foro interamericano, en oposición a la defensa al extremo que se hace de la flora, la fauna y del medio ambiente a través de la denominada ecología profunda.
Las advertencias y precisiones del R.P. Osvaldo Lira son, en verdad, proféticas. Y hacen mirar con recelo las corrientes de pensamiento que se mueven en el ámbito internacional, como se apreció en la Conferencia de El Cairo, en Béijing + 2 y otros certámenes análogos.

[5] Humberto Nogueira Alcalá, "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, págs. 881 y ss., año 1993. Del mismo autor, véanse "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis, Derecho en la Región*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, "Constitución y Tratados Internacionales", págs. 9 y ss., año 2 Nº 2, Talca, Chile, 1997; y "Bases de la Institucionalidad", en *Derecho Constitucional*, Tomo I, de Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humbero Nogueira Alcalá, págs. 109 y ss., Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1999.

Constitución. El tratado de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecido por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento derivado del capítulo XIV de la Constitución. Afirma que si fuera necesaria una reforma constitucional no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad de dicho órgano acatar el mandato constitucional, vulnerando las normas de *ius cogens: bona fide* y *pacta sunt servanda*. Concluye diciendo que nuestra Constitución ha reconocido la existencia de normas que contienen derechos, los que, al limitar la soberanía, se ubican sobre la potestad constituyente derivada, conformando normas que se imponen a ésta, siendo de alguna manera supraconstitucionales.

2) Cecilia Medina Quiroga[6] dice que la enmienda al inciso segundo del artículo quinto de la Constitución reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó algunos elementos para hacer más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.

A su juicio, otros argumentos apoyan su posición. El primero dice relación con el hecho de que el derecho internacional, incluyendo los tratados, tenía validez en Chile desde antes de la reforma. Existían tratados internacionales celebrados entre Chile y otros Estados, que se entendían incorporados al ordenamiento jurídico interno; los tribunales chilenos aplicaban el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho; Chile reconocía incluso el *ius cogens*, puesto que ratificó en 1981 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 53 establece la nulidad de los tratados que estén en oposición con él. En suma, el ordenamiento jurídico chileno no requería de una disposición como la enmendada para el solo efecto de darle validez interna a los tratados internacionales que consagran derechos humanos. Ellos eran ya válidos desde antes. Agrega que si las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una misma categoría que la ley, un fortalecimiento sólo podía referirse a clarificar que las normas internacionales sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales tenían rango constitucional y que cumplían el mismo papel principal, por lo menos teórico, que los derechos humanos establecidos en la propia Constitución. Esta clasificación –señala la autora– tenía sentido, puesto que

[6] Cecilia Medina Quiroga, "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, págs. 53 y ss., Cuadernos de Análisis Jurídico, 6, serie publicaciones especiales, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Chile, 1996. Con el financiamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores Holandés de Derechos Humanos (SIM) y el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht, Holanda.

los derechos consagrados en tratados internacionales no son necesariamente los mismos que los establecidos en el artículo 19 de la Constitución y porque, además, ellos se incorporan con un rico acervo jurisprudencial formado a lo largo de los años, desde que empezaron a funcionar los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Además, la clarificación reconocía, de este modo, la igualdad de todos los derechos humanos, independientes de la fuente de que ellos emanaban.

La autora, por otra parte, rebate la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio del procedimiento único señalado en el capítulo XIV de la Carta Política. A su juicio, existen poderosas razones para sostener que es explicable que una Constitución disponga un procedimiento de modificación diferente cuando dicha enmienda se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de derechos humanos ya existentes, que es el tipo de enmiendas que podría traer consigo la ratificación de nuevos tratados, ya que en el derecho internacional de los derechos humanos no hay involución. Por lo demás, si el límite al ejercicio del poder son "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", los únicos tratados que podrán ser ratificados por Chile son aquellos que perfeccionen y refinen lo ya existente, y si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

En último lugar plantea, acerca de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales son un límite al ejercicio del poder, que es deber de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, y que el poder constituyente es un órgano del Estado. Por consiguiente, el poder mencionado está limitado en su ejercicio por el artículo 5º, careciendo de facultades para enmendar este precepto, de modo tal que disminuya o elimine este límite al ejercicio de la soberanía. Tampoco puede el poder constituyente modificar la Constitución en detrimento de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales aplicables en Chile.[7]

3) Claudio Troncoso y Tomás Vial[8] afirman que la reforma constitucional

[7] Este mismo enfoque lo había sostenido Cecilia Medina Quiroga en su artículo sobre "La jerarquía en Chile de los Tratados de Derechos Humanos", publicado en el libro *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, págs. 39 a 54. Ediciones Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1993. Véase: Díaz Albónico , Rodrigo, *La reforma del artículo 5º de la Constitución Política*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991.

[8] Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar, "Sobre los derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, págs. 695 y ss., año 1993.

de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución no se refiere a los tratados en sí, sino que a los "derechos esenciales" garantizados en aquéllos. En su opinión, lo que ha establecido la reforma es que tienen rango constitucional los derechos esenciales contenidos en los tratados y no el documento mismo que los contiene. Una cosa son los derechos humanos y otra los tratados.

Acto seguido, plantean la interrogante de si esta interpretación se ajusta al texto constitucional, esto es, si es constitucional pensar que una norma que garantiza un derecho esencial contenida en un tratado internacional pueda tener un rango constitucional. La respuesta que dan es afirmativa, a base de los siguientes argumentos:

a) La soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la persona humana, principio que aparece en el artículo 5º de la Constitución. No parece compatible con esta idea el que los instrumentos que reconocen y garantizan esos mismos límites estén subordinados a los actos por los cuales se ejercita la soberanía, como son las leyes y los actos de las autoridades públicas;

b) La reforma de 1989, en este aspecto, tiene que tener algún sentido útil, esto es, el de fortalecer las garantías de los derechos humanos y no el de debilitarlas; y

c) El contexto histórico que precedió a la reforma explica los motivos para acordarla.

De la manera indicada, resulta lo que sigue:

- El otorgarle rango constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales implica una ampliación del texto constitucional en lo referente a derechos y garantías;

- Si la protección otorgada en los tratados es compatible con el texto constitucional, aunque sea más precisa y detallada, o incorpore nuevos derechos, este nuevo contenido se adiciona a la Constitución, complementado las garantías vigentes;

- Si lo garantizado por los tratados está en conflicto con el texto constitucional al tiempo de la reforma de 1989, esa reforma modifica la Constitución en esos aspectos, derogándose las normas constitucionales contrarias a los tratados;

DAD DEL DESARROLLO

- Aquellos tratados que entren en vigencia después de la reforma, por ratificación o adhesión, y que contengan normas de derechos humanos, estarían modificando la Constitución, ya sea por adición o derogación, lo cual exigiría los quórum que rigen la reforma de la Constitución.

4) Francisco Cumplido[9] dice que la posible relación entre el derecho humano del tratado y los derechos consagrados en el artículo19 de la Constitución sólo tiene trascendencia en el caso de contradicción entre ellos. Si en ambos se consagra el mismo derecho o el del tratado es más extenso, hay plena complementariedad. En el evento de que haya contradicción, deben aplicarse los principios de derogación de las normas constitucionales. Si en un tratado ratificado y vigente a la fecha de la reforma constitucional de 1989 se contiene un derecho humano contradictorio con alguno del artículo 19 de la Constitución, este último debe entenderse derogado tácitamente. El derecho consagrado en el tratado rige *in actum*, sin perjuicio de la colisión que puede producirse con otro derecho humano vigente y que deberá resolver el juez, aplicando la prelación de valores desarrollada en el Título de la Institucionalidad y en el propio artículo 19 de la Constitución.

Respecto de los tratados que se ratifiquen con posterioridad a la reforma de 1989 y entren en vigencia también después de ella, lo lógico será que sólo deroguen los derechos del artículo 19 si el tratado ha sido ratificado con el quórum de reforma constitucional respectivo en cada Cámara. El mismo criterio habrá que aplicar si el nuevo tratado modifica un derecho consagrado por un tratado anterior ratificado y vigente a la fecha de la reforma de 1989.

Finalmente, el profesor Cumplido señala que siendo los derechos humanos anteriores al Estado, no podría una reforma constitucional o un tratado deteriorar o suprimir tales derechos. Recalca que el artículo 5° de la Constitución, reformado en el año 1989, refuerza la defensa de tales derechos inherentes a la persona, y altera la jerarquía normativa de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los cuales tienen, a lo menos, rango constitucional.

5) José Luis Cea Egaña[10] dice que si se siguen los conceptos clásicos del Estado, la Soberanía y la Constitución, diversas disposiciones del tratado

[9] Francisco Cumplido Cereceda, "Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, 1996.

[10] José Luis Cea Egaña, "Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional", en versión escrita de la exposición efectuada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados el martes 31 de agosto de 1999.

podrían ser consideradas, formal o sustantivamente, inconstitucionales. Por el contrario, si aplicamos los conceptos actuales de Estado, Constitución y Soberanía, como ocurre hoy en todas las Constituciones de Europa y varias de América Latina, entonces esas dudas, al menos en su mayoría, pueden ser disipadas. Advierte que optar por una u otra posición no es una cuestión discrecional. Esa opción es de naturaleza cultural, que significa adherir al compromiso humanista y enfrentar un problema ético, que no es sólo constitucional y político.

Su perspectiva se funda en el *ius cogens*, recogido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[11] Su alusión al *ius cogens* se refiere a los principios y normas de inexorable o ineludible acatamiento y cumplimiento por todos los Estados para la convivencia internacional, pacífica y justa. En otras palabras, el *ius cogens* es la suma de preceptos imperativos y generales del Derecho Internacional, aceptados y reconocidos por la comunidad de Estados como normativa que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una disposición ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.[12]

Concluye afirmando que, formal y sustantivamente entendido, el Tratado de la Corte Penal Internacional puede reputarse que tiene el valor de una ley, pero distinta según la jerarquía de los preceptos articulados en su texto, en virtud de lo prescrito en el artículo 50 Nº1 y en el artículo 63 de la Carta Fundamental. Empero, el profesor Cea Egaña adhiere a la tesis opuesta, según la cual esas disposiciones son jerárquicamente superiores a la ley. Consecuentemente, en su parecer, son normas fundamentales, que se presentan como constitucionalmente inobjetables, reforzándose con los principios y preceptos de la Carta Fundamental. Su posición personal la funda en las siguientes razones, a saber, la relativización del concepto de soberanía, la primacía de los derechos humanos sobre las finalidades del instrumento de Gobierno o sistema político en el Estado de Derecho y el proceso de internacionalización del Derecho Constitucional.

6) Alfredo Etcheberry[13] señala que el tratado es una fuente de derecho. Las Constituciones Políticas de los diversos Estados otorgan fuerza vinculatoria a diversas clases de fuentes jurídicas conforme al principio de jerarquización de las normas. Ni la Constitución que actualmente nos rige, ni las que precedieron, contienen disposiciones que implícitamente escla-

[11] Artículos 27, 53 y 64.
[12] Artículo 53 de la Convención de Viena.
[13] Alfredo Etcheberry O., "Constitucionalidad del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional", versión escrita de su informe el 17 de agosto de 1999, presentado a en la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados.

rezcan en qué peldaño de esta jerarquía se sitúan las disposiciones de un tratado internacional debidamente aprobado.

La doctrina nacional, en general, ha aceptado la tesis de que el tratado tiene la fuerza de una ley común, o bien que tiene un rango superior a la ley común, pero inferior a la Constitución, de tal manera que sus disposiciones que pudieren estimarse contrarias a las de esta última podrían ser declaradas inaplicables por inconstitucionales, a través de los mismos mecanismos previstos en la Constitución para estos efectos en relación con las leyes comunes.

El autor afirma que el enfoque jurídico conforme al cual la Constitución es la fuente superior y absoluta del derecho propiamente tal, de manera que no habría derecho por encima de ella, se justificaba cuando el concepto de soberanía nacional era absoluto, y el derecho internacional tenía como sujetos sólo a naciones soberanas y no a personas naturales. Tal situación es en la actualidad totalmente distinta. A ello han contribuido la restricción del carácter absoluto a las soberanías nacionales y el reconocimiento de la dignidad y derechos de la persona por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, lo que la convierte en sujeto directo de derecho internacional, por encima del orden jurídico interno de cada Estado, e incluso por encima de los tratados internacionales.

Lo concerniente a los tratados internacionales está recogido en la Convención de Viena de 1969, cuyo preámbulo declara que son principios universalmente reconocidos, en lo relativo a los tratados, los del "libre consentimiento", la "buena fe en su cumplimiento" y la norma "*pacta sunt servanda*", o sea, los pactos deben ser cumplidos. Como consecuencia, todo tratado en vigor obliga a las partes, debe ser cumplido de buena fe, y una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

La expresión "derecho interno", sin más y sin matices ni distinciones, comprende toda norma jurídica vigente en el interior de un Estado, incluida la Constitución Política. Concluye manifestando que los tratados (y no únicamente los relativos a derechos humanos) prevalecen sobre el derecho interno, no sólo en el caso de Chile, sino en el de cualquier nación soberana.

7) Hugo Llanos Mansilla[14] señala que la Constitución consagra en el artículo 5º que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a

[14] Hugo Llanos Mansilla, "El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su ratificación", presentado a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados.

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 encuentran vigentes.

Los tratados sobre derechos humanos, agrega, tienen así rango constitucional. No se ve impedimento legal alguno para que los tratados aprobados constitucionalmente puedan modificar o complementar el orden jurídico interno o afectar las facultades que tienen los tribunales nacionales para conocer y resolver causas civiles y criminales, según lo establece el artículo 73 de la Constitución.

8) Salvador Mohor[15] señala: La Constitución hace residir, esencialmente, en la naturaleza humana la fuente originaria de los derechos que garantiza y, por otra parte, reconoce expresamente en el tratado y, tácitamente, en la ley o la resolución judicial, vías jurídicamente idóneas para institucionalizar "derechos naturales", ello no puede sino significar que el constituyente originario deliberadamente ha subordinado la soberanía estatal a las exigencias de la naturaleza humana independientemente de cual sea la modalidad específica por medio de la cual se llegue efectivamente a otorgar al derecho la calidad de "derecho natural esencial". Al jerarquizar la naturaleza humana y relativizar, en cierto modo, la modalidad de institucionalización en sí, el constituyente ha querido colocar al derecho natural por encima de los soportes procedimentales y complejidades del ritual normativo.

Si la naturaleza humana, en los términos que prescribe el tratado, la ley o la resolución judicial, según sea el caso, se manifiesta jurídicamente en derechos y contenidos que exceden de los reconocidos y garantizados expresamente en la propia Constitución (artículo 19), no puede técnicamente configurarse vicio de constitucionalidad alguno, puesto que es la misma carta fundamental la que de antemano ha decidido subordinar el ejercicio del poder soberano a los derechos naturales esenciales, independientemente de si se encuentran o no consagrados de modo explícito en el texto constitucional. No es que el tratado, la ley o la resolución judicial terminen sobreponiéndose caprichosamente a la Constitución: es la propia Ley Fundamental la que así lo ha dispuesto (artículo 5º, inciso 2º, en relación con el artículo 1º, inciso 1º) para la salvaguarda de la dignidad humana como valor supremo.

La Constitución se limita a garantizar de un modo directo el mínimo de derechos, pero no se opone, esencialmente, a que ellos mismos o sus con-

[15] Salvador Mohor Abuauad, "Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980", *La Revista de Derecho*, págs. 227 y ss.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

tenidos sean ampliados o mejorados por las vías de institucionalización que explícita o implícitamente reconoce.

El compromiso de respeto y promoción de los derechos garantizados por el tratado sólo adquiere un significado práctico en la medida en que se está dispuesto a aceptar que posee la virtud de incorporar al sistema jurídico-constitucional derechos o contenidos capaces de satisfacer, de una manera más efectiva e integral, las exigencias de la naturaleza humana, aun cuando eventualmente lleguen a significar su rectificación.

El tratado en cuanto instrumento de integración y cooperación internacional aparece estrechamente vinculado al carácter universal de los derechos naturales y reconcilia a la Constitución con el progreso de los derechos humanos en el ámbito de su regulación jurídica, actualizándola permanentemente.

No obstante lo dicho, agrega, en torno a la jerarquía que reviste el tratado como modalidad de institucionalización de derechos humanos y su virtud o potencialidad para mejorar la condición de éstos, sea mediante la incorporación a la Constitución material de un contenido normativo diferenciado por agregación, o bien por contradicción, este tipo de tratado sigue subordinado a la Constitución. Ello, básicamente, porque su reconocimiento como tal o, que es lo mismo, su validez y eficacia jurídicas arrancan de la propia Carta Fundamental. En consecuencia, queda expuesto al control de constitucionalidad y, por ende, a todos los mecanismos y procedimientos destinados a garantizar la salvaguarda del principio de supremacía constitucional que, por su naturaleza, le son aplicables, muy especialmente el control preventivo del tribunal constitucional (artículo 82, Nº2) y el control represivo de la Corte Suprema (artículo 80).

Como el mejoramiento en la condición de derechos humanos supone su adecuación a las exigencias del bien común y, en consecuencia, según lo explicado en párrafos precedentes, de sus componentes básicos –los derechos y garantías constitucionales y la seguridad del Estado (artículo 1º, incisos 4º y 5º, en relación con el artículo 5º, inciso 2º, de la Carta Fundamental)–, el tratado puede encontrarse en alguna de las siguientes hipótesis de inconstitucionalidad:

a) Inconstitucionalidad por deterioro de los derechos o contenidos básicos institucionalizados por la norma constitucional originaria (derechos básicos originarios). En esta hipótesis el tratado incurre en vicio de constitucionalidad por "rebajar" el piso que en materia de derechos humanos representa la Constitución originaria o la Constitución válidamente

reformada, en razón de una negación o desconocimiento directo de los derechos y contenidos básicos originarios.

b) Inconstitucionalidad por menoscabo a la esencia de los derechos (artículo 1º inciso 4º, 5º inciso 2º, y 9º Nº 26). En la presente hipótesis el tratado no desconoce o niega de una manera directa los derechos y contenidos básicos originarios, pero incorpora nuevos derechos o contenidos que indirectamente terminan por afectar la esencia de los derechos básicos originarios, como si, por ejemplo, al exaltar la libertad de opinión de información se terminara afectando la esencia del derecho a la intimidad.

c) Inconstitucionalidad por menoscabo o desconocimiento de las garantías constitucionales. El tratado, en este caso, sobrepone total o parcialmente sus propios mecanismos de control a los establecidos en la Constitución originaria o válidamente reformada, tornándolos inconciliables.

d) Inconstitucionalidad por compromiso de la seguridad del Estado. Suponemos en esta hipótesis que el tratado ha sobrepotenciado los derechos de las personas menoscabando así el margen de seguridad que requiere el Estado para garantizar la estabilidad institucional, la paz interior o la seguridad exterior de la República (artículos 1º incisos 4º y 5º; artículo 5º inciso 2º en relación con el artículo 24 incisos 1º y 2º de la Carta Fundamental), como si, por ejemplo, exaltara las libertades del terrorista en un momento histórico que por sus características amerita más bien una actitud restrictiva.

Como los derechos naturales, en razón de su propio carácter, no aceptan condicionamiento de orden temporal, tan válidos y eficaces, desde un punto de vista jurídico, son los institucionalizados vía tratado, con posterioridad a la Constitución de 1980, como aquellos instituidos con anterioridad a ella. La propia Constitución otorga su reconocimiento a los derechos esenciales de la naturaleza humana al margen de todo condicionamiento cronológico y con la misma amplitud de criterio impone el mandato de respeto y promoción de los derechos garantizados por los tratados internacionales.

Pero, por otra parte, y como contrapartida, la superior exigencia de promover el Estado el bien común y de propender a su concreción en cada momento de la vida de la comunidad nacional, requiere de un proceso permanente de evaluación constitucional de los tratados vigentes con anterioridad a la Constitución de 1980, como de aquellos que han entrado en vigencia con posterioridad a ella. De todos ellos depende parcialmente la materialización del bien común específico.

9) Fernando Gamboa Serazzi,[16] al examinar las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, se refiere a los sistemas que dan a los tratados rango supraconstitucional, y dentro de ellos señala el procedimiento de incorporación del derecho internacional al orden jurídico interno. Este procedimiento, dice, consiste en el hecho que una norma internacional pasa a formar parte automática del derecho interno. Caso del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República de Chile.

10) Juan Arab Nessrallah[17] señala, al ocuparse del rango jerárquico de los tratados internacionales que consagran los derechos humanos, su concordancia con la mayoría de los autores que consideran que el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, en cuanto establece una diferencia entre los tratados en general y los derechos humanos, teniendo estos últimos rango constitucional. La razón principal para pensar así consiste en que a la época de la reforma los derechos humanos ocupaban un lugar muy importante en la Constitución y una mejora a ellos sólo podría manifestarse en elevar su rango jerárquico, ya que hasta ese momento tenían un rango desmejorado.

B) Debate Rodríguez y Etcheberry – 1994 y 1995

En su artículo sobre "Hermetismo Constitucional"[18] el profesor Rodríguez Grez señaló: "La Constitución Política de la República conforma el marco en el cual se inserta y desarrolla todo el sistema legal: En ella se establecen los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se determina su génesis y se fijan sus funciones. En ella, además, se contienen los derechos fundamentales de la persona humana y se enuncian los grandes principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Toda disposición con fuerza normativa y poder vinculante, por lo tanto, debe ceñirse a la Constitución y adecuar a ella tanto su validez formal como material".

Don Alfredo Etcheberry[19] discrepó de ese planteamiento, y afirmó que los derechos fundamentales inherentes a la calidad de persona y lo relativo a la paz y seguridad internacionales son normas verdaderamente jurídicas, de validez universal, que no pueden ser negadas o desconocidas ni por los tratados internacionales ni por los ordenamientos jurídicos internos, es lo que actualmente se denomina *jus cogens* (derecho coercitivo) o normas imperati-

[16] Fernando Gamboa Serazzi, *Tratado de Derecho Internacional Público*, págs. 95 y 96, Lexis Nexis Chile, Conosur, año 2002.
[17] Juan Arab Nessrallah, "Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena", *Actualidad Jurídica*, págs. 34 y ss., año 2000.
[18] Pablo Rodríguez, "Hermetismo Constitucional", *El Mercurio*, 12 de octubre de 1994.
[19] Alfredo Etcheberry, "Aporía Constitucional", *El Mercurio*, 26 de noviembre de 1994.

vas o perentorias. Ellas no pueden ser quebrantadas o cambiadas sino por la aparición de una nueva norma imperativa distinta, reconocida como tal por la comunidad internacional. A su juicio, las normas imperativas (*jus cogens*), como los tratados, prevalecen sobre el derecho interno. Si aquéllos otorgan un derecho determinado a una persona, ésta puede invocarlo frente a las autoridades de su Estado y ninguna norma jurídica interna, aunque esté contenida en la Constitución, puede justificar la denegación de tal derecho.

Se traslada entonces la discusión a la soberanía. Para Rodríguez Grez,[20] no se trata de que la soberanía sea absoluta per se. Se trata de que ella no puede expresarse sino por medio del Poder Constituyente, y éste no ha dado a los tratados internacionales jerarquía constitucional ni un valor superior a la ley. Cualquiera que sea el alcance del *jus cogens*, éste no reglamenta las relaciones entre los tratados internacionales y las normas de derecho interno, salvo en cuanto a que siempre prevalecerá una norma fundamental del derecho nacional, vale decir, de la Constitución, por sobre los tratados internacionales.

El profesor Etcheberry[21] afirma que en caso de oposición o conflicto entre distintos órdenes jurídicos, su ordenación jerárquica es como sigue: primero, el *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional; segundo, los tratados internacionales, regidos por los principios universalmente reconocidos, de libre consentimiento, buena fe y obligación de cumplimiento (*pacta sunt servanda*), que prevalecen por sobre los derechos internos; y tercero, el derecho interno de cada Estado soberano, en cuya cúspide está la Constitución, y después, en orden decreciente, las leyes, decretos y otras regulaciones jurídicas.

Replica el señor Pablo Rodríguez,[22] preguntándose:

¿De qué manera nuestro derecho interno recepciona los tratados internacionales? Contesta que en Chile los tratados se recepcionan en el derecho interno por "la aprobación del Congreso", la cual se someterá a los trámites de una ley. Las leyes deben subordinarse, tanto formal como materialmente, a la Constitución y que ésta tiene supremacía sobre aquéllas. Si así no fuera, carece de sentido la atribución del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad que se planteen sobre los tratados internacionales sometidos a aprobación del Congreso. Y concluye con otra interrogante: ¿Cómo explicar que un tratado internacional pueda ser inconstitucional si éstos prevalecen por sobre la Constitución?

---

[20] "Sobre el Hermetismo Constitucional", *El Mercurio*, 10 de diciembre de 1944.
[21] "¿Una soberanía bifronte?", *El Mercurio*, 22 de enero de 1955.
[22] "Soberanía transferida", *El Mercurio*, 20 de febrero de 1995.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

El señor Etcheberry[23] expresa no estar de acuerdo en que la norma constitucional tenga supremacía por sobre todas las demás prescripciones jurídicas. En su parecer, "los principios de derecho internacional" valen por sí mismos, no se generan en ninguna Constitución nacional y se imponen a los Estados por encima de sus propias normas internas. La Constitución y los tratados son manifestaciones o ejercicios de la soberanía. El tratado crea un vínculo jurídico con otras personas o entes soberanos, por lo que un Estado no puede desligarse unilateralmente de sus compromisos. Con ello no subordina su soberanía a nada. Su preponderancia es la expresión jurídica de la obligación moral de cumplir la palabra empeñada, que en derecho internacional se llama "*pacta sunt servanda*".

El profesor Rodríguez[24] rebate a su contradictor diciendo que: "Afirmar que los 'principios internacionales' valen por sí mismos, independientemente de su expresión en el orden jurídico, implica desconocer que ellos arrancan su existencia y obligatoriedad del reconocimiento que les brinda la normativa vigente. Si un 'principio' vale por sí mismo, sin relación alguna con las disposiciones que integran el sistema normativo, nos desplazamos al campo moral, ideológico, técnico, etc., y nos marginamos del derecho. Por lo mismo, los 'principios' a que alude el profesor Etcheberry surgen de las normas jurídicas internacionales (tratados, costumbres, usos, prácticas), y es equivocado pretender independizarlos de aquéllas como si se tratare de cosas autónomas, y no interrelacionadas. En consecuencia, si no valen los tratados internacionales contrarios a la Constitución, los principios que de ellos emanan no pueden contradecirla".

C) Tesis de la supremacía constitucional y el nivel jerárquico de los tratados en el ordenamiento jurídico

1) Pablo Rodríguez[25] explica que uno de los problemas jurídicos más relevantes en el orden práctico y teórico consiste en determinar el valor de los tratados internacionales ante la Constitución y la ley. En otras palabras, definir cuál es la jerarquía de un tratado cuando éste se enfrenta a la Carta Fundamental o a la norma legal interna. Este problema está íntimamente asociado a la existencia y evolución del derecho internacional y a la manera en que el derecho interno recepciona sus diversas fuentes y disposiciones.

---

[23] "Soberanía, Constitución y Tratado", *El Mercurio*, 28 de marzo de 1995.
[24] "Supremacía Constitucional", *El Mercurio*, 11 de abril de 1995.
[25] "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", *Revista Actualidad Jurídica* Nº 1, enero 2000, págs. 47 y ss.

Es indudable que en el mundo actual parece estar surgiendo un **derecho supranacional**, fruto del llamado proceso de **globalización**. El portentoso desarrollo tecnológico ha provocado un acercamiento entre los diversos Estados, tanto en el plano económico como político, haciendo surgir nuevas concepciones que deberán plasmarse en un futuro no lejano en renovadas normas jurídicas capaces de expresar aquellas tendencias.

Sin desatender la importancia de lo manifestado, los ordenamientos jurídicos internos no están concebidos para recepcionar un derecho supranacional de manera uniforme y fluida. Estos han consagrado normas destinadas a incorporar el derecho internacional sin desmedro o bajo estricta subordinación a la soberanía nacional de cada Estado.

En Chile, como principio general, todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso y esta aprobación debe someterse "a los trámites de una ley". El carácter legal del tratado internacional se ve confirmado por el hecho de que no está permitido al Presidente de la República dictar normas para el cumplimiento de un tratado internacional cuando éstas traten de materias propias de ley, pero bien puede el Congreso autorizarlo para dictar disposiciones con fuerza de ley (decretos con fuerza de ley), salvo cuando se trate de materias en que no procede la delegación de facultades legislativas. Por otro parte, el Congreso al aprobar un tratado no podría dotarlo sino de fuerza legal, puesto que, siguiéndose los trámites propios de una ley, resultaría absurdo conferirle fuerza constitucional. Finalmente, no existe inconveniente alguno en deducir recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de lo previsto en una norma incorporada a un tratado internacional, precisamente por el principio de supremacía constitucional, que hace prevalecer lo dispuesto en la Carta Fundamental por sobre la ley y el tratado.

Con ocasión de la reforma constitucional de 1989 (ley de reforma constitucional número 18.825), algunos comentaristas han sostenido que ciertos tratados internacionales (los que versan sobre derechos humanos) tienen la misma jerarquía, o incluso una jerarquía superior a la Constitución.

Rodríguez Grez discrepa abiertamente de esta tesis. El inciso segundo del artículo 5º, introducido por la referida reforma constitucional, establece: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". La disposición transcrita plantea una cuestión esencial: ¿Pudo el constituyente "delegar" su potestad a fin de

facultar al Presidente de la República y al Congreso Nacional para integrar o modificar la Constitución Política de la República, mediante la suscripción de un tratado y su aprobación siguiendo los trámites de una ley? Si esto fuera posible, se habría alterado substancialmente toda la estructura jurídica del Estado y desvirtuado el "poder constituyente" que conforma la fuente primigenia del Estado de Derecho. Lo anterior lo ha hecho calificar a la Constitución como "hermética", puesto que ella sólo puede modificarse o ampliarse por el "poder constituyente" y siguiendo los trámites instituidos en la misma Carta Política para estos efectos.

El tratado internacional reconoce dos fuentes paralelas: una de origen contractual (acuerdo entre los Estados que lo suscriben) y otro de carácter legal (valor interno de ley desde que es aprobado por el Congreso siguiendo los trámites de una ley y es ratificado por el Jefe del Estado). Su infracción tiene dos efectos paralelos. Por una parte, compromete la responsabilidad internacional del Estado y, por la otra, faculta a los particulares afectados para reclamar las reparaciones que correspondan por el incumplimiento de una disposición legal.

Conforme con el inciso del artículo 5º de la Constitución, el Estado chileno ha asumido el deber de respetar y promover los derechos humanos, no sólo los garantizados en la propia Constitución, sino también los resguardados en los tratados internacionales ratificados por Chile, siempre que se encuentren vigentes. El Estado deberá responder ante sus súbditos y ante los Estados extranjeros con quienes se encuentra contractualmente ligado. Esta responsabilidad surgirá siempre que al Estado le sea imputable la violación de dichos derechos, así ello derive de una infracción (no se respetan los derechos humanos) o de la falta de su promoción (no se da a éstos un tratamiento adecuado a su fin).

La cuestión no dice relación con el valor de la norma constitucional, sino con la responsabilidad que asiste al Estado frente a los particulares (cuando se quebrantan los derechos humanos garantizados) y con la responsabilidad que pesa sobre el Estado nacional frente al otro Estado contratante (cuando se quebrantan los derechos garantizados en el tratado).

El hermetismo constitucional, que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución sobre las demás normas, hace imperativo admitir que la Carta Fundamental no tiene otra fuente que no sea el "poder constituyente", definido y caracterizado en la propia Constitución. Por lo mismo, las disposiciones de este cuerpo legal, que es la base de todo el ordenamiento normativo y del cual arrancan su valor jurídico las demás normas y reglas que componen el sistema legal, sólo pueden tener como fuente el ejerci-

cio de la potestad constituyente, la cual es una manifestación esencial e indelegable de la soberanía. Cualquier limitación a las normas constitucionales que emane de esta potestad carece de toda eficacia jurídica.

Es la Constitución la que confiere valor de ley al tratado internacional, debiendo ambos ajustar sus prescripciones al mandato constitucional y ante una eventual contradicción con cualquiera de ellos, ha de prevalecer sin contrapeso la primera.

En Chile, la ley tiene diversas categorías que se expresan en los diferentes requisitos para aprobar, modificar o derogar la respectiva disposición legal. Si un tratado internacional, sujeta su aprobación en el Congreso a los trámites de una ley, se refiere a materias reguladas en una ley orgánica constitucional o de quórum calificado, debe él, para no trastrocar todo el ordenamiento jurídico, contar con las mayorías descritas en la Constitución. Lo señalado revela que el tratado tiene, precisa y justamente, el valor que la propia Constitución atribuye a una ley.

El derecho de los tratados, que se manifiesta en la Convención de Viena, conduce a la misma conclusión. En efecto, el artículo 27 señala que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". Este último dispone: "El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma fundamental de su derecho interno". Agrega la misma norma que: "Una violación es manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

La recta interpretación de estas prescripciones no admite error. Si un tratado internacional invade, por la naturaleza y sentido de sus disposiciones, el ámbito constitucional, ello será excusa suficiente, puesto que se trata de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental (no puede existir norma más fundamental que la Constitución). Los poderes del Estado carecen de "competencia" para suscribir y aprobar tratados internacionales sobre materias de carácter constitucional, puesto que ello es atribución exclusiva y excluyente de la potestad constituyente.

Como quiera que se analice, la conclusión será siempre la misma. Los tratados internacionales tienen en Chile la misma fuerza jurídica vinculante

de una ley y no se incorporan ni mucho menos modifican la Carta Política Fundamental. La conclusión contraria es consecuencia de confundir la "responsabilidad" asumida por el Estado que suscribe y ratifica un tratado internacional, y el ejercicio de la soberanía, que, conforme el principio de legalidad, no puede excederse de los límite precisos asignados en la propia Constitución y las leyes.

Más adelante, el mismo autor expresa que tras todas estas discusiones está el propósito de abrir camino a la existencia de un derecho supranacional, al cual se subordine el derecho interno de cada Estado. Esta tendencia es el resultado inmediato del portentoso desarrollo tecnológico que ha desencadenado el proceso de globalización.

No hay duda, dice, que el derecho no puede permanecer estático frente al comercio internacional, a las comunicaciones instantáneas y a los acuerdos de toda índole. El mundo marcha hacia un derecho supranacional. Sin embargo, esta intención debe abordarse de modo que todos los Estados en un mismo acto o en actos paralelos limiten su soberanía en función de una soberanía universal. La construcción de un derecho supranacional a partir de la renuncia de ciertos Estados, por regla general los más débiles, a su soberanía, puede abrir camino al sojuzgamiento y el sometimiento de unos en beneficios de otros.

Un derecho supranacional no puede fundarse sino en la igualdad irrestricta de todos los Estados y en una jurisdicción internacional que asegure dicha igualdad. Es esto lo que algunos juristas no quieren o no pueden comprender al aceptar que, al margen de este acuerdo matriz, pueda construirse un derecho supranacional al cual subordinan por entero el derecho interno.

2) Enrique Evans de la Cuadra[26] expresa: "Establecido que los preceptos de los artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980 tienen por objeto asegurar la vigencia del Estado de Derecho, y que ello, en su esencia, implica Poderes Públicos independientes, el sometimiento de gobernantes y gobernados a una institucionalidad jurídica y a la supremacía jerárquica de la Constitución, corresponde analizar cómo protege el texto constitucional ese proyecto".

"Por naturaleza, la Constitución es la norma positiva de mayor autoridad. Ello supone la existencia del siguiente orden jerárquico de las reglas de derecho:

[26] *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, pág. 524, Editorial Jurídica de Chile, año 1986.

1º La Constitución;

2º Las leyes y los tratados internacionales promulgados y publicados en el país;

3º Los decretos con fuerza de ley;

4º Los reglamentos emanados del Presidente de la República para hacer cumplir las leyes;

5º Los decretos supremos, y

6º Los actos y resoluciones de las autoridades políticas y administrativas".

3) Alejandro Silva Bascuñán[27] señala que el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, reformado en el año 1989, tuvo dos finalidades:

a) Colocar los derechos humanos naturales no sólo como límite de la soberanía, sino como causa de la obligación de los órganos del Estado de situarse en relación a ellos en una posición activa y dinámica, por el deber que les impone de respetarlos y promoverlos.

b) La segunda, con una redacción diversa a la que fue recomendada, rechazada por el gobierno, se extendía a los derechos garantizados "por las normas internacionales que comprometen a Chile". El texto aprobado fue la limitación de la soberanía por los derechos garantizados en los tratados ratificados por Chile que estén vigentes.

En consecuencia, para el autor mencionado es innegable que conforme al texto reformado, el constituyente no aceptó la doctrina ni la práctica del derecho internacional que reconocen compromisos para un Estado que no están necesariamente contemplados, de manera explícita, en tratados ratificados por él. No se admitió, pues, la interpretación contemporánea que subraya la primacía de la ley internacional sobre la interna en la esfera de lo que se estima pertenecer al *jus cogens*, entendido como el conjunto de principios y bases de la comunidad que ha de ser tomado en cuenta por todos los Estados, aun cuando su definición no esté expresamente contemplada en los acuerdos celebrados, entre los cuales se consideran incluidos los derechos humanos.

[27] Alejandro Silva Bascuñán, "Reforma sobre los Derechos Humanos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, año 1989, págs. 579 y ss.

UNIVERSIDAD DE DESARROLLO HEMEROTECA

4) El profesor Enrique Navarro Beltrán[28] ha dicho que tradicionalmente se ha sentenciado que los pactos internacionales tienen jerarquía de ley y, en ciertos casos, superior a ésta. Hasta 1989, en general, nadie había puesto en duda que un tratado internacional debía encontrarse sujeto al principio de supremacía constitucional. Fue tal el criterio que predominó en el constituyente (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado).

¿Cambió acaso el escenario jurídico en 1989? Su opinión es negativa, la cual comparten constitucionalistas como Alejandro Silva Bascuñán, Raúl Bertelsen, Lautaro Ríos, Fernando Saenger, entre otros.

Las consideraciones para pensar así son: razón de texto, historia fidedigna de la norma, jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y opinión del Senado.

La razón de texto revela que la normativa constitucional reformada no consagró expresamente que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental.

La historia fidedigna de la norma lo corrobora. En el informe de la Comisión Conjunta se dejó expresa constancia que: "En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales".

La jurisprudencia de la Corte Suprema así lo indica, cuando en el año 1997 el pleno de la Corte conoció de un recurso de inaplicabilidad presentado en contra de disposiciones de la Convención de la Haya sobre secuestro de niños.

El Tribunal Constitucional, a fines de los años ochenta, señaló "la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado". Y en recientes fallos ha establecido la siguiente doctrina: "Si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido en la Constitución para esta clase de leyes" (Rol 309, de 04 de agosto de 2000).

El Senado, en un informe de la Comisión del Constitución, Legislación y Justicia, de 10 de octubre de 1993, arribó al siguiente criterio:

---

[28] "Constitución y Tratados", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año V, Nº 5, 2001, págs. 313 y ss.

"a) Que cuando las normas de un tratado internacional incidan en materias propias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado, el correspondiente proyecto de acuerdo debe ser sancionado por el Congreso Nacional con el quórum requerido para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según el caso; y

b) Que no resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de proyectos de acuerdo modificatorios de la Carta Fundamental".

Las consecuencias de lo señalado son: La plena competencia de los tribunales nacionales, la plena vigencia de los principios constitucionales en materia de tratados, la Constitución sólo puede modificarse de acuerdo al mecanismo establecido en la misma.

No se ha modificado la competencia de la Corte Suprema para conocer de recursos de inaplicabilidad de "todo precepto legal contrario a la Constitución". Tampoco la del Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de "los tratados sometido a la aprobación del Congreso".

c) Igualmente, se encuentran plenamente vigentes los principios constitucionales que regulan la materia, según los cuales:

i) Es facultad del Presidente de la República "concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país", y

ii) Es facultad del Congreso aprobar los mismos debiendo someterse "a los trámites de una ley".

La Constitución consagra un mecanismo especial para la modificación o reforma de sus disposiciones con altas exigencias en cuanto al quórum de aprobación, todo lo cual se desmoronaría como consecuencia de la incorporación directa de los tratados internacionales al texto fundamental.

Las conclusiones son:

• Los tratados internacionales –y también los que se refieren a derechos humanos– se encuentran plenamente sujetos a la Constitución. En caso de una eventual contradicción, deberá primar esta última (la Constitución) en el orden interno; y

• El alcance de la reforma de 1989 fue enfatizar la circunstancia que a todas las autoridades del Estado les corresponde la promoción de los derechos reconocidos por el constituyente, pudiendo las leyes y tratados internacionales desarrollarlos sin afectar su esencia.

Por consiguiente, si se quiere otorgar rango constitucional a los referidos pactos, deberá expresamente modificarse en tal sentido la Carta Fundamental.

5) Teodoro Ribera Neumann[29] dice: La voluntad del constituyente es que todo tratado requiere necesariamente la aprobación parlamentaria para incorporarse al derecho interno y comprometer internacionalmente a la República, salvo el caso excepcional de los acuerdos simplificados sobre materias ajenas al dominio legal, lo que viene a confirmar la tesis establecida por la Junta de Gobierno en el artículo 2º del Decreto Ley Nº 247 del año 1973, publicado en el año 1974. De esta manera, el Congreso Nacional cuenta con una atribución exclusiva, la que es posterior a la firma del tratado (que pone fin a la negociación), pero previa a su ratificación, siendo esto último, como lo ha sostenido la doctrina, "un acto administrativo de Gobierno y no un acto legislativo".[30] Se trata así de una atribución propia del Congreso Nacional, que está consignada en un título especial de la Constitución, denominado "Atribuciones exclusivas del Congreso", distinto al de la "Formación de la Ley" (artículos 62 al 72), toda vez que se trata del ejercicio de facultades exclusivas destinadas otorgarle carácter normativo de ley a un tratado internacional en el campo interno y autorizar al Presidente de la República a comprometer internacionalmente a la República.

El artículo 50 Nº 1 inciso segundo consigna una excepción a esta regla general, en términos de que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. Es decir, el Presidente de la República puede ejercer su potestad para implementar un tratado en vigor aprobado previamente por el Congreso Nacional, pero le está vedado, por esta vía, invadir las materias de dominio legal contenidas en el artículo 60 de la Constitución, obviando la formalidad habilitante antes indicada.

---

[29] Teodoro Ribera Neumann, "Incorporación del Derecho Internacional al Ordenamiento Jurídico Chileno: Reflexiones en torno a un tema complejo". *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año V, Nº 5, 2001, págs. 331 y ss.

[30] Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 121 y 122; como al igual Alejando Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 370.

También puede el Presidente de la República solicitar al Congreso Nacional que le confiera facultades para dictar disposiciones con fuerza de ley. Esta delegación debe tener lugar en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado y ser expresa, para que durante la vigencia de aquél dicte el Presidente de la República las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61. Sólo puede referirse para implementar el tratado contenido en el proyecto de acuerdo aprobatorio, toda vez que la propia Constitución indica que se busca "su cabal cumplimiento". Esta ley delegatoria no está limitada al plazo máximo de un año, como ocurre en los demás casos, pero sí se somete en lo demás a lo previsto en la Constitución, esto es, también debe cumplir el mandato que "la referida autorización señale las materias precisas sobre las que recaerá la delegación".[31]

En el año 1973 la Junta de Gobierno restringió mediante el Decreto Ley Nº 247 el ámbito de los acuerdos en forma simplificada, al establecer en el artículo 2º de este cuerpo legal que "aquellos tratados que se limiten a cumplir o ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior entrarán en vigor mediante su sola firma o mediante el cambio de notas reversales". De esta manera, la celebración de estos acuerdos sólo podría tener lugar para ejecutar un tratado solemne anterior. Esta tesis, restrictiva de las competencias del Presidente de la República en materia internacional, encontró cabida en el artículo 50, Nº1, inciso segundo, de la Constitución, como se demuestra de la mera lectura de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.[32]

Tramitación de los tratados como ley

La sentencia recaída en el Convenio Nº 169 del Tribunal Constitucional afirmó que los tratados debían someterse en cuanto a su aprobación a la tramitación de una ley, no sólo respecto de los quórum, sino que igualmente en lo relativo a los diversos pasos o etapas que se observan en la

[31] El artículo 61 incisos segundo y siguientes de la Constitución, coincidente con lo señalado, exige nuevamente un acto expreso, tal es, que la ley delegatoria deba señalar las materias precisas sobre que recaerá, no pudiendo extenderse a aquellas materias que la misma disposición prohíbe. No resulta lógico sostener, en consecuencia, que el acuerdo aprobatorio de un tratado que contiene una delegación de facultades legislativas, deba únicamente aprobarse o rechazarse, como un todo, sin que pueda el Congreso Nacional introducirle enmiendas o hacer uso de las demás facultades propias del trámite legislativo. Esto es tal, pues en lo que se refiere a la delegación de facultades legislativas, es la propia Constitución la que permite limitar su amplitud, en el artículo 61 inciso cuarto.

[32] Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.* Talleres Gráficos de Gendarmería. Santiago, 1979, Sesión 364, p. 2451.

formación de la ley, cuando ello sea compatible.[33] De esta sentencia no queda claro cuál es el ámbito que le otorgó a la expresión contenida en el artículo 50 Nº 1 de la Constitución, esto es, que los tratados deben someterse en cuanto a su aprobación a la tramitación de una ley. Sin embargo, pareciera ser que es más bien extensiva, asimilándola a las etapas o pasos que la Constitución describe en el título "De la formación de la ley".[34]

Para dilucidar las cuestiones pendientes relativas al mandato constitucional de aprobar los tratados según los trámites de una ley, cabe distinguir entre los efectos internacionales y los efectos internos de los tratados. Si bien el Presidente de la República ejerce sus atribuciones especiales en el campo de las relaciones exteriores, ello no lo habilita a restarle eficacia a las normas constitucionales que garantizan la seguridad jurídica a los habitantes de la República, como son aquellas, dentro de los trámites de formación de la ley, que regulan su sanción, promulgación y publicación. Así, el Presidente puede decidir la oportunidad en que ratificará o adherirá a un tratado, pero brinda certeza jurídica que él, en cuanto a la eficacia jurídica interna de la norma, se someta igualmente respecto de la sanción de promulgación y publicación a lo establecido en la Constitución en el artículo 72, en todo aquello que sea compatible con sus atribuciones especiales y el derecho internacional.

Por lo demás, ésta es la solución que acoge expresamente el constituyente en el artículo 32 Nº 21 de la Constitución, en cuanto deja dentro del ámbito de las atribuciones del Presidente de la República la declaración de guerra, no así la autorización previa, que debe realizarse por ley, esto es, aprobada por el Congreso Nacional, sancionada, promulgada y publicada, y que genera indudables efectos internos en cuanto a la aplicación de disposiciones jurídicas establecidas especialmente para tal caso. Igual situación es la que produce cuando conjuntamente con la aprobación de un tratado se le conceden atribuciones legislativas al Presidente de la República, toda vez que la Constitución ordena que se apliquen los incisos segundo y siguientes del artículo 61, esto es, que en cuanto a su publicación, vigencia y efectos se someten a las mismas normas que rigen para la ley.

---

[33] STC 309/13.

[34] Un tema al cual se refirieron algunos miembros del Tribunal Constitucional fue el relativo a la obligatoriedad del Congreso Nacional de remitir los tratados que contengan disposiciones orgánicas constitucionales a control de constitucionalidad en conformidad al artículo 82, Nº 1 de la Constitución. En dos prevenciones diversas, los Ministros Eugenio Valenzuela, Luz Bulnes y Servando Jordán, por un lado, y el Ministro Osvaldo Faúndez, por el otro, compartieron el predicamento que los tratados con disposiciones orgánicas constitucionales deben ser enviados al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 82, Nº 1 de la Constitución considerando tal control preventivo y obligatorio como un trámite de formación de la ley. Este acogió el contenido de la prevención, pero no consideró oportuno expresarlo en él por estimar que dicha materia excedía la órbita del asunto sometido a conocimiento del Tribunal, no dando así la mayoría necesaria para ello.

Quórum requerido para la aprobación de tratados

A partir del año 1990 el Congreso Nacional asumió íntegramente la antigua práctica de aprobación de los tratados observada hasta el año 1973, sosteniéndose que no cabía la formulación de indicaciones que condicionaran de una u otra manera la aprobación parlamentaria y que obligaran al Presidente de la República a formular luego las reservas de acuerdo al artículo 63 de la Constitución, la discusión se centró en el rango con que debían aprobarse los tratados que pudieran tener incorporadas a su texto disposiciones de rango orgánico constitucionales o de quórum calificado. La duda que surgía era cómo conciliar esta nueva situación con la obligación derivada del artículo 50 Nº1 de la Constitución, de "aprobar o rechazar" un tratado, en votación única, sin dividirla conforme a los distintos quórum de aprobación exigidos por su contenido.

El primer caso de aprobación de un tratado internacional en el cual se planteó esta problemática fue el "Convenio entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre pensiones", pues las leyes que regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social son de quórum calificado. Fue así como en las sesiones del 19 de mayo y 16 de junio de 1993, la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados acogió la tesis sustentada por el autor de este trabajo, entonces diputado, y acordó que el tratado debía votarse íntegramente con quórum calificado, sin perjuicio de que toda norma de ley común conservara su calidad de tal, fundamento que acogió luego también la Comisión de Trabajo y Seguridad Social y la Sala de la Cámara de Diputados en definitiva.[35] Durante su tramitación en el Senado se solicitó la opinión a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la que reconoció que existen tratados que requieren quórum diverso de aprobación, según la materia de que tratan. En caso contrario, argumentó, se vulnerarían los quórum internos de aprobación para la modificación de las leyes. Igualmente no puede producirse una modificación constitucional sobre la base de tratados internacionales, pues la propia Constitución exige un quórum y un procedimiento especial para ello.[36]

Con posterioridad, y volviendo sobre este tema, la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados, en un informe recaído en la consulta hecha por la H. Cámara acerca de la naturaleza jurídica del Acuerdo de Sede de la Oficina FLACSO en Santiago, sostuvo:

---

[35] Al respecto puede consultarse el Boletín Nº 983-10, p. 15, de fecha 16 de junio de 1993. Dicha tesis asume igualmente la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputados en el Boletín Nº 983-10, p. 14, de fecha 14 de julio de 1993.

[36] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, Boletín Nº 5, 139-10, de fecha 19 de octubre 1993.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

"En la votación de proyectos de acuerdos que aprueben tratados que contengan este tipo de normas, la H. Cámara no puede dividir la votación, ya que de hacerlo estaría admitiendo la posibilidad de aprobar unas normas y de rechazar otras, lo que importaría modificar el texto sometido a su consideración. Ello, constitucionalmente, le está vedado; el tratado internacional sólo puede ser objeto de una votación de aprobación o rechazo. De este modo, el quórum calificado cumple el requisito exigido para la materia regulada en el artículo 21, y esa votación se extiende al resto del articulado, aunque sea materia de ley común".[37]

En la sentencia relativa al requerimiento en contra del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de disposiciones de quórum diverso en un tratado y sostuvo que "someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, **en cuanto sean compatibles**, como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino **también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de esas etapas.** En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse".[38]

Esta afirmación trae consigo otra consecuencia anexa, tal es, reafirmar la supremacía constitucional frente al derecho internacional, incluso aquel que regula materias de derechos humanos. Esto es tal, pues el Tribunal Constitucional reconoce que un tratado no tiene rango superior a la Constitución, sino que se incorpora al orden interno según los trámites de una ley, asumiendo un carácter de tal. Esta sentencia, así, reitera una práctica permanente del Congreso Nacional sobre la materia y que rechaza la tesis de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno.

---

[37] Boletines Nºs 744-10 y 1.008-10, p. 6. Un tema distinto, pero vinculado a lo anterior, era el que se presentaba cuando el Presidente de la República solicitaba en un mismo proyecto de acuerdo la aprobación de diversos tratados internacionales. Al respecto, la Cámara de Diputados aceptó la tesis sostenida por el autor de este trabajo y permitió la división de la votación en un proyecto de acuerdo que contenía la solicitud de aprobación. Esta tesis jurídica, por lo demás, era la más conveniente, pues si sólo uno de los tratados contenía disposiciones de quórum agravado, ello no obligaba que los demás tratados debieran aprobarse por igual mayoría. Al respecto véase la Minuta aprobada por la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados que recoge esta tesis (Boletín Nº 1.864-10), la que fue sustentada en la Sala de la Corporación y en la Comisión de Relaciones Exteriores por el autor de este trabajo, siendo acogida en definitiva. Sobre el particular consúltese la Sesión 32ª, en martes 3 de septiembre de 1996 de la Honorable Cámara de Diputados, pp. 17 y ss.

[38] STC 309/13 T. 14.

6) El profesor Lautaro Ríos Alvarez[39] señala que el tema que nos ocupa consiste en dilucidar la fuerza y la jerarquía normativa de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos (DD.HH.) en el derecho interno chileno.

- La discusión acerca de la materia se origina en la reforma constitucional introducida por la Ley Nº 18.825, de 1989, que agregó una oración, en la parte final, al inc. 2º del art. 5º de la Constitución. Esta oración ha dado origen, en nuestro país, a una corriente doctrinal que sustenta que –a partir de esa reforma– los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes han pasado a adquirir rango constitucional, o sea, forman parte de la Constitución Política chilena.

- Sentido y mérito de la reforma.

La oración agregada por la reforma es la siguiente:

"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".

Para poder apreciar el mérito de esta oración agregada por la reforma, parece adecuado analizar qué nuevos sentidos, connotaciones o mandatos añade al texto primitivo del art. 5º, inc. 2º, el que ya contenía una formidable protección general a los DD.HH. al prescribir que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Hay quienes han llegado a decir que la única finalidad perceptible de la oración agregada al texto original consistiría en otorgar rango constitucional a esta clase de tratados, de tal manera que, de no ser así, esta reforma resultaría innecesaria por carecer de sentido propio.

Discrepo de esta opinión. Pienso, por el contrario, que la reforma refuerza y complementa vigorosamente el texto primitivo del inciso 2º de artículo 5º.

Veamos, dice, primeramente, cuál es el mérito de la disposición original:

• Ella puso fin al mito tradicional que consideraba la soberanía como una potestad absoluta e ilimitada;

[39] "Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", *Gaceta Jurídica*, Nº 215, año 1998, págs. 7 y ss.

• Ella especificó que el ejercicio del poder soberano tiene como limitación el respeto a los derechos fundamentales, y

• Al hacer consistir esa limitación en "el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" –y no sólo a los reconocidos en la Constitución–, abrió también el "*numerus clausus*" tradicional de los derechos protegidos, a otros que, sin estar expresamente considerados en el catálogo constitucional, fueran inherentes a la naturaleza humana.

A su juicio, la ampliación de sentido que la reforma agrega al texto original consiste en subsanar una notoria omisión de la Constitución Política de 1980, que tiene trayectoria en el derecho comparado y precedente en nuestra propia historia constitucional.

Se alude al deber de promoción de los derechos fundamentales por parte del Estado y de sus órganos, deber que en la Constitución Política de 1980 se constreñía sólo a la "integración armónica de todos los sectores de la nación" (art. 1º inc. 5º).

A su juicio, parece evidente que el sentido y el propósito de la oración agregada al inciso 2º del artículo 5º de nuestra Carta fueron restaurar el deber de promoción de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a todos los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce la soberanía y especificando que tales derechos no son solamente los garantizados por la Constitución, sino también los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La expresión "respetar" que antecede al mandado de "promover" tales derechos no tiene otro alcance que el de una especificación del "acatamiento" –acatar es sinónimo de respetar– que los órganos del Estado deben a las normas que aseguran y garantizan los derechos fundamentales. Puede añadirse una segunda explicación al verbo "respetar" de la oración agregada. El texto original señala como limitación del ejercicio de la soberanía –en abstracto– el respeto a los derechos fundamentales. La oración agregada preceptúa el respeto de tales derechos como deber –en concreto– de cada uno de los órganos del Estado. También puede encontrar una explicación adicional el verbo respetar, ubicado en lugar precedente a la acción de promover, en la sensata constatación de que, para promover un estatuto jurídico de esta envergadura, es condición previa y necesaria respetarlo.

En conclusión y con los antecedentes expuestos, si volvemos a leer el texto completo del art. 5º inc. 2º, excluyendo de la mente el deseo de que el texto diga no lo que dice, sino lo que quisiéramos que dijera, y prescin-

diendo también del cambio de posición que los tratados internacionales sobre DD.HH. han experimentado en otras Constituciones, encontramos en la oración agregada un vigoroso refuerzo a lo que expresa el texto original.

En éste se predica de los DD.HH. su condición limitante del ejercicio del poder. En la oración agregada se dinamiza la declaración precedente, imponiendo a todo el aparato del Estado el deber de respetar y promover no solo la libertad y la igualdad, sino todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados vigentes y vinculantes.

Ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretender hacer con la oración agregada al inc. 2º del art. 5º de nuestra Carta, que tiene –manifiestamente– otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de la constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD.HH. tuvieran rango constitucional per se.

Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley *ordinaria* que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD.HH. y su eventual carácter modificatorio de la Constitución.

Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los arts. 80, 82 Nº 2 y del Capítulo XIV de la Constitución.

De otra manera, no vemos qué coherencia tendría aceptar, para la aprobación de un tratado de derechos humanos, aun cuando modifique la Cons-

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

titución, el quórum de una ley ordinaria, y exigir, en cambio, para la aprobación de un proyecto de reforma del Capítulo III el voto afirmativo de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, amén del trámite de su aprobación por el Congreso pleno.

No vemos con qué argumento podría la Excma. Corte Suprema negarse a tramitar un recurso de inaplicabilidad en contra de la norma de un tratado que fuera contraria a la Constitución, fundándose en que el tratado no es norma legal, sino que es parte de la propia Constitución. Ni vemos con qué fundamento podría el Tribunal Constitucional excusarse de ejercer el control preventivo de la constitucionalidad sobre un tratado opuesto a la preceptiva constitucional vigente, sobre la base de que su rango y naturaleza le impiden controlarlo, y no obstante que el art. 82 Nº 2 le atribuye expresamente esa competencia y, por ende, requerido para hacerlo lo obliga a encarar dicho control.

Una última observación interpretativa. Algunos fundan la elevación del rango de los tratados sobre DD.HH. en la expresión "así como" utilizada por la reforma, al imponer a los órganos del Estado el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales, etc.

Al usar la expresión "así como", que significa "de la misma manera", la Constitución colocaría a los DD.HH. garantizados por los tratados en un mismo nivel jerárquico que los garantizados por la Constitución.

Existe aquí una transposición de conceptos que es útil esclarecer.

Efectivamente, la expresión "así como" es una locución que denota comparación, equivaliendo a "como" o "de igual manera" (Real Academia Española).

Pero del sentido gramatical de la oración no puede caber duda que la igualación comparativa se refiere a la forma verbal "garantizados" con que se califica a los derechos esenciales y no a la jerarquía normativa de los distintos instrumentos que la garantizan.

La lectura correcta del texto es así: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución y garantizados de igual manera por los tratados internacionales, etc.".

A mayor abundamiento, imaginemos la hipótesis de que el texto hubiese dicho: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por las leyes de la República".

¿Acaso podría pretenderse que a partir de esta redacción debiera considerarse a las leyes con igual jerarquía normativa que la Constitución?

En resumen, esta interpretación desmesurada y contradictoria con el sistema de control de la constitucionalidad de la ley, con la rigidez constitucional y con el delicado mecanismo de su reforma, no puede sostenerse ni en el texto de la norma en que pretende fundarse ni en el contexto armónico de nuestro sistema constitucional.

La certeza, la coherencia y la armonía de un precepto como el art. 5º, con el resto del sistema constitucional, son requisitos indispensables para su debido acatamiento, con tanta mayor razón que aquél constituye una de las piedras angulares de la arquitectura constitucional.

7) Fernando Saenger[40] expresa categóricamente que la Constitución de 1980 es una Carta Política escrita, suprema, semirrígida, que contempla una forma única, exclusiva y excluyente de reforma de la misma. Es imposible buscar normas, interpretaciones o métodos distintos a aquellos que contempla el Capítulo XIV.

Al analizar las facultades del Tribunal Constitucional con respecto a los tratados, formula las siguientes observaciones:

a) El Tribunal Constitucional vela por que las leyes y los tratados respeten la supremacía constitucional;

b) Las facultades y atribuciones del Tribunal Constitucional demuestran que los tratados están por debajo de la Constitución. Jamás un tratado podría infringir el texto constitucional, ya que tal hipótesis sería destruir y desquiciar la unidad de la Constitución.

Examinando las atribuciones de la Corte Suprema, el recurso de inaplicabilidad y los tratados internacionales, el profesor Saenger afirma:

a) No hay discusión con relación a la procedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de un tratado actualmente vigente; y

b) La Corte Suprema y la doctrina unánime han señalado que un tratado es una ley.

[40] Fernando Saenger Gianoni, "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, págs. 647 y ss.

Concluye este autor que no es posible afirmar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos formen parte de la Constitución material o tengan rango constitucional, por cuanto no han sido incorporados formalmente a la Constitución Política en la única forma en que ella lo autoriza.

8) Raúl Bertelsen[41] comenta la reforma al artículo 5º de la Constitución en el año 1989, especialmente desde la perspectiva del Ministerio del Interior de la época, porque no sólo hubo negociación con los partidos políticos, sino también debates dentro del Ejecutivo, conversaciones con el Presidente de la República y con los integrantes de la Junta de Gobierno, y en todo ello participó el Ministro del Interior de la época, don Carlos Cáceres.

a) El primer aspecto a considerar es que la proposición de la Comisión Técnica de Renovación Nacional y de los partidos de la Concertación por la Democracia era más amplia en la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos que la solución adoptada finalmente. Su texto consistía en agregar la siguiente oración al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile".

b) El Ejecutivo no aceptó la proposición de los partidos políticos y en el Mensaje de Reforma Constitucional que envió a la Junta de Gobierno redactó la alteración al artículo 5º inciso segundo en los términos que finalmente prevalecieron al ser aceptados por el Organo Constituyente.

En el informe al proyecto de ley que "Introduce modificaciones a la Constitución Política de la República", enviado por la Comisión Conjunta a la Honorable Junta de Gobierno y firmado por el Almirante José T. Merino Castro, como Presidente de la Primera Comisión Legislativa, se contiene una precisión que es determinante. Al analizar la modificación contenida en el artículo único número 1º del proyecto del Ejecutivo, y cuya es, a la letra, la norma aprobada y hoy vigente, que dice: "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 encuentran vigentes", el informe explica primero su significado en los siguientes términos:

"Esta disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vul-

[41] Raúl Bertelsen Repetto, "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, págs. 211 y ss., año 1996.

nerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza. A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados internacionales desarrollarlos sin afectar su esencia".

Lo dicho por la Comisión mencionada reafirma la concepción del Derecho Natural como límite al ejercicio de la soberanía, y por otra parte, describe la función que, como derecho positivo de rango superior, compete a la Constitución Política en la regulación de los derechos humanos, función que está descrita primero en términos negativos –"no son establecidos por la Constitución"– y luego en términos positivos –"se limita a reconocerlos y a describirlos"–. Además, es concluyente para estimar que los tratados internacionales no están en el mismo nivel, sino subordinados, como las leyes, a la Constitución, y de ahí que el papel que les corresponde es inferior: pueden "desarrollarlos sin afectar su esencia".

Hay más, en el informe se dice: "En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales".

Nada se innovó en 1989 en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales respecto de las disposiciones de los tratados internacionales.

c) Varios son los preceptos constitucionales cuyo significado es armónico con el artículo 5º, inciso segundo, sólo si éste se entiende en el sentido que los tratados internacionales, incluso sobre derechos humanos, no pueden apartarse de las normas de la Carta Fundamental, y que, en cambio, no calzan con una interpretación del mencionado precepto que entendiera a dichos tratados como equivalentes a la Constitución.[42]

Particular importancia reviste el hecho que el año 1989 no se alterara la facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de cualquier tratado internacional. No tiene así explicación la tesis que postula que los tratados no están subordinados a la Constitución.

d) Por último, el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de la Constitución quedó asentado con la reforma constitucional de la Ley 19.055, de 1 de abril de 1991, sobre conductas terroristas. Dicha reforma tuvo por objeto alterar la normativa constitucional exis-

[42] Cita al efecto los artículos 6º, inciso 1º; 24 y 82 de la Constitución Política de la República.

UNIVERSIDAD DE DESARROLLO HEMEROTECA

tente para permitir el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Se refería al artículo 4 del mencionado Pacto, concerniente al derecho a la vida, que dice que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la conmutación de la pena, la cual puede ser concedida en todos los casos. Esta norma no se ajustaba al texto original del artículo 9º de la Constitución de 1980, que excluía absolutamente todo indulto para los condenados por conductas terroristas.

Si la norma del tratado de que hablamos hubiera tenido la misma fuerza que la Constitución de 1980, que excluía absolutamente todo indulto para los condenados por conductas terroristas, ésta habría sido modificada tácitamente por aquélla. La dictación de la Ley 19.055, que alteró la disposición constitucional del artículo 9º para permitir el indulto de los condenados a muerte por conductas terroristas, demuestra que no era posible esa enmienda tácita, debido a que la Constitución prevalece por sobre las normas contenidas en tratados internacionales.

9) Angela Vivanco[43] señala que el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, en su texto reformado, en absoluto puede interpretarse como un precepto de incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la Constitución, y mucho menos como una norma que determine la superioridad de éstos sobre la Carta Fundamental. Resulta absurdo pensar que se hicieran cincuenta y cuatro modificaciones a la Carta de 1980, y se hubiera omitido una reforma cincuenta y cinco que mencionara al menos materias de tanta relevancia como las atribuciones del Tribunal Constitucional, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el principio de supremacía constitucional y el procedimiento de reforma constitucional.

Se pregunta la profesora Vivanco ¿aun si un tratado internacional sobre derechos humanos fuera parte de la Constitución, podría entenderse que un tratado internacional que tipifica delitos y determina la jurisdicción de un tribunal penal internacional es también un tratado internacional sobre derechos humanos que, en consecuencia, sigue dicho principio?

Al respecto, manifiesta que es preciso distinguir los derechos humanos de las herramientas jurídicas que un Estado y un ordenamiento jurídico, incluso internacional, crean para ampararlos y protegerlos.

Hay diferencias, agrega, al menos en tres aspectos:

[43] Angela Vivanco Martínez. "Informe en Derecho acerca de los alcances constitucionales del Estatuto de Roma contenido en el Boletín Nº 2.293-10", Valparaíso, martes 31 de agosto de 1999.

a) El derecho esencial no es un producto constitucional o un resultado del ordenamiento internacional, sino una consecuencia necesaria de la naturaleza humana. En cambio, los procedimientos jurisdiccionales, si bien responden a principios que se identifican con los derechos de la persona, sí corresponden a elaboraciones del derecho de un Estado o de una comunidad internacional y son productos procedimentales de ella. En consecuencia, constituyen la creación del Estado para amparar algo que él no ha creado y que son los derechos humanos.

b) Un derecho puede gozar de reconocimiento unánime en todas las Constituciones. Pero el modo de hacer justiciable y la estructura orgánica que lo permite puede ser sustancialmente diversa, ya que corresponde a una tradición jurídica, a una costumbre en cuanto a los procedimientos y a ciertas opciones de carácter político que ha hecho un Estado.

c) El derecho es el que constituye un límite a la soberanía del Estado, y el ejercicio del poder de éste no puede confundirse con el derecho, porque si así se estimara, llevaría necesariamente a considerar que derecho es lo mismo que poder –y en consecuencia, no hay límite externo que pueda imponerse a este último– o a considerarse que la estructura jurídica que los Estados poderosos sean capaces de imponer por sobre los otros, es fuente de derecho, definiendo de esta manera –como lo intentaría Trasímaco en la célebre disquisición platoniana sobre la justicia– lo justo por lo que el poderoso estima que es tal.

10) Santiago Benadava[44] dice que cuando un juez nacional está en presencia de un conflicto entre un tratado y disposiciones de la Constitución Política del Estado, la tendencia dominante es la supremacía, en el orden interno, de la Constitución sobre cualquier tratado, sea anterior o posterior a ella.

Al referirse al artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, después de la modificación de 1989, señala que en virtud de esta disposición los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre las leyes ordinarias que fueren contrarias a las disposiciones de tales tratados y deberían ser aplicados por los órganos del Estado.

Concluye afirmando que es fundamental tener presente que si un tribunal interno aplica una ley contraria a las obligaciones que el derecho internacional impone a su Estado habrá cumplido su deber como tribunal nacional, pero habrá también cometido un acto internacionalmente ilícito que es fuente de responsabilidad para el Estado.

---

[44] Santiago Benadava, *Derecho Internacional Público*, págs. 69 y ss., 7ª edición, Conosur. Lexis Nexis Chile.

V. Soberanía nacional y la Corte Penal Internacional

1) El embajador Pedro Daza[45] señala que la idea de crear un Tribunal Penal Internacional es teóricamente deseable. Sin embargo, el Tribunal que surge del Estatuto convenido en Roma no asegura ni la eficacia del Tribunal creado, ni ofrece las garantías mínimas de universalidad efectiva, independencia y respeto al principio de igualdad jurídica de los Estados como está consagrado en el artículo 1° de la Carta de Naciones Unidas.

Para administrar justicia de manera objetiva e idónea y con vocación universal, es preciso que el Tribunal Penal Internacional sea independiente, realmente universal y dotado de una capacidad de imperio autónomo. La independencia se ve amagada por la relación de la Corte con el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y la facultad del Consejo de pedir a la Corte la suspensión de una investigación en curso o de un enjuiciamiento, lo cual puede renovarse indefinidamente y la Corte tiene la obligación de aceptar la petición.

El Consejo de Seguridad es un órgano esencialmente político y no democrático en su composición y facultades. Entre estas últimas destaca el derecho a veto de las cinco grandes potencias y a través del Consejo se distorsiona la naturaleza jurisdiccional de la Corte Penal Internacional.

La universalidad de la Corte tampoco se ha logrado, porque el Estatuto ha sido suscrito por 79 Estados y hay más de 50 miembros de Naciones Unidas que no lo han hecho. Lo que es más serio es que han decidido no suscribirlo Estados Unidos, India, Pakistán e Israel. En consecuencia, bastante más de la mitad de la población del mundo queda excluida del Estatuto de Roma. Bien puede decirse que se trata de una Corte para los países medianos y pequeños y de la que se excluyen las grandes potencias.

El imperio de la Corte está supeditado a un acuerdo que deberá aprobarse en la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, que vinculará la Corte con Naciones Unidas, y concluirá el Presidente de la Corte en nombre de ésta. El imperio de la Corte queda entregado a un hecho eventual.

De otra parte, la jurisdicción complementaria de la Corte de las jurisdicciones penales nacionales no es tal. La Corte tiene absoluta discrecionalidad para determinar si un Estado tiene o no disposición para investigar o si se encuentra imposibilitado para hacerlo o si el Estado ha adoptado su decisión para sustraer a las personas de la responsabilidad penal por crímenes

[45] Pedro Daza Valenzuela, "Intervención ante la Comisión de Relaciones Exteriores. Cámara de Diputados. Corte Penal Internacional", de fecha 02 de agosto de 1999.

de competencia de la Corte. Finalmente la Corte tiene la facultad exclusiva para determinar si está habilitada o no para conocer un asunto y resolver, a su criterio, si un Estado no ha podido o no ha querido juzgar a un responsable del delito de su competencia.

2) Mario Rojas Sepúlveda[46] expresa que parece fuera de toda duda normativa la circunstancia que los Poderes Colegisladores, al tenor del artículo 5º de la Constitución, son autoridades del Estado chileno, encargados, simplemente, del ejercicio de la soberanía, cuya titularidad radica en la Nación y no en aquéllos. De lo que deriva, de suyo, que el ejercicio del poder soberano, por tales autoridades, en sus respectivos ámbitos funcionales, como la negociación, conclusión, firma, aprobación y ratificación de tratados internacionales, se encuentra afectado por una limitación esencial e implícita: el órgano que, por mandato ajeno, ejerce una determinada potestad –el poder soberano de la Nación– no puede operarla de un modo que implique su abdicación o renuncia, toda vez que la asignación del ejercicio de una cierta facultad autoriza su administración y no su enajenación o disposición.

En cuanto a la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el profesor Rojas Sepúlveda[47] opina que no es efectivo que la soberanía nacional quede resguardada en razón de la jurisdicción complementaria de que está dotada la Corte. A su juicio, ello no es así, porque es la propia Corte Penal Internacional la que decide acerca de su competencia y los defectos de los tribunales nacionales, independientemente del criterio del Estado Parte afectado.

En lo referente al argumento de la creación del Tribunal Internacional por medio de un tratado, que según sus defensores se identifica a la ley, este autor explica que la asimilación del tratado a la ley para crear un Tribunal Supranacional es criticable. En primer lugar, porque es un discurso formal que atiende sólo al elemento literal de interpretación, con prescindencia de toda consideración teleológica y sistemática.

En segundo lugar, constituye un resquicio de hermenéutica que desvía el sano espíritu del ordenamiento jurídico. Y, en tercer lugar, pretender que el Tratado de Roma está amparado por el artículo 5º de la Constitución le parece equivocado, porque confunde dos cosas: una, la operación de los derechos humanos como límite a la soberanía nacional, y otra, la transferencia de soberanía a órganos supranacionales. No resulta posible enten-

[46] Mario Rojas Sepúlveda, "Corte Penal Internacional y Soberanía Universal", *Actualidad Jurídica*, Año I, Nº 2, Julio 2000, Universidad del Desarrollo, pág. 17.
[47] Ibíd., págs.18 y ss.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

der implícita la autorización constitucional para que se revisen por jurisdicciones extranjeras las decisiones de los tribunales chilenos.

3) Cea Egaña[48] señala que el Tratado de Roma es constitucional en razón de haberse relativizado el concepto de soberanía hoy en día. Por eso, al aprobar el Tratado, Chile ejerce la soberanía y no renuncia a ella. Ese poder está ya limitado en virtud del respeto y promoción que debe a los derechos humanos.

Asimismo la constitucionalidad se funda en la primacía de los derechos humanos y de los órganos llamados a respetarlos y protegerlos, nacionales e internacionales, sobre las finalidades del instrumento de Gobierno o sistema político existente en el Estado de Derecho.

Finalmente, abona la tesis de la constitucionalidad –en su sentir– el proceso de internacionalización del Derecho Constitucional, lo que legitima la organización de instituciones, mundiales o regionales, dotadas por los Estados soberanos de competencia para tutelar los derechos humanos cuando se hallan, masiva o gravemente, conculcados.

4) Salvador Mohor y Paulino Varas[49] cuestionan la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional, porque violenta la soberanía nacional. A juicio de estos autores, la soberanía de las naciones sigue siendo una realidad insoslayable y sus Constituciones, la manifestación jurídica de su voluntad de conservarla.

Específicamente el tratado presenta los siguientes vicios:

a) Inconstitucionalidad de la Corte Penal Internacional en cuanto ésta queda facultada para decidir que un Estado parte no se encuentra en situación de

---

[48] José Luis Cea Egaña, "Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional", exposición ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados el martes 31 de agosto de 1999.
Otros informes son: Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre Constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional"; Jaime Lagos, "Corte Penal Internacional", como representante de la Cancillería en su calidad de Director de Asuntos Jurídicos; Jeannette Irigoin Barrene, "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoeslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas"; Natacha Panatt, "Análisis del Proyecto de Tratado de Corte Penal Internacional", 14 de junio de 1999, y "Corte Penal Internacional", septiembre 1998; Jaime Harris Hernández, "Exposición ante la Comisión de Relaciones Exteriores, asuntos interparlamentarios e integración latinoamericana", 20 de julio de 1999; Alfredo Etcheberry, "Constitucionalidad del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional", 17 de agosto de 1999; y Hugo Llanos Mansilla, "El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su ratificación", todos estos informes o exposiciones fueron presentados ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados en el año 1999.

[49] Salvador Mohor Abuauad y Paulino Varas Alfonso, "Corte Penal Internacional: Evaluación Crítica y Cuestiones Constitucionales", *Revista Temas de Derecho*, Edición Especial, Decimoquinto Aniversario de la Revista, Universidad Gabriela Mistral.

ejercer normalmente jurisdicción. Lo anterior equivale a reconocer una soberanía extraña y superior a la del propio Estado.

b) El Estatuto de Roma conduce al juzgamiento de nacionales por una comisión especial, desde que el Tribunal Penal Internacional no es creado por ley y no está sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por otra parte, como está facultado el tribunal que se crea para conocer de delitos permanentes, el cambio del número de magistrados, con acuerdo de la Asamblea de los Estados partes, puede modificar los criterios para calificar delitos permanentes de aquellos que no lo sean, lo cual equivaldría a constituir el tribunal con posterioridad a los hechos que se juzgan.

c) El Estatuto de que se trata impide al Estado parte conceder la libertad provisional a las personas que hayan sido detenidas en cumplimiento de una orden de detención proveniente de la Corte, anulándose así el recurso de hábeas corpus. La Corte puede desconocer un proceso interno y sustanciar uno nuevo, con lo cual se debilitarían el derecho a la defensa jurídica, el principio *non bis in ídem*, el debido proceso y la fuerza de la cosa juzgada.

d) El Estatuto de la Corte desconoce las facultades exclusivas del Ministerio Público para investigar los delitos cometidos en suelo patrio, incluyendo aquellos a que se refiere el tratado, que son de acción pública.

e) Se cercenan las facultades para indultar y amnistiar que le competen al Presidente de la República y al legislador respecto de penas impuestas por la Corte en razón de los delitos contemplados en el Tratado de Roma.

VI. La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002

A) El requerimiento.[50]

1) En su introducción afirma que la Constitución no establece para los tratados internacionales expresamente el control preventivo obligatorio de constitucionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría del Tribunal Constitucional ha sostenido que si un tratado incluye normas propias de ley orgánica constitucional debe ser sometido a control de constitucionalidad. En la doctrina hay cierto acuerdo en la necesidad de este control.

[50] Fue abogado del requerimiento el profesor de Derecho Constitucional don Arturo Fermandois.

2) El Tribunal Constitucional ha dejado en claro que no hay una mayoría única de aprobación de las normas de un tratado si éste contempla disposiciones de distinta naturaleza de aquellas consagradas en el artículo 63 de la Carta Fundamental.[51]

Ellas han de aprobarse con la mayoría correspondiente al carácter que tengan, sin perjuicio de que el tratado ha de sancionarse o rechazarse como un todo.

3) Los tratados deben someterse a la Constitución Política no sólo en cuanto al procedimiento de aprobación y ratificación, sino también en lo que dice relación con su contenido. Si alguno de sus preceptos es contrario a la Carta Fundamental, antes de su aprobación debe procederse a la modificación de esta última.

4) Para el Constituyente la Nación es un continuo histórico de personas que, por su naturaleza, trasciende las generaciones, siendo la Nación la depositaria de la soberanía, en tanto el pueblo o las autoridades constitucionales no son sujetos de ella, ya que solamente la ejercen. El poder de que dispone la autoridad ha de estar al servicio de las personas que constituyen la Nación. En virtud de su propia soberanía el Estado puede darse la organización que estime conveniente, que esencialmente son las potestades que dan gobierno a la Nación: dictar las leyes, aplicarlas y conocer las contiendas que susciten, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado. Esta última es la potestad jurisdiccional. El ejercicio de las potestades inherentes a la soberanía no sólo está permitido por la Constitución, sino que exigido por ella.

5) En el ejercicio de la soberanía se pueden celebrar acuerdos, pero éstos no pueden significar la renuncia de potestades esenciales como es la de administrar justicia, sobre todo en materia penal.

a) Se establece en el Estatuto que la competencia de la Corte es complementaria de aquella que es propia de los tribunales nacionales, pero en realidad es un tribunal que se sobrepone a éstos, pudiendo por sí y ante sí ordenar las investigaciones que él decida.

---

[51] El artículo 63 dispone: Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.
Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de **ley orgánica constitucional** requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Las normas legales de **quórum calificado** se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65 y siguientes.

Las atribuciones de la Corte están, sin embargo, gravemente limitadas por las facultades del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el cual puede requerir a la Corte que suspenda la investigación o enjuiciamiento que haya iniciado, petición que puede renovarse.

El atropello a la soberanía nacional es doble. En primer término, por las atribuciones que se otorgan a la propia Corte y, luego, por el derecho a veto que se asigna al Consejo de Seguridad.

b) La aprobación de tratados que impliquen transferencia de competencias o limitaciones parciales de la soberanía requiere previamente de una autorización constitucional que no está contemplada en nuestra Carta Fundamental.

6) Vicios de inconstitucionalidad.

a) La Corte Penal Internacional pasa a ser, de hecho, un órgano del Estado que la Constitución no contempla, con jurisdicción penal directa sobre chilenos y chilenas. Se contraviene el artículo 5º inciso primero de la Carta Fundamental, que establece que la soberanía se ejerce por las autoridades contempladas en la propia Constitución.

b) La Corte ejerce un poder al interior del Estado de Chile sin respetar ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que está sujeta a su propio Estatuto.

c) Por decisión unilateral de la propia Corte, los órganos del Estado de Chile establecidos en la Constitución y en la ley pueden encontrarse impedidos de cumplir con sus deberes y de ejercer la soberanía nacional, todo lo cual equivale a reconocer una soberanía extraña y superior a la del propio Estado. La aprobación del tratado significa una enajenación indebida de la soberanía nacional y una violación de la preceptiva constitucional.

d) La Corte es inconstitucional, porque su creación se propone por medio de un tratado internacional y no de una ley como lo exige la Constitución.

e) Un tratado internacional dista mucho de ser una ley. El Congreso Nacional se limita a aprobarlo o no; no caben indicaciones ni tampoco la formación de comisiones mixtas de diputados y senadores para resolver las discrepancias entre ambas Cámaras; y no es susceptible de derogación por una ley posterior, por cuanto ha de ponérsele término de acuerdo a las disposiciones del mismo tratado.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

f) Para crear una Corte Penal Internacional es necesario modificar la Constitución Política señalando que un tribunal puede ser establecido por la ley o por un tratado internacional. En la especie, el tratado es inconstitucional al intentar establecer un tribunal cuya creación es de competencia de la ley.

g) La inconstitucionalidad de la Corte se asienta en:

i) La independencia del Poder Judicial, que emana del principio de separación de poderes. Se contraviene este principio desde que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede paralizar la investigación o enjuiciamiento que la Corte haya iniciado.

ii) El principio de inexcusabilidad consagrado en la Constitución es transgredido por la facultad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de poder solicitar a la Corte la suspensión de la investigación o del enjuiciamiento.

iii) Se infringe la Constitución en cuanto al nombramiento de los jueces de la Corte.

iv) Se viola el principio de legalidad, constituyéndose la Corte Penal Internacional en una verdadera comisión especial.

v) Se establecen nuevos tipos penales sin ley. Así ocurre con el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la guerra y la agresión. Esta última, la agresión, no está definida, lo cual conduce al establecimiento de penas para una conducta no descrita en la ley.

vi) Se viola el principio *nullum crimen sine lege*, al consagrarlo a base de principios generales de derechos que no se explicitan, pudiendo ser éstos contradictorios entre sí o bien obedecer a fuentes distintas de la estricta letra de la ley como derecho aplicable en materia penal.

vii) La inconstitucionalidad en materia de indultos y amnistías.

- Las amnistías e indultos generales sólo pueden otorgarse o dejarse sin efecto por ley. Sin embargo, la Corte puede dejarlas sin efecto por su sola voluntad, si considera que los hechos cubiertos por la amnistía o el indulto general son de su competencia.

- La Corte puede también dejar sin efecto una decisión del Presidente de la República concediendo un indulto particular.

viii) El Fiscal de la Corte Penal Internacional invade la atribución exclusiva que tiene el Ministerio Público chileno de investigar los hechos consti-

tutivos de delitos cometidos en territorio chileno. Además, la misma Corte resuelve en forma independiente y autónoma cuándo le corresponde a su Fiscal iniciar las investigaciones pertinentes, pasando sobre las atribuciones de la Fiscalía Nacional.

ix) Se infringen las reglas del debido proceso al relativizarse la autoridad de la cosa juzgada, lo cual acontecerá cuando la Corte decida avocarse a causas falladas y ejecutoriadas por tribunales chilenos.

x) Se desmantelan las inmunidades establecidas en la Constitución.

Se pide: Se declare contrario a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y sus rectificaciones posteriores.

B) Observaciones del Presidente de la República

1) Los Estados Partes expresan su voluntad de crear una instancia jurisdiccional internacional que termine con la impunidad, pero que sea al mismo tiempo de carácter preventivo, con el propósito de evitar la comisión de nuevos crímenes gravísimos que afecten a la comunidad internacional.

2) La Corte Penal Internacional tiene por finalidad la protección de la persona humana, sin reemplazar la jurisdicción penal interna de los Estados Partes, sino actuando bajo el principio de complementariedad, correspondiendo la responsabilidad primera a los propios Estados.

3) Las principales características de la Corte son:

a) Constituye un aparato judicial completo;
b) Es un tribunal penal internacional;
c) Ha sido creado de acuerdo al derecho internacional;
d) Es un tribunal autónomo;
e) Está dotado de personalidad jurídica internacional;
f) Goza de privilegios e inmunidades;
g) Tiene vocación permanente; y
h) Ejerce jurisdicción sobre personas y no Estados.

4) La jurisdicción de la Corte no es complementaria de la acción de los tribunales nacionales en el ejercicio de la jurisdicción nacional, sino que ella viene a complementar el ejercicio por parte de los Estados miembros de una jurisdicción universal o internacional.

5) Con la creación de la Corte la jurisdicción universal sobre los límites

comprendidos en el tratado quedará depositada en un sistema internacional unitario en el cual se integran, bajo el principio de la complementariedad, las jurisdicciones penales nacionales y la propia Corte.

Sus consecuencias para los Estados Partes son:

a) La atribución de competencia para que una jurisdicción penal interna pueda juzgar preferentemente y de modo exclusivo, los crímenes internacionales sancionados en el Estatuto; y

b) El deber que asume cada Estado de perseguir dichos crímenes internacionales conforme a las normas del tratado, lo que explica y legitima la intervención de la Corte si esa obligación no es efectivamente satisfecha por el respectivo Estado.

6) La facultad de juzgar crímenes internacionales fundamentales no es parte de la jurisdicción interna o estatal, por lo que no puede hablarse de una transferencia o cesión de la soberanía nacional o de la soberanía jurisdiccional. Es el tratado el que reconoce competencia a las jurisdicciones estatales para el ejercicio de jurisdicción universal y la jurisdicción de la Corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

7) La aprobación y ratificación del Tratado de Roma por Chile cumple con la Constitución, porque el Estado está al servicio de la persona humana y se encuentra dentro de las limitaciones impuestas por el artículo 5º de la Carta Fundamental.

La aprobación del Tratado constituye un legítimo ejercicio de la soberanía permitido por la Constitución. La jurisdicción y competencia que se atribuye a la Corte no forman parte de la soberanía nacional. El tratado prevee una ampliación de la competencia de los tribunales nacionales para conocer y sancionar los delitos internacionales y dota de competencia a la Corte para efectuar tal juzgamiento en forma complementaria.

8) La jurisdicción y competencia que se otorgan a la Corte nacen por medio de una directa atribución que efectúan los Estados Partes en virtud de su capacidad como sujetos de derecho internacional, mediante un acto que es propio de la soberanía externa de cada uno de ellos.

9) La aprobación del Estatuto de Roma se ciñe al ordenamiento constitucional, que entrega al Presidente de la República la facultad de conducir las relaciones internacionales y negociar, celebrar y ratificar los tratados, y al Congreso aprobar o rechazar los tratados que el Presidente someta a su consideración.

10) No es necesario una reforma constitucional previa para aprobar o ratificar el Tratado de Roma, por permitirlo la Constitución de 1980.

11) La Corte es un tribunal internacional al que el Tratado de Roma sólo le atribuye competencia para perseguir la responsabilidad penal internacional por crímenes internacionales fundamentales y, en este sentido, se le faculta para actuar dentro de nuestro territorio.

12) La Corte es un tribunal independiente e imparcial. Es autónoma, dotada de plena independencia funcional. No depende de ningún organismo nacional o internacional, ni menos aún de Naciones Unidas.

13) La creación de la Corte se inserta en el complejo sistema internacional de protección del derecho humanitario y de los derechos humanos, donde Naciones Unidas ha sido esencial. La facultad que el tratado otorga al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para solicitar la suspensión del procedimiento se encuentra justificada. Se trata de conciliar dos bienes jurídicos: la sanción de delitos de alta gravedad y el mantenimiento de la paz y la seguridad. La intervención del Consejo de Seguridad tiende a evitar que la acción de la Corte pueda afectar la conducción política o los procesos de mediación y de pacificación que esté llevando a cabo el Consejo.

14) Los miembros de la Corte están sometidos a un completo régimen de responsabilidad, a fin de velar por el adecuado desempeño y cumplimiento de las atribuciones que les son propias.

15) No se afecta la superintendencia de la Corte Suprema, ya que la jurisdicción de la Corte Internacional tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad penal internacional.

16) El Estatuto reconoce los principios generales del derecho penal, ya que la Corte se enmarca dentro del ámbito del derecho penal internacional.

El Estatuto establece, especialmente, los siguientes principios: *non bis in ídem; nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege*; irretroactividad de la ley penal; responsabilidad penal individual; exclusión de los menores de 18 años; improcedencia de la excusa del cargo oficial y de las inmunidades; responsabilidad de los jefes y otros superiores; imprescriptibilidad; intencionalidad o dolo; circunstancias eximentes de responsabilidad penal; límites a la obediencia debida; y presunción de inocencia.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

17) En relación a los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, se establece un orden de prelación en cuanto a la legislación aplicable, lo que supone habilitar a la Corte, bajo ciertas circunstancias, para invocar fuentes normativas que se encuentren más allá de los márgenes formales del propio Estatuto.

18) La secuencia lógica que contiene el Estatuto en materia de interpretación y aplicación jurídica es similar a la interpretación de los tratados y las normas de nuestro ordenamiento jurídico interno.

19) El delito de agresión y su falta de tipicidad. El Estatuto detalla un procedimiento para el establecimiento futuro de su definición.

20) La amnistía y el indulto. El tratado impide dictar amnistías o indultos respecto de los crímenes de su competencia. El Estado, en ejercicio de su soberanía, puede renunciar a esa posibilidad, lo cual no implica cesión de soberanía. Esta potestad está incluida en la suscripción de tratados.

21) El Ministerio Público y el Fiscal de la Corte.

Sus atribuciones se rigen por el principio de la complementariedad, con preferencia de investigación y enjuiciamiento a los Estados Partes, aplicándose el deber de cooperación, esto es, que la Corte debe contar con la ayuda de los Estados Partes. Se respeta, en lo esencial, el sistema nacional y se actúa a través de estos sistemas patrios.

22) La cosa juzgada aparente, la inexistencia y el fraude procesal encuentran su correlato en causales de excepción en el derecho interno chileno.

23) El tratamiento de las inmunidades obedece al principio de igualdad ante la ley y ante la justicia y de responsabilidad de las autoridades.

24) Sobre la autoincriminación, el tratado respeta el ordenamiento interno y respecto de los parientes del inculpado se requiere de la asistencia de los Estados Partes.

Pide: Se declare la plena concordancia del Estatuto de Roma con la Constitución chilena.

C) La sentencia del Tribunal Constitucional

1) La materia sometida al control de constitucionalidad. (Considerandos 1º a 5º).

Se trata de pronunciarse sobre la iniciativa que contiene el proyecto de acuerdo destinado a dar su aprobación al Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional y el contenido de su Estatuto. El Tratado de Roma fue firmado por el Gobierno de Chile el 11 de Septiembre de 1998 y fue enviado a la Cámara de Diputados por el Presidente de la República para su aprobación o rechazo, antes de su ratificación. Fue aprobado por la Cámara de Diputados con el quórum de la ley orgánica constitucional.

2) El contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Considerandos 6º a 15º).

Se refiere a los órganos de la Corte; condiciones que han de reunir los magistrados, las candidaturas y la elección de los magistrados; crímenes de la competencia de la Corte; ejercicio de la competencia; suspensión de la investigación o el enjuiciamiento; la no admisión de reservas y las características de la Corte; la aplicación de la responsabilidad penal individual a las personas naturales y la falta de responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Se indica que la jurisdicción de la Corte es penal y complementaria de las jurisdicciones nacionales.

3) **Objetivo y características del tratado.** (Considerandos 16º a 18º). Su objetivo es crear un órgano con jurisdicción penal permanente de carácter internacional destinado a hacer efectivas las responsabilidades penales individuales de los autores de determinados y graves delitos contra la humanidad.

Las características de la Corte Penal Internacional son:

- será un tribunal preestablecido y permanente;

- su competencia será exclusivamente penal y sobre los crímenes de trascendencia internacional (crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión);

- su estatuto contiene los presupuestos orgánicos y funcionales para su desempeño; y

- tendrá personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

4) **Naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional**. (Considerandos 19º a 31º).

La Corte Penal Internacional está dotada de una jurisdicción penal y complementaria de las jurisdicciones nacionales, pero, a juicio de los requirentes, aparece como paralela o contradictoria a ellas.

El tratado no define el carácter complementario de la jurisdicción que se crea. El Presidente de la República, utilizando elementos literales, históricos y sistemáticos, busca desentrañar el concepto de complementariedad concluyendo que el tratado optó por conferir preferencia a los Estados que, en virtud del principio de la nacionalidad o de la territorialidad, estén en condiciones de ejercer su jurisdicción penal interna para la sanción de dichos crímenes.

Las observaciones mencionadas se apartan de la verdadera naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, porque ésta ejerce jurisdicción correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales. Por consiguiente, el Estatuto prorroga una jurisdicción nueva, no contemplada en la Constitución, como lo es la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, lo que importa una transferencia de soberanía no autorizada por la Carta Política.

5) **La Corte Penal Internacional es un tribunal supranacional**. (Considerandos 32º a 33º).

Es permanente, ejerce su jurisdicción sobre personas naturales y, en ciertos casos, por sobre las jurisdicciones penales nacionales.

Los tribunales internacionales establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile, no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de los tribunales nacionales.

La Corte Penal Internacional se superpone totalmente a la actividad de los tribunales chilenos y el juzgamiento que éstos hagan no tendrá más mérito que aquel que le asigne la Corte. Así, la Corte se transforma en supervigilante de todos los tribunales chilenos, incluso de la Corte Suprema, con facultades de avocabilidad de que carecen el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

6) **La soberanía nacional y la Corte Penal Internacional**. (Considerandos 34º a 58º).

a) La Constitución de 1980 al establecer el principio de la soberanía nacional, hizo una clara distinción entre el titular de la soberanía, la Nación,

y quién la ejerce, las autoridades que la propia Constitución establece, únicas que pueden ejercerla válidamente. A ello se agrega el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas.

El límite de la soberanía, según la misma Carta Política, lo constituye el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Precisado lo anterior, la soberanía, entendida como una cualidad del poder del Estado, no admite a otro ni por encima de él ni en concurrencia con él.

b) Entre las funciones públicas entregadas por la Constitución a las autoridades que ella establece, está la función jurisdiccional, que es un aspecto del ejercicio de la soberanía nacional.

La jurisdicción es el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

Como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece, excluyéndose cualquier injerencia de otra autoridad, nacional o internacional. A lo anterior se agrega la regla de la inexcusabilidad, que resulta imperativa para los titulares establecidos en la ley.

Por consiguiente, la jurisdicción que el tratado confiere a la Corte Penal Internacional para conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República y que deben ser competencia de algún tribunal nacional, colisiona con la Constitución.

c) La Corte Penal Internacional no puede quedar exceptuada de la superintendencia de la Corte Suprema sin la correspondiente enmienda constitucional, lo que hasta el momento no se ha producido.

d) Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables. No puede Chile, entonces, reconocer la jurisdicción de tribunales supranacionales sin una nueva preceptiva constitucional que lo autorice.

e) Si bien el concepto de soberanía ha evolucionado, no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una cesión o delegación no autorizada por el Constituyente.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

f) La soberanía, como cualidad del Poder del Estado, es única, como también es una, única e indivisible, la jurisdicción. En consecuencia, no es posible delegar la una o la otra sin una específica reforma constitucional.

7) **La jerarquía de los tratados.** (Considerandos 59º a 75º).

a) Por la reforma constitucional de 1989, se modificó el artículo 5º de la Constitución Política, agregando un inciso segundo, que ha suscitado polémica respecto de su interpretación.

La nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental.

La estrecha relación entre este tema y el que se analiza en el fallo, hace necesario dilucidar esta controversia, máxime que en la fundamentación de las observaciones del Presidente de la República subyace la idea que el derecho internacional convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución.

Con anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional. La norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental. La historia fidedigna de la norma corrobora el aserto anterior. En el Informe de la Comisión Conjunta de Gobierno, de 12 de Junio de 1989, se expresa que la vigencia del precepto del artículo 5º reformado no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales. No estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental.[52]

En sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol Nº 46, el Tribunal Constitucional señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, hizo expresa mención al contenido del Rol Nº 46 y expresó:

[52] En el mismo sentido, Raúl Bertelsen Repetto, "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno", ya citado.

"En relación a la propuesta referida a tratados que modifiquen materias reguladas por la Constitución, se acordó, sin embargo, dejar constancia que la Comisión confirma el criterio ya definido en un informe evacuado en el año 1963, en el cual, respondiendo a una consulta de la Sala (Boletín Nº S 139-10), señaló, coincidiendo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987, que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional" (págs. 349 y 350). Con posterioridad a la reforma el Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de agosto del año 2000, Rol Nº 309, señaló que "si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes" (considerando 17º).

La conclusión de lo anterior es que si las distintas materias del tratado deben respetar los quórum de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política.[53]

Sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo y a posteriori de constitucionalidad de los tratados. Igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Se llegaría, además, al absurdo de rebajar a quórum simple los quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según la materia que se reforma.

El sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5º de la Constitución es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La unidad y coherencia como criterios de interpretación del texto constitucional indican que no puede analizarse aisladamente el inciso 2º del artículo 5º, y debe armonizarse con las normas que consagran el principio de supremacía constitucional, artículo 6º; el control previo de constitucionalidad, artículo 82 Nº 2; el control de constitucionalidad de determinados tratados, del mismo artículo; y el Capítulo XIV que señala un procedi-

[53] En este sentido: Lautaro Ríos Alvarez, "Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", ya citado.

miento especial para la reforma constitucional. Todo lo cual hace primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que estén vigentes.

En suma, examinadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. Si el tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá incorporarse al ordenamiento jurídico interno previa reforma constitucional.[54]

8) **Otras inconstitucionalidades.** (Considerandos 76º a 89º).

Ellas se refieren a indultos y amnistías, fuero parlamentario y prerrogativas de los jueces, y función y atribuciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

En relación con indultos y amnistías, el Estatuto de la Corte Penal Internacional infringe claras normas constitucionales, pues, en esencia, coarta las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, e igualmente priva al órgano legislativo de su facultad de dictar leyes sobre indultos generales y amnistías, en relación con los ilícitos contemplados en el Estatuto mencionado. Este quebrantamiento constitucional se produce en razón de que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes.

En cuanto al fuero parlamentario y a las prerrogativas de los jueces, aparece con nitidez que el fuero parlamentario y las prerrogativas penales de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces que integran el Poder Judicial y de los Ministros del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos quedan sin efecto, porque el Estatuto hace desaparecer este sistema, ya que prevé un procesamiento directo ante la Corte, lo que resulta incompatible con las disposiciones constitucionales correspondientes.

Respecto de la función y atribuciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional, algunas normas del Tratado de Roma infringen derechamente la norma constitucional que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito.

[54] En este sentido, Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y Ciudadanía, Justicia Electoral. Pág. 124, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

9) **Consideraciones finales** (Considerandos 90º a 94º).

Siguiendo el criterio jurisprudencial del mismo tribunal, se expresa que al declararse la inconstitucionalidad de determinadas normas de una ley –en este caso de un tratado–, afecta a todos aquellos cuerpos normativos que sin las normas excluidas no pueden subsistir por sí solos.

Las innovaciones introducidas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional son de tal entidad que si se aceptara ese tribunal bajo el actual texto constitucional, implicaría una violación a normas de la Ley Fundamental. Destaca a este respecto la concepción garantista de la Constitución de los derechos de las personas, de manera que la transgresión de la Carta Política importa la desprotección de tales derechos.

La mencionada concepción encuentra raigambre en la sentencia de Marbury versus Madison, que en palabras del juez Marshall, sienta el principio de la supremacía constitucional, cuando dice: "o la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdad la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por su naturaleza".[55]

Disidencias: El Presidente, señor Colombo, y el Ministro señor Figueroa discrepan del Considerando 89 sobre el Fiscal de la Corte Penal Internacional.

El ministro señor Figueroa discrepa de los considerandos 59º a 73º, sobre la jerarquía de los tratados. No se ha cuestionado –dice– la admisibilidad del requerimiento en cuanto a la potestad del Tribunal de revisar la constitucionalidad del tratado. Y la supremacía constitucional debe examinarse al incorporarse el tratado al derecho interno, lo cual escapa a la situación *sub-lite*.

Prevención del ministro señor Figueroa, se requiere de reforma constitucional, los señores Colombo, Valenzuela, Bulnes y Alvarez estiman que lo dicho en la prevención del señor Figueroa está en el considerando 92.

[55] Esta jurisprudencia es del año 1803, e influyó en nuestro control de constitucionalidad por inaplicabilidad, tanto en la Carta de 1925 como en la Constitución de 1980.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Acordada con el voto en contra del ministro señor Libedinsky:

1) Sostiene que la reforma constitucional puede ser salvada acudiendo a enfoques interpretativos que, estableciendo límites armoniosos y justos, permitan concluir que existe plena compatibilidad entre el Estatuto de la Corte y la Constitución.

2) El Estatuto de Roma señala que la Corte Internacional será una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

Los crímenes de la competencia de la Corte están enumerados en el Estatuto y el carácter de su jurisdicción complementaria deriva, fundamentalmente, de las cuestiones de admisibilidad.

3) La palabra "complementaria" evidencia que el propósito de la Corte no es sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino sólo intervenir cuando estas últimas no puedan o no quieran ejercer su obligación de investigar o juzgar a los presuntos responsables de los delitos contemplados en el Estatuto. Por la importancia del principio de la complementariedad, desestima las objeciones de "enajenación indebida de la soberanía nacional".

4) Luego de citar palabras del Presidente de la República, afirma que debe concluirse que el principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma configura una garantía de la primacía de nuestro sistema jurisdiccional, que sólo posibilitará la actuación de la Corte Penal Internacional en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho sólo de un modo ficticio o simulado. No se afecta, en consecuencia, el principio básico de la soberanía del Estado chileno en orden a que sus tribunales, de modo primario, conozcan las causas civiles y criminales que se promuevan dentro del territorio de la República, las juzguen y hagan ejecutar lo juzgado.

5) En el preámbulo del Estatuto se lee: "que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia y que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, para destacar después que la Corte Penal Internacional "será complementaria de las jurisdicciones nacionales". Todo lo anterior

corrobora lo ya manifestado en el sentido de que la Corte Penal Internacional intervendrá sólo de modo subsidiario, cuando los Estados no lo hagan, incumpliendo la obligación de castigar, a través de sus respectivos tribunales, los crímenes enumerados y tipificados en el Estatuto.

6) El ejercicio preferente de la jurisdicción por los tribunales nacionales, junto con estar reconocido en el Estatuto, está resguardado por la obligación de la Corte de cerciorarse de su competencia, pudiendo de oficio declarar su incompetencia o inadmisibilidad, esto es, su calidad de complementaria de las jurisdicciones nacionales.

7) Sobre la materia de que se trata, se establece una suerte de presunción de inadmisibilidad o incompetencia, que se desvirtúa sólo cuando concurren las circunstancias enunciadas en el Estatuto. Con todo, será la propia Corte la que decidirá al respecto, en una resolución que puede ser objeto de impugnaciones.[56]

8) Nuestra Constitución no se colocó en el supuesto de que los tribunales de justicia nacionales no pudieran o no quisieran ejercer su jurisdicción penal castigando los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, permitiendo, de este modo, su impunidad. En estas condiciones, y donde nada se ha dicho, no resulta posible investigar la voluntad real del constituyente, sino que hay que buscar su voluntad supuesta o ficta acudiendo, si es del caso, al contenido de otros preceptos constitucionales.[57]

---

[56] Nota del Editor: sin embargo, la impugnación la conoce y resuelve la misma Corte Penal Internacional.

[57] El voto de minoría alude aquí a Panchaud, para quien un órgano de justicia constitucional debe ser, en el cumplimiento de su misión, lo bastante flexible para atender a la evolución del país y lo suficientemente firme para mantener los principios esenciales. También cita al jurista norteamericano Beck, que expresa que la interpretación verdadera de la Constitución se logra cuando se considera a ésta, no como el ancla que mantiene quieto el barco, sino como velas que impulsan su navegación (Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de Interpretación Constitucional*, pág. 510, Capítulo XIX "Enfoque progresista", Abeledo Perrot, 1998). **Nota del Editor**: curiosamente el mismo Linares Quintana en el mismo capítulo de la obra citada, pág 431, recoge el pensamiento de Bielsa, quien destaca que cuando se sanciona una Constitución, se establecen normas destinadas a cierta duración, normas más comprensivas y sólidas que las legislativas, Con ello se quiere, precisamente, poner un dique a las corrientes transitorias o circunstanciales de los cuerpos legislativos. "La Constitución –dice este autor– establece normas fundamentales que en sus preceptos aseguran estabilidad y certeza. El instinto de conservación del cuerpo político social de la Nación explica esa convergencia de casi todos los partidos en punto a las normas fundamentales. Cuando se sanciona una Constitución se quieren fijar normas fundamentales e insalvables. Y son fundamentales, porque se estiman necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Esas normas, por eso mismo, están sobre todo otro poder, y desde luego, sobre el legislador. Si no fuera así, no tendría razón de ser un sistema básico de normas, pues bastaría librarlo todo al legislador" (Lo dicho por Bielsa en cuanto a las leyes es igualmente aplicable a los tratados).

9) El artículo 5º de la Constitución establece: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". ¿Es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?

10) La inconstitucionalidad fundada en que la Corte Penal Internacional se establecería por "tratado" y no por "ley", y que tratándose de la organización y atribuciones de los tribunales se requiere de ley orgánica constitucional, se desestima porque esas reglas están dirigidas a los tribunales chilenos y no a extranjeros o internacionales.

11) En cuanto al rango y jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en el derecho interno, en particular los que versan sobre derechos humanos, señala que lo cierto es que ningún autor les asigna un rango inferior al de la ley, con lo cual se cumple con el principio de legalidad.

12) Acerca de la supresión del fuero parlamentario y de las prerrogativas penales de los jueces y de los ministros del Tribunal Constitucional, se cita a una tratadista para concluir que: "Un argumento de cierre respecto del tema que venimos tratando consistiría en considerar que la comisión de alguno de los crímenes que tipifica el Estatuto –y no hay que olvidar que los tipifica para salvar los bienes jurídicos más elementales, que deben estar asimismo tutelados por toda Constitución digna de tal nombre– sin que existiera una reacción de los mecanismos constitucionales del propio Estado para reprimirlos supondría de hecho la quiebra o colapso del orden constitucional, de todo el orden constitucional, inclusive de las prerrogativas e inmunidades que estable con su carácter funcional".

Conclusión del voto de minoría: El Estatuto de Roma no consigna disposiciones contrarias a preceptos de la Constitución Política de la República.

VII. Conclusiones

De la recopilación doctrinaria efectuada y de lo decidido por el Tribunal Constitucional el 8 de abril del año 2002, resultan las siguientes consecuencias:

1) La soberanía entendida como una cualidad del poder del Estado no admite a otro ni por encima de él ni en concurrencia con él. La función jurisdiccional es un aspecto del ejercicio de la soberanía nacional y sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. La soberanía, si bien ha evolucionado, no permite que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una cesión o delegación no autorizada por el Constituyente.

2) Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben sujetarse a la Carta Política, de lo cual se infiere que priman las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que estén vigentes.

3) Queda una cuestión pendiente: ¿tiene sentido someter a los chilenos a una Corte Penal Internacional, intervenida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, donde no se respeta el principio de *ius cogens* de igualdad de los Estados y en el que prevalecen criterios políticos por encima de los principios jurídicos?[58]

EL EDITOR

[58] Pedro Daza Valenzuela, "Corte Penal Internacional" y Carlos Frontaura Rivera, "Corte Penal Internacional", www.fjguzman.cl. Pablo Rodríguez Grez, "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", *Actualidad Jurídica* Nº 1, enero 2000, pág. 53.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional

Carlos Cruz-Coke Ossa
Profesor Titular de Derecho Político
y Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Requerimiento y observaciones del Presidente de la Republica

Con fecha 4 de marzo de 2002, fue formulado ante el Tribunal Constitucional un requerimiento por 35 diputados, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 82 N° 1° de la Constitución Política de la República de Chile.

El requerimiento tuvo por fundamentos los siguientes, resumidamente:

1. Vulneración al artículo 5° de nuestra Carta Fundamental en orden a que se estaría atropellando a la soberanía nacional en tres aspectos fundamentales:

a) Por las atribuciones que se otorgan a la propia Corte.
b) Por el derecho a veto que se asigna al Consejo de Seguridad.
c) Por reconocer soberanía a un órgano extraño a nuestra Constitución, como lo es la Corte Penal Internacional.

2. Se señala, por otra parte, que la Corte entra a disponer en nuestro territorio del estatuto de un órgano del Estado, sin que ni su creación ni su acción estén reguladas por la ley.

3. Se vulnera el artículo 73 de la Constitución, en el sentido de que la creación de este tribunal no se adecúa al procedimiento que señala la Constitución para la creación de los tribunales, los cuales se generan por medio de una ley y no mediante un tratado internacional.

4. Se vulnera el principio de independencia de los tribunales, que consagra el mismo artículo 73, ya que el estatuto de la Corte dispone que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede paralizar la investigación o enjuiciamiento que la Corte haya iniciado.

5. Vulnera el principio de "inexcusabilidad de los tribunales" que señala el artículo 73 de nuestra Carta Fundamental, mediante el cual tribunales no pueden excusarse de administrar justicia, lo que sí ocurre con la Corte Penal Internacional, que sí puede excusarse.

6. Se vulnera el artículo 75 de nuestra Constitución, en cuanto al nombramiento de los jueces, debido a que la Corte Penal Internacional infringe la Constitución, porque para la generación de sus jueces las reglas básicas no están comprendidas en nuestro sistema constitucional, en contradicción con el mecanismo institucional que señala este mismo artículo.

7. Se indica, además, que el tratado viola el principio de legalidad que se encuentra en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al establecer penas para una conducta no establecida en la ley, por una comisión especial y no ajustándose a un procedimiento y una investigación racional y justa.

8. También señalan los requirentes la inconstitucionalidad del Estatuto en cuanto al indulto y la ley de amnistía, contraviniendo lo dispuesto en el Art. 32 N° 17, atribución especial del Presidente de la República;

9. Se establece, también, que viola el principio de autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que la Corte estaría facultada para revisar procesos fenecidos dejando sin efecto las sentencias si así lo considera necesario, infringiendo nuevamente el artículo 73 de la Carta Fundamental.

10. Indican, finalmente, que el Estatuto de la Corte viola el derecho constitucional de chilenas y chilenos de no encontrarse obligados a declarar bajo juramento en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuges y demás personas que, según los casos y circunstancias, establezca la ley, que se contempla en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución.

Posteriormente, con fecha 25 de marzo de 2002, el Presidente de la Republica evacuó el traslado concedido por el Tribunal Constitucional, formulando las siguientes observaciones:

1. Señala, primeramente, la importancia del hecho de que se haya llegado a tal avance en el derecho internacional humanitario, lo que indica como destacable.

2. El Presidente de la República señala que el requerimiento es erróneo, debido a que la Corte tiene como finalidad complementar la jurisdicción de los tribunales internos, dentro de una jurisdicción universal; y en ningún caso suplir la administración de justicia que corresponde ejercer a los tribunales chilenos. En relación con este principio de complementariedad, señala que lo anterior significa que la Corte actuará sólo en los casos en que los sistemas nacionales sean incapaces de llevar adelante sus obligaciones de administrar justicia de modo efectivo.

3. Señala, asimismo, que la facultad de conocer las causas criminales fundamentales no es restrictivamente jurisdicción interna o estatal, por lo que no puede significar una transferencia de jurisdicción.

4. Agrega el Ejecutivo que la aprobación del tratado constituye un legítimo ejercicio de la soberanía permitido por la Constitución, de acuerdo a los artículos 5° incisos 2° y 5°, N° 1, de la Carta Política.

5. Señala, además, que la aprobación del Estatuto de Roma se ciñe al ordenamiento constitucional y en este sentido destaca que la Constitución entrega al Presidente la facultad de conducir las relaciones internacionales, y negociar, celebrar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, y al Congreso, la de aprobar o rechazar los tratados que el Presidente de la República les presentare.

6. De lo expuesto, concluye el Presidente que no es necesaria una reforma constitucional previa para aprobar y ratificar el tratado, y que, por el contrario, ello ya se encuentra permitido por la Constitución Política de 1980.

7. Señala, también, que el Estatuto de la Corte protege la independencia de los magistrados estableciendo una serie de normas que aseguran dicha libertad.

8. Expresa que no se afecta la superintendencia de la Corte Suprema, ya que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad penal internacional.

9. Respecto de la amnistía y el indulto, el Presidente plantea que la aprobación del Estatuto de Roma es compatible con la dictación de amnistías o indultos respecto de los crímenes de su competencia, lo cual se encuentra perfectamente ajustado a la Constitución Política, puesto que así como el Estado puede otorgar una amnistía o un indulto general, resulta igualmente legítimo que en una expresión de la propia soberanía, renuncie a esa posibilidad tratándose de crímenes internacionales, lo cual en ningún caso implica una cesión de soberanía.

10. Respecto de la situación de los ascendientes, descendientes y cónyuge del inculpado, tampoco se verifica infracción constitucional alguna, puesto que para obtener tal comparecencia la Corte debe recabar la asistencia de los Estados partes.

II. Sentencia que acoge la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional

Con fecha 8 de abril de 2002, el Tribunal acogió el requerimiento, fundado en los siguientes fundamentos:

a) Que efectivamente se infringe el artículo 5° de la Constitución, en el sentido de que el Estatuto de Roma confiere la facultad de abrir procesos por crímenes cometidos en Chile, lo que claramente importa una transferencia de soberanía, que no está autorizada por nuestra Carta Fundamental.

b) Infracción al artículo 73 de la Constitución, en orden a que este artículo señala la forma de crear los tribunales, que es por medio de una ley.

La generación de la Corte como tribunal no se ajusta a lo establecido constitucionalmente, ya que no se reconoce la creación de tribunales por medio de tratados internacionales.

También lo infringe ya que este mismo artículo se refiere a la autoridad de cosa juzgada en que no es permitido para el Presidente de la República, ni para el Congreso, en caso alguno, avocarse a causas pendientes, ni menos revivir procesos fenecidos, lo que es perfectamente posible que realice la Corte, inclusive sustituir sentencias de tribunales chilenos, si así lo estima conveniente.

c) También infringe el artículo 73, en cuanto al principio de inexcusabilidad, por el cual los magistrados no pueden excusarse de ejercer su jurisdicción y la Corte sí puede hacerlo.

d) Infracción a los artículos 6° y 7°, que establecen el Estado de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado someten su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella.

En cuanto al artículo 7°, la Corte no sería un órgano del Estado válido, toda vez que se genera por un tratado internacional y no mediante una ley.

e) Infracción al artículo 79 de la Constitución, pues siendo la Corte complementaria de la jurisdicción de la Corte Suprema, se sobrepone a los tribunales chilenos en las facultades propias de la Corte Suprema, exclusivas y excluyentes, pues tendría la facultad de examinar las intenciones y motivaciones de nuestros tribunales al juzgar.

f) Infracción del artículo 19, N° 3, inciso tercero, pues la Corte se transformaría en una verdadera comisión especial, de las que expresamente la Constitución prohíbe.

g) Infracción al artículo 19, N° 3, inciso 4°, pues no se garantiza el debido proceso (procedimiento y una investigación racionales y justos), pues el procedimiento del Tribunal Penal Internacional está contenido en un tratado y no tiene relación alguna con el señalado por el constituyente, como lo ordenan los artículos 19 N° 3, 73 y 74.

h) Se ratifica la tesis de que los tratados internacionales se subordinan siempre a la Constitución (confirmado por fallo Rol 46, del Tribunal Constitucional, de 21 de diciembre de 1987).

i) Infringe el artículo 32, N° 16, de la Constitución (atribuciones especiales del Presidente de la República) en relación con el indulto, y en relación con la ley de amnistía y la facultad del Congreso del artículo 60, N° 16, que establece materias de ley respecto de las últimas. La Corte Penal Internacional viola tales facultades.

j) Se infringe el artículo 75 de la Carta Fundamental en el sistema de generación de los jueces internacionales, ya que los miembros del Tribunal Penal Internacional son designados por el Consejo de Seguridad de la ONU y no se darían las necesarias condiciones de imparcialidad, atendido el carácter político de estos magistrados.

k) No considera el tratado los fueros de que gozan ciertas personas y las inmunidades diplomáticas señaladas respectivamente en el artículo 58 inciso segundo, artículo 78, y artículo 81 inciso cuarto.

III. Conclusiones finales de la sentencia

1. Por consiguiente, para el Tribunal Constitucional, la existencia y constitucionalidad del Tribunal Penal Internacional sólo es posible mediante una reforma previa a la Constitución, indicando diversos Estados que han debido modificar su Carta Fundamental, citándose los casos de Francia, Portugal, Irlanda y Luxemburgo.

2. Otros Estados no requirieron de reformas por someterse sus Constituciones a la transferencia de soberanía, casos de Argentina, Austria e Italia, por estar considerada en sus Cartas Fundamentales.

3. La intervención del ministro D. Juan Agustín Figueroa dice relación con el avance que ha experimentado el derecho internacional humanitario, haciéndose necesaria su existencia por ser ejemplarizador y disuasivo, no obstante concurrir con su voto favorable al fallo.

4. El voto de minoría emitido por el ministro Sr. Marcos Libedinsky señala que para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional no es necesaria una reforma Constitucional previa, ya que se trata nada más que de un problema de enfoques interpretativos, que al establecer límites armoniosos y justos permitan concluir que existe compatibilidad entre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y nuestra Constitución.

IV. Conclusiones

a) Este fallo ha ratificado completamente y en forma elocuente el principio básico del Derecho Constitucional Chileno y Comparado de la supremacía de la Constitución.

b) Por otra parte, despeja definitivamente la discusión, ya superada, acerca de un supuesto rango superior de los tratados internacionales en materias de derechos humanos, con preeminencia de las disposiciones constitucionales en esta materia (Capítulo III de la Constitución).

Así lo había confirmado el profesor Pablo Rodríguez Grez en su artículo "El Tratado Internacional frente a la Constitución y la Ley", de enero de 2001, revista *Actualidad Jurídica* de esta Universidad, que señala terminantemente la supremacía constitucional por sobre los tratados internacionales, cualquiera sea la materia sobre la cual versan; también lo reafirma el fallo del Tribunal Constitucional, Rol 46, de fecha 21 de diciembre de 1987; además del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, justicia y Reglamento del Senado, de noviembre de 2001; y la tesis sostenida por el Profesor Lautaro Ríos en su obra "Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", de *Gaceta Jurídica*, N° 215, 1998, página 13, entre otros documentos.

c) En conclusión, la Constitución sólo es modificable en la forma establecida en ella por el poder constituyente derivado (Capítulo XIV, sobre reforma de la Constitución), con la concurrencia del Congreso Nacional y el Presidente de la República, y jamás tácitamente, ni por otros medios distintos.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

El tratado es una norma legal válidamente reconocida por nuestro ordenamiento interno, y en la especie esta clase de tratado tiene una jerarquía superior a la ley, pero siempre subordinado a la Constitución, toda vez que siendo una facultad del Congreso Nacional su aprobación o rechazo, no es materia del Poder Constituyente, que se establece expresamente en el capítulo XIV de nuestra Carta Fundamental (Reforma de la Constitución).

No cabe la menor duda de que, garantizando nuestra Constitución los derechos esenciales que emanan de la persona humana, como lo reconoce el artículo 5° inciso segundo, ellos tienen mayor jerarquía que los tratados internacionales sobre esta materia, toda vez que ellos se generan por una norma inferior a la que reconoce y ampara la Carta Fundamental (Art. 50, N° 1°, de la Constitución).

1. No es posible sostener que exista superioridad del Capítulo I sobre el Capítulo III de la Constitución, dándose como argumento la supremacía de esta parte del ordenamiento constitucional, por tratarse de la parte doctrinaria o "debe ser" de la Constitución, por sobre el Capítulo III, relativo a los derechos y deberes constitucionales, pues la Constitución se debe interpretar como un todo armónico, y por lo tanto, no es susceptible de analizarla separadamente, como lo ha expresado en diversas sentencias el Tribunal Constitucional. Y, enseguida, es el Capítulo III de nuestra Carta Fundamental el que hace posible la concreción de los grandes principios constitucionales que emanan de dicho Capítulo I, por lo que ellos se harían ilusorios si no los expresara y no señalara los recursos constitucionales para hacer efectiva la protección de los mismos. Recordemos que en esta parte la Carta Fundamental es reglamentaria, excepcionando su brevedad general (Constitución básica, sumaria o breve, en cuanto a su extensión) y lo hace precisamente porque reconoce el artículo 1°, que el Estado está al servicio de las personas, las que cuentan con derechos naturales anteriores al Estado. Ello lo explicita el artículo 19 de la Carta Fundamental en forma detallada y completa, a nuestro juicio.

2. El fallo del Tribunal Constitucional al dictaminar la violación del artículo 5° de la Constitución, con tan poderosos argumentos, da consistencia al principio de la indivisibilidad de la soberanía nacional. No parece posible concebir una soberanía externa, que no se genere de la propia Carta Fundamental y superior a la que ella establece y que entrega a los órganos previstos en ella (artículos 5° y 6°) y en la forma que dicha Constitución consagra; y por último, su delegación sólo compete a las autoridades que la propia Constitución o la ley determina y de manera exclusiva.

3. Los órganos dotados de jurisdicción, según nuestra Carta Fundamental, son aquellos que también en forma exclusiva y excluyente tienen su jurisdicción según lo determina nuestra Carta Constitucional y en caso alguno los extraños a ella. De no operar este conjunto de normas explícitas, se produciría el desamparo jurídico más violento, contrario a los derechos humanos y prácticamente volveríamos a la "ley de la selva" en materia jurisdiccional, pues perfectamente podrían primar razones políticas, ideológicas y de conveniencia ocasional por sobre normas claras y contundentes en materia de defensa jurídica (Art. 19, N° 3, en relación con los Arts 73 y ss. de la Carta Fundamental).

4. Otra situación que agrava la detención de los eventuales culpables de los delitos que puede perseguir la Corte Penal Internacional es que éstos quedarían privados de derechos, garantías, recursos y beneficios que establece nuestra legislación interna, monopolizando aquel Tribunal dichas salvaguardias en desmedro del inculpado. Por consiguiente, y sólo por este Capítulo, de ratificarse dicho tratado internacional, es incuestionable que serían acogidos categóricamente los eventuales recursos de inaplicabilidad del artículo 80 de la Constitución.

5. Por otra parte, el juzgamiento de los delitos eventuales que establece el Tratado de Roma es de competencia de nuestros tribunales, quienes interpretan la ley y, por ende, la Constitución. En esta materia, es tan fuerte la jurisdicción que impone dentro de sus facultades el Tribunal Internacional que, incluso, establece tipos de delitos, como el de "agresión", cuya conducta penal no aparece expresamente descrita, por lo que infringe, además, el artículo 3°, inciso final, de la Constitución, constituyéndose, por lo tanto, en una verdadera "ley penal en blanco".

6. El artículo 87 del tratado dispone que en un organismo de policía criminal tiene la facultad de poner a disposición de la Corte a los posibles autores de los delitos de que es competente dicha Corte. Debemos tener presente que pueden primar razones políticas (por las cuales no es posible la extradición según nuestro derecho interno), lo que, asimismo, se vería menoscabado violentando la seguridad de las personas, en la más absoluta indefensión frente a eventuales denuncias y procesamientos extremos.

7. No puede sostenerse también que el tratado sea complementario de nuestra jurisdicción, como sostiene frente al requerimiento el Gobierno de Chile. Complementario, según el diccionario de la Real Academia Española, es aquello "que sirve para complementar" ("cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra cosa para hacerla íntegra o perfecta") "o perfeccionar una cosa". En lo relativo al tratado, él no es accesorio de la Cons-

titución chilena, ni agrega a nuestro derecho constitucional interno alguna modalidad, sino que está creando una nueva jurisdicción independiente de nuestra soberanía y jurisdicción. Ha de tenerse presente que, como fuente de nuestro Derecho Constitucional, las leyes complementarias de ella sólo desarrollan los mandatos constitucionales, pero jamás pueden sobreponerse al Estatuto Constitucional.

8. Por otra parte, no es menos cierto que no han concurrido y han señalado que no concurrirán a su ratificación potencias como los Estados Unidos de América y China Popular, entre otras. De esta manera, la eventual situación jurídica de los Estados menores pasaría a ser verdaderamente dramática, y por lo tanto no todos ellos serían juzgados de la misma forma, lo que constituye un verdadero abuso del derecho.

9. Las graves violaciones a las facultades presidenciales y del Congreso Nacional que establece el proyecto del Tratado de Roma y que hace notar la sentencia del Tribunal Constitucional, prácticamente colocan en la interdicción constitucional y jurídica nada menos que a los Poderes del Estado: Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, a lo que se agregan las aun más notorias del Poder Jurisdiccional. Ello implica, desde luego, un quiebre evidente de nuestro Estado de Derecho, una verdadera abdicación del Estado y, lo que es más grave, se sobreponen a nuestro Estatuto Constitucional normas de carácter internacional que vulneran más de quince artículos de nuestro ordenamiento institucional.

Todo ello es de una tremenda gravedad, porque siendo la Constitución precisamente un dispositivo de control del poder, éste tiene por objeto primordial y fundamental la seguridad jurídica y libertad de las personas y ellas se verían notablemente menoscabadas.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales

Interpretación del Tribunal Constitucional. Derecho comparado.

Aldo Monsálvez Müller
Profesor de Derecho Internacional Privado
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En la sentencia sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de fecha 08 de abril del 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció exhaustivamente en los considerandos 59 al 75 respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

No obstante que el requerimiento formulado por un grupo de parlamentarios se refería a la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fue justificado y oportuno que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca del sentido y alcance del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política en armonía con la recepción y rango jurídico en Chile de los tratados sobre derechos fundamentales, por las siguientes razones: porque en el requerimiento se señala que los tratados deben someterse a la Constitución Política no sólo en cuanto a su procedimiento de aprobación y ratificación, sino que también en lo que dice relación a su contenido, ya que si alguna de las cláusulas del tratado es contraria a la Carta Fundamental, antes de su aprobación debe procederse a la modificación de ésta; porque a partir del año 1989, por la reforma constitucional que modificó el artículo 5° de la Constitución agregando un inciso segundo: *"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"*, se han generado y continuarán las profundas divergencias acerca de la jerarquía de los tratados de derechos esenciales, ya que un gran número de académicos sostienen que estos tratados tienen valor de norma constitucional e incluso supraconstitucional, habida consi-

deración que en las observaciones efectuadas por el Presidente de la República, con fecha 25 de marzo de 2002, se expresa que la aprobación y ratificación del Tratado de Roma por nuestro país cumple el mandato constitucional consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental, en el sentido de que el Estado está al servicio de la persona humana y se encuentra dentro de las limitaciones impuestas por el artículo 5° de dicha Carta; y porque el mencionado tratado forma parte del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Además, otro significativo grupo de académicos pensamos que todos los tratados internacionales, una vez cumplidos los trámites formales previstos en la Constitución, por mandato del artículo 6° se encuentran subordinados a ella *–principio de supremacía constitucional–* y no existen otras normas jurídicas de rango constitucional que las expresamente determinadas por la Constitución, que son: la ley modificatoria y la interpretativa de la Constitución, producto del ejercicio de la Potestad Constituyente.

La razón de lo anterior radica en que los tratados internacionales se recepcionan automáticamente en el derecho interno, una vez ratificados, promulgados y publicados, en su caso con jerarquía de ley, sin perjuicio de que frente a un conflicto con la ley interna prevalezcan los tratados conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Obviamente si el tratado entra en conflicto con la Constitución, debe prevalecer ésta. Y si el conflicto se suscita entre un tratado y una ley interna de orden público, creemos que debe prevalecer esta última en resguardo de la soberanía y la organización interna del Estado y los intereses generales de la colectividad.

Señala el Tribunal que antes de la reforma del año 1989, la opinión unánime era en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional, recordando al respecto que el nuevo inciso agregado al artículo 5° de la Constitución no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental.

En abono a lo anterior y recurriendo a la historia fidedigna de la disposición señalada, el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, del 12 de junio de 1989, expresó: "En virtud de este número se agrega una oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que dice: *"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 disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza. A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia.

En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales".

Exponiendo acerca del rango jurídico de los tratados internacionales, el profesor Bertelsen, a propósito de dicho informe y el párrafo transcrito, comenta "que es particularmente rico en doctrina, pues, por una parte, reafirma la concepción del derecho natural como límite al ejercicio de soberanía, y por otra, describe la función que, como derecho positivo de rango superior, compete a la Constitución Política en la regulación de los derechos humanos, función que está descrita primero en términos negativos –*"no son establecidos por la Constitución"*– y luego en términos positivos –*"se limita a reconocerlos y a describirlos"*–. Además, es concluyente para estimar que los tratados internacionales no están en el mismo nivel, sino subordinados, como las leyes, a la Constitución, y de ahí que el papel que les corresponde es inferior: Pueden *"desarrollarlos sin afectar su esencia". Agrega "¿cabe, entonces alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables?* Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales" *(Revista Chilena de Derecho.* Vol. 23, 1996, N°s 2 y 3, T. I, p. 218).

Lo anterior permite al Tribunal afirmar que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución, ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere, carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado.

En sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, antes de la reforma de 1989, el tribunal expresó: "*que las normas constitucionales, en el orden*

interna, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales", criterio confirmado en acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre la reforma de la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, que expresó: *"En relación a la propuesta referida a tratados que modifiquen materias reguladas por la Constitución, se acordó, sin embargo, dejar constancia que la comisión confirma el criterio ya definido en un informe evacuado en el año 1963, en el cual, respondiendo a una consulta de la Sala (Boletín N° S139-10), se señaló, coincidiendo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 21 de diciembre* de 1987, *que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional"* (págs. 349 y 350).

Señala el Tribunal que, para la interpretación de la reforma constitucional en análisis, tiene gran importancia esta afirmación de la Comisión, pues para determinar el sentido del artículo 5°, inciso segundo, utiliza el mismo criterio de un informe del año 1963, y deja constancia, en esta forma, que la Constitución prevalece sobre los tratados que se refieran a derechos humanos.

Reafirmando esta posición sustentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 4 de agosto de 2002, Rol número 309, sobre un requerimiento de un grupo de diputados para que se declarara la inconstitucionalidad del Convenio número 196, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, expresó en los considerandos 17 y 18 que una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50 número 1 y 63 inciso segundo de la Carta Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esta clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado, se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella y que la misma tesis la sostiene, por otras razones, el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordado en sesión celebrada el 13 de octubre de 1993, aprobado por la unanimidad de los senadores presentes en la sala el día 10 de noviembre de dicho año.

Por consiguiente, expresa el Tribunal que si las distintas materias del tratado deben respetar los quórum de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

Al respecto, cita al profesor Lautaro Ríos, quien expresa: "Ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico, como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta, que tiene *–manifiestamente–* otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales de derechos humanos con la suprema jerarquía normativa de la Constitución choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados de derechos humanos tuvieran rango constitucional per se.

Dicha intervención también atenta contra el delicado mecanismo de reforma a la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos y su eventual carácter modificatorio de la Constitución.

Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los artículos 80, 82 N° 2 y del Capítulo XIV de la Constitución ("Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos", *Gaceta Jurídica* número 215, 1998, página 13. *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca, número 2, año 1997, páginas 110 y 111).

Afirma el Tribunal que sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control preventivo de constitucionalidad de los tratados *(artículo 82 número 2 de la Constitución)*, y el control a posteriori *(artículo 80 de la Constitución)*, ¿pues qué sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?

Igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental, sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales de derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Dice el Tribunal que llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma.

Suma que el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la Constitución es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5° inciso segundo de la Ley Fundamental no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales *(artículo 6° inciso primero, artículo 82 número 2, artículo 80 y Capítulo XIV)*, lo que hace primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.

Por consiguiente y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, señala el Tribunal que no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.

Además, debemos ser absolutamente consecuentes con nuestro sistema jurídico, que no admite otras normas con rango constitucional que aquellas expresamente establecidas por la Carta Fundamental, como son las leyes modificatorias y las interpretativas de éstas.

Por otra parte, la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es respetuosa de la prevalencia de las normas constitucionales, al disponer en el artículo 46 que un Estado puede alegar como causal de nulidad de un tratado la violación manifiesta de una norma fundamental de su derecho interno concerniente a la competencia para su celebración. Dichas normas fundamentales son: la Constitución y las leyes de rango constitucional.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

En el derecho comparado, la mayoría de las Constituciones adoptan también el principio de supremacía constitucional en forma expresa, como ocurre con la Constitución francesa, artículo 54, y del Salvador, artículo 145, e implícitamente otras no aceptan la celebración de tratados internacionales que sean contrarios a ellas, excepto mediante una reforma constitucional. La Constitución de Costa Rica se inclina por este criterio de la primacía de la ley fundamental por sobre las obligaciones internacionales.

En España, la Constitución de 1978 prohíbe la estipulación de tratados internacionales contrarios a ella, por lo cual el Tribunal Constitucional determinará si hay o no contradicción a través del recurso previo de inconstitucionalidad o el control a posteriori por la vía del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

Con todo, el control preventivo de constitucionalidad puede referirse a la forma o materialidad del tratado, indistintamente, con el fin de preservar la supremacía de la Constitución frente al instrumento jurídico internacional. Con ello, se tiende a evitar la impugnación de la constitucionalidad de un tratado ya concluido y las fricciones que una declaración de inconstitucionalidad posterior pueda generar al orden internacional.

A su vez, la Constitución de Perú (1993) expresa que si el tratado internacional afecta a normas constitucionales, debe ser aprobado conforme al mismo procedimiento de reforma a la Constitución.

La Constitución de Portugal, en cambio, sólo se limita a indicar que las normas constitucionales y legales referidas a derechos fundamentales deberán ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Por otro lado, con la finalidad de proteger los preceptos constitucionales y preservar la supremacía de la Constitución respecto de los tratados internacionales, la mayoría de las legislaciones expresamente se manifiestan proclives a un control judicial de constitucionalidad de los tratados, preventivo por cierto: es el caso de Austria, Alemania, España, Italia, entre otros, en que el control lo efectúa el Tribunal Constitucional; en Francia lo ejerce el Consejo de Constitucionalidad; en Estados Unidos de Norteamérica el juez ordinario, etc.

Si una disposición del tratado fuere contraria a la Carta Fundamental, deberá procederse a la reforma de ésta.

En nuestro país, una recomendable solución es que se modifique la Constitución a fin de que todos los tratados internacionales sean sometidos al

control preventivo de constitucionalidad obligatorio por el Tribunal Constitucional, y no facultativo, como lo es en la actualidad, para preservar, de esta manera, el principio de supremacía constitucional, cuidando que todas las normas internacionales recepcionadas en nuestro Derecho se ajusten a la Constitución Política.

El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional

Fernando Gamboa Serazzi
Profesor de Derecho Internacional Público
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El 4 de marzo de 2002, 35 diputados chilenos formularon un requerimiento al Tribunal Constitucional de Chile para que se declarara la inconstitucionalidad del tratado que establece el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

El pedido fue hecho por un número de parlamentarios que representaban a la cuarta parte de la Corporación, fundado en el artículo 82 N° 2 de la Constitución Política de la República, el cual establece que entre las atribuciones del Tribunal Constitucional está: 2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitan durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

Con fecha 8 de abril de 2002, el Tribunal emitió su sentencia, declarando la inconstitucionalidad del texto internacional, esto es, por violar las disposiciones constitucionales de nuestra Carta Fundamental de 1980.

El fallo por mayoría establecía que el tratado de Roma no podía ser aprobado ni luego ratificado sin una previa reforma constitucional.

Para la mayoría del Tribunal el mencionado tratado implicaría una "transferencia de soberanía," al establecer una jurisdicción que corregiría y sustituiría a la nacional.

Para el Tribunal Constitucional, la Corte tendría atribuciones para revisar resoluciones de tribunales nacionales, y ello no lo autoriza ni establece nuestra Constitución. Con ello, el Tribunal Constitucional da plena validez

a la jurisdicción territorial, por lo que sería necesaria una previa reforma constitucional.

Más aún, el Tribunal va más allá al establecer que el Estatuto de Roma contiene normas contrarias a la Constitución de 1980 y que infringe normas de nuestra Carta Fundamental, ya que trata de coartar atribuciones del Presidente de la República, entre las cuales estarían la amnistía y los indultos generales.

Para el Tribunal Constitucional, la Corte Penal creada en el Tratado de Roma podría desconocer en sus fallos beneficios que hubieren otorgado las autoridades chilenas.

En vista de este fallo contrario al tratado, la tramitación en nuestro Parlamento quedó paralizada, quedando como únicos caminos, o dejar de ser miembro del Estatuto de Roma o aprovechar el momento para hacer las reformas constitucionales requeridas o exigidas por el Tribunal para que el tratado pueda ser ratificado, previa aprobación del Congreso.

El fallo constituye una derrota para el Gobierno del Presidente Lagos, que se jugó por su aprobación, incluso con el apuro para ser uno de los primeros 60 Estados que ratificaran dicho tratado.

La sentencia es clara y no admite otra posibilidad que respetarla.

Conviene, sin embargo, analizar ciertos aspectos jurídicos y políticos que han debido ser considerados.

Creo que el fallo es contundente y aquellos que se lamentan por esta valla establecida a los deseos de ciertos sectores políticos chilenos, no les queda otra que iniciar la larga caminata de obtener las mayorías necesarias en ambas Cámaras para poder modificar nuestra Constitución Política.

Al parecer, el momento no es propicio. El Gobierno no ha podido obtener un acuerdo negociado con la oposición para realizar profundas modificaciones al Texto Constitucional aprobado en tiempos del Gobierno Militar. Para algunos la Constitución del 80 no sería ampliamente democrática, como quisieran sus reformadores. Para otros, la Carta Fundamental contiene normas y requisitos vitales para el retorno con éxito al sistema democrático, y ello habría sido exitoso, por lo cual sería difícil obtener las mayorías necesarias.

En el contexto anterior, añadir la reforma para tener una Constitución más moderna, en el sentido de ser más permisiva con renuncias a nuestra juris-

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

dicción territorial, entra en el terreno de grandes dificultades, no tan sólo jurídicas, sino también políticas, especialmente derivadas del ambiente internacional.

Es notoria la actitud prepotente de alguna gran potencia y de otras naciones afines a ella, que no aceptan sujetarse al Tribunal Penal Internacional por temor a que algunos de los suyos sean llevados a dicho Tribunal por graves violaciones a delitos establecidos en el Estatuto del Tribunal creado en Roma, a raíz de acciones militares o violatorias del derecho internacional actual, para informar sus posiciones o castigar a sus enemigos.

Quizás este último punto influya fuertemente en algunos, como el suscrito, que siendo fuertemente partidario de la creación de la Corte Penal, no quisiera que ella sólo rigiera para algunos y otros se libraran de ser juzgados.

La práctica internacional nos ha demostrado que las más modernas Constituciones siguen la teoría de permitir las jurisdicciones internacionales para el juzgamiento de ciertas personas, que elevadas al nivel de sujeto pasivo de derecho internacional, hayan cometido los más graves delitos contra la humanidad.

El Gobierno chileno ha anunciado el pronto envío de las reformas constitucionales requeridas, pero ello no nos demuestra que sus intenciones puedan superar la cerrada oposición de ciertos sectores parlamentarios.

Estamos, por tanto, frente a una profunda negociación, en la cual no estará permitida modificación alguna de las disposiciones del Estatuto de Roma, sino tan sólo el lograr convencer a aquellos reticentes de las reformas constitucionales y en especial, más que ello, de adherir a un texto internacional con posibilidad de hacer interpretaciones dudosas que contribuyan al menoscabo de nuestra soberanía jurisdiccional.

Al respecto, sin perjuicio de persistir en mi criterio político de rechazar nuestra adhesión mientras ciertas potencias no acepten la jurisdicción internacional de la Corte Penal, debo aclarar que respecto a las dudas o temores jurídicos, quizás algunos son exagerados.

Desde luego, en el art. 1° y en su Preámbulo, el Estatuto de Roma establece claramente que la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional es solamente "complementaria".

Será necesario, por tanto, aclarar lo mejor posible esta característica, evitándose abusos a que pudieran dar lugar algunos preceptos del Estatuto.

El artículo 17 del Estatuto establece que el Tribunal Penal Internacional **sólo** puede admitir a tramitación una investigación o enjuiciamiento, cuando no lo haya realizado la jurisdicción nacional, ya sea porque no quiere hacerlo o no pueda realmente hacerlo, o cuando al hacerlo no haya operado de buena fe y con el motivo de cumplir el objeto y fin del tratado, que es sancionar real y efectivamente a los responsables de los crímenes establecidos por el Tribunal y otras convenciones internacionales, varias de las cuales están ya ratificadas por nuestro país, incluso en tiempos del Gobierno Militar.

El sistema de jurisdicción universal no es un tema nuevo para nuestra legislación. Existen varios tratados en que Chile ya es parte ratificante.

El Tribunal Constitucional en su fallo que nos preocupa se aparta de la tradición constitucional chilena, que permite la competencia de órganos internacionales judiciales que comprometen a nuestro país por haber sido sancionados en la forma requerida por nuestra legislación.

El Tribunal Constitucional podría también ser criticado por apartarse del concepto establecido en nuestra propia Constitución de 1980, en su art. 5° inciso 2°, que limita nuestra soberanía, reconociendo la evolución en materia de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional, a mi juicio, hierra al sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden modificar el Texto Fundamental.

Me resulta claro que la Constitución está permitiendo la potestad de órganos internacionales debidamente autorizados para comprometer a nuestro país.

Es lamentable la falta, como muchas otras, de cierta reforma constitucional que haga obligatorio el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados que establece el art. 82 N° 2 de la Constitución, que se encuentra durmiendo en nuestro Parlamento.

No hay que olvidar también el compromiso asumido por nuestro país, en la forma indicada por nuestra propia Constitución, de que Chile no puede alegar como razón de incumplimiento de una norma internacional, su derecho interno. Este compromiso está claramente establecido en el art. 27 de la Convención de Tratados, e incluso existe jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en sentencia de octubre de 1995, en un recurso de queja (N° 5566), en la cual nos dice: "14. ...que se comprometería la seguridad

y el honor del Estado de Chile ante la Comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho".

Volviendo al propio Estatuto, es preocupante la participación otorgada al Consejo de Seguridad, órgano político de Naciones Unidas, para paralizar por un tiempo el desarrollo de un juicio ante la Corte. Aquellos que no ven peligro en ello asumen una posición algo inocente, de creer que allí se encubre un peligro a la independencia de este importante y necesario Tribunal Penal Internacional.

Comprendo a aquellos que se lamentan de que Chile no haya sido de los primeros 60 en ratificarlo, pero quizás un futuro cercano nos revele cuán ciertas puedan ser nuestras aprensiones a su creación, con las limitantes jurídicas y políticas expresadas.

El Tribunal Constitucional en su fallo determinó acoger "la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 y se declara que el tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de esos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa".

Hubo 2 prevenciones sobre el considerando N° 89 de la sentencia, hechas por los ministros Juan Colombo Campbell y Juan Agustín Figueroa.

Tampoco el ministro Figueroa aceptó los considerandos 59 a 73, según el cual "algunas normas del tratado de Roma como por ejemplo su artículo 54, párrafo 2, en relación con el artículo 99, párrafo 4, del mismo cuerpo normativo, otorgan al Fiscal de la Corte Penal Internacional facultades, entre otras, de investigar en el territorio del Estado Parte, reunir y examinar pruebas, hacer comparecer e interrogar a las personas objetos de investigación, las víctimas y los testigos".

Estas normas infringen derechamente el artículo de la Constitución que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito.

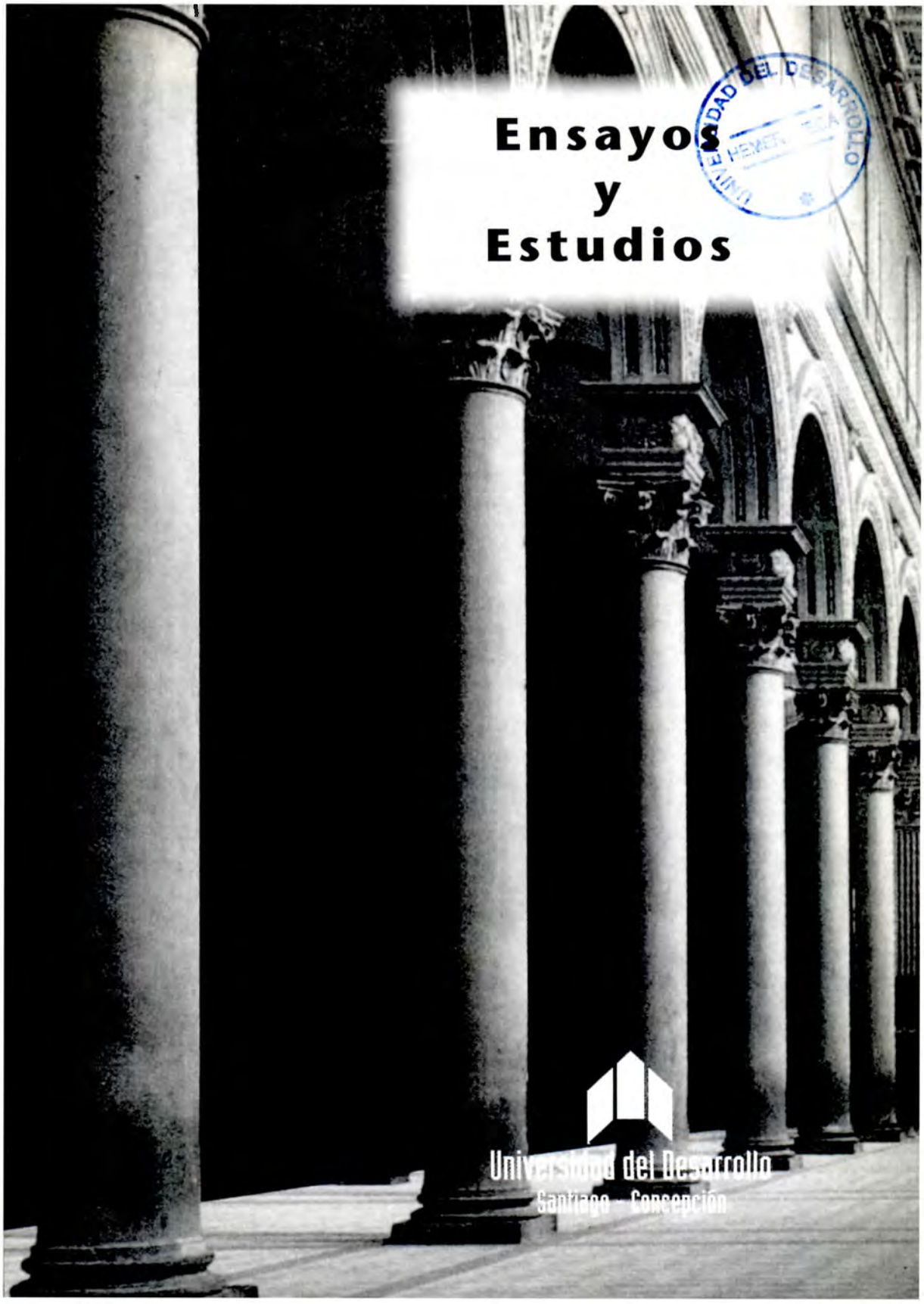
Hubo un voto en contra del fallo, del ministro Marcos Libedinsky, que re-

chazó la petición de inconstitucionalidad, acogiendo la idea de que no era necesaria una reforma constitucional.

En el voto del ministro Libedinsky influye preferentemente el que estima claro el sentido de la facultad de la Corte en un carácter de "complementaria".

Ensayos y Estudios

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA



Universidad del Desarrollo
Santiago – Concepción

El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual

Jorge Mosset Iturraspe
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
Profesor UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Profesor Titular UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

I. Introducción

1. La muerte del contrato

Son numerosas las voces que anuncian la "muerte del contrato".[1] No es un tema novedoso ni tampoco de una sola arista: decadencia, crepúsculo, fin, por esto o por aquello. Tal vez lo interesante es descubrir que esta muerte ahora anunciada se basa en cierta incompatibilidad entre el contrato, con su fuerte carga de positivismo, su prolija regulación por las normas del Estado, y la "libertad del privado", la absoluta autonomía de la voluntad que se predica y se pretende.

Lo ha expresado con envidiable claridad Friedrich A. Hayek cuando, luego de recordar sus largos años de lucha por hacer triunfar el contrato frente a la ley, manifiesta su desengaño y la necesidad de adherir, para ser coherente con el mercado, a la vigencia de un "orden espontáneo", superior al "orden acordado o convencional".[2]

2. El porqué de los agoreros del deceso

El "voto del cuervo" tiene una explicación racional: el contrato, tal como nos llega desde el derecho francés, es, en lo que hace a su contenido, una obra en colaboración; el resultado del quehacer de los privados que acuerdan, sumado al quehacer del Estado, que ha señalado con prolijidad, en una "Parte general" dedicada a los contratos, no sólo la noción, sino también los requisitos a los que debe ajustarse el instituto.

---

[1] GILMORE, J., *The death of contract*, Columbus, 1974 (hay traducción italiana de 1987); ALPA, Guido, *Il contratto tra passato e avvenire*, prólogo a la edic. italiana de la obra de Gilmore; GALGANO, Francesco, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto impr.*, 1987.

[2] HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985. "Lo que amenaza la supervivencia de la libertad -según Hayek- en nuestra sociedad, es la pretensión de sustituir el orden espontáneo por un orden construido artificialmente desde el poder, con la pretensión de dirigir la 'gran sociedad', como si se tratara de una organización". Recordemos que para este defensor de la economía de mercado el "orden espontáneo" produce un sistema de normas de comportamiento que es preciso distinguir netamente de las normas explícitamente establecidas por la "legislación".

El contrato de la legislación, a diferencia del contrato del mercado, del orden espontáneo, limita la autonomía privada, la recorta al establecer bases subjetivas y objetivas; al exigir un objeto, una causa y una finalidad; al integrar el contenido del contrato con los deberes que nacen de la buena fe negocial; al incorporar la lesión como remedio para el aprovechamiento en los casos de contratantes necesitados, ligeros e inexpertos.

3. La huida del contrato

Tamaña extensión del contenido contractual asusta, atemoriza, y se buscan entonces caminos de superación, vías por las cuales se pueda "dejar de lado" ese contrato tuitivo o proteccionista donde campea un cierto intervencionismo estatal. Hemos denominado a este fenómeno la "huida del contrato", a través de muy variadas estrategias: acuerdos verbales, declaraciones unilaterales, ofertas privadas de aceptación, formularios, etcétera.

Obviamente se quiere escapar a la responsabilidad contractual por incumplimiento, más aún cuando se insiste en los "deberes de seguridad" nacidos de ciertos contratos, y de ahí que se disfracen las situaciones.

4. Contratos sin sujetos

El fabricante de productos elaborados no contrata con el consumidor, de ahí que no le alcance la responsabilidad contractual; el médico no contrata con el paciente, lo hace la clínica; el transportista no contrata con el pasajero, al menos no lo hace el conductor dependiente ni el transportista benévolo; no hay relación contractual en los servicios públicos privatizados ni tampoco en ciertos espectáculos públicos, etcétera.

Y cuando el peso de las circunstancias descarta esta defensa, se "esquematiza el negocio", se lo reduce a límites increíbles, a las obligaciones mínimas o a las más inofensivas.

La doctrina nacional no ha permanecido ajena a este proceso, a las muy variadas tentativas de acomodar el contrato a una economía de mercado muy fuerte y expansiva: Morello, al comparar la realidad negocial con las normas de los códigos;[3] Lorenzetti, al analizar el "cemento que une las redes de consumidores de distribuidores o de paquetes de negocios";[4]

---

[3] MORELLO, Augusto Mario, Los *contratos entre la realidad negocial y las normas de los códigos*, en L. L. 1992-B-785.

[4] LORENZETTI, Ricardo Luis, *¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? (Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)*, en L. L. 1995-E-1013.

Ghersi, al estudiar "la estructura contractual posmoderna";[5] Nicolau, al investigar sobre "tecnología y masificación en el derecho contractual";[6] Aciarri, al comparar el contrato clásico y el predispuesto, "el contrato como estatuto";[7] nosotros, en más de una oportunidad.[8]

5. El temor, la desconfianza al contrato en una economía de mercado

Se piensa que el contrato –la figura clásica y sus desarrollos modernos–, regulado en general y en particular, parte de una visión civilista del mundo negocial que poco se adecúa a los tiempos actuales, y que la tendencia a la "unificación" de los contratos civiles y comerciales busca "descomercializar" y "civilizar" los contratos, haciéndolos inservibles para las exigencias del mercado, para la libre competencia y el tráfico.

En su lugar se predica la comercialización de todos los negocios, una regulación que recoja básicamente los "usos" y las costumbres empresarias, que atienda al aludido "orden espontáneo" que bien puede traducirse por un "dejar hacer"; todo ello, esta rica pretensión, encuentra cauce en la *lex mercatoria,* cuya universalización aseguraría al contrato su rol de "gran protagonista del Derecho Privado" en mérito a su enorme aptitud de "aplicación y de expansión".[9]

6. Del contrato a la responsabilidad aquiliana

En la terminología europea se usa la expresión "dominio del contrato"[10] para aludir a lo que denominamos "ámbito" o "alcances" y, particularmente, en la doctrina inglesa del *common law,*[11] se estima, por Gilmore y Atiyah, que "el derecho de la responsabilidad civil, el de los ilícitos civiles, va camino de absorber el dominio del contrato". Esta manifestación puede resultar extraña o enigmática para el derecho latino de base romanizada, para nosotros, pero observando algunas tendencias encontramos la explicación. Se refiere a la pretensión de reducir el contrato a "promesas de resultados

---

[5] GHERSI, Carlos, *La estructura contractual posmoderna o posfordista (El contrato sin sujeto y la contratendencia),* en L. L. 1993-C-620.

[6] NICOLAU, Noemí L., *Tecnología y masificación en el Derecho contractual,* en L. L. 1992-B-767.

[7] ACIARRI, H. A., *Contratos clásicos y predispuestos: el contrato como estatuto,* en L. L. 1995-E-280.

[8] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Cómo contratar en una economía de mercado,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, y *Las relaciones contractuales fácticas,* en L. L.1993-B-274.

[9] BENEDETTI, G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali, 2ª ed.,* Jovene, Napoli, 1997, pp. 32 y ss.

[10] Es el título del Cap. II de la obra *Le contrat aujourd´hui: comparaisons franco-anglaises,* dirigida por Denis Tallon y Donald Harris, L. G. D. J., París, 1987, pp. 89 y ss.

[11] GILMORE, ob. cit., p. 87; ATIYAH, P. S., *Essays on contract,* Clarendon Press, Oxford, 1986; destacamos del Prof. de Edimburgo y Londres los trabajos titulados: *The modern role of contract law,* pp. 1 y ss.; *The liberal theory of contract,* pp. 121 y ss., y *Executory contracts, expectation damages and the economic analysis of contract,* pp. 150 y ss.

futuros patrimoniales"[12] y, en consecuencia, reducir el incumplimiento resarcible a la frustración económica de tales promesas.[13] Con lo cual se opera un aligeramiento o reducción de los efectos negociales, se gana en libertad y, a la vez, se bajan los costos por incumplimiento.[14]

7. Reglamentos, formularios, declaraciones unilaterales

Nuestra tradición jurídica muestra al contrato como una categoría abierta, sobre la base del consentimiento o acuerdo de voluntades –al contrato jamás se llega solo– que puede formarse de modos o maneras muy diversas: declaraciones –oferta y aceptación–, silencio de una de las partes, manifestaciones tácitas, comportamientos concluyentes, negocios de actuación, conductas sociales típicas, etcétera.[15]

De ahí que se consideren contratos tanto los celebrados por la discusión como los celebrados por la adhesión,[16] los originados en manifestaciones

[12] Tengamos muy en cuenta que para el *common law,* al menos el inglés -las soluciones negociales de ese sistema adquieren enorme importancia en la Argentina a partir del incremento de la influencia norteamericana, de la presencia de empresas transnacionales, muchas de ese origen, y de la "globalización" de la economía y el derecho-, es posible pactar "la ausencia voluntaria de contrato", vale decir que una situación que jurídicamente merezca esa calificación -un contrato- puede ser considerada como un "acuerdo libre", fundado sobre "el honor", que las partes pueden cumplir o no cumplir. Así mismo, que ellas puedan acordar que un contrato celebrado sea "diferido" en sus efectos, en su "eficacia" y, pese a estar teóricamente vigente, no se aplique hasta que ambos celebrantes lo decidan *(gazumping).*

[13] Son supuestos denominados de "responsabilidad paracontractual", "donde la existencia del contrato y sus fronteras son muy difíciles de trazar". Hay casos -afirma Atiyah- en los que al jurista del *common law* le importa muy poco la calificación de la situación, "puesto que las diferentes categorías producen exactamente el mismo resultado". Ejemplifica con la persona que sube a un transporte público con la intención consciente y deliberada de no pagar. Y sostiene que es igual que se invoque el contrato -sobre la base de un consentimiento ficticio, en rigor, afirma, inexistente-, el ilícito o el enriquecimiento sin causa. Siempre el transportado deberá pagar el precio del servicio y eso será todo. Recordemos, igualmente, que para el derecho anglosajón las prestaciones gratuitas de bienes y servicios -liberalidades- no son contratos, puesto que se considera que esta figura "gobierna la creación de riquezas".

[14] Se descarta el resarcimiento del "daño moral", de las alteraciones disvaliosas de los estados de ánimo originadas en los incumplimientos, y también el de las "chances". Otra característica limitativa de aquel derecho, cada vez más próximo, es la de considerar contractual la relación de "ejecución futura" y no la de ejecución inmediata. El contrato protege la "esperanza", nacida de la promesa, frente a la abstención, al incumplimiento.

[15] Esta amplitud de vías hacia el contrato es propia del derecho europeo y del latinoamericano y contrasta con los criterios cerrados del *common law*; en aquél la voluntad desnuda o a secas de las partes jamás es vinculante por sí sola; ni el consensualismo ni su complemento, el principio *pacta sunt servanda,* han penetrado en el derecho de los contratos. Es indispensable el formulismo peculiar de la *consideration* para que, como regla o de ordinario, haya contrato. La *consideration,* según Pollock, es la ventaja del contratante o el detrimento del cocontratante, la contraprestación o contrapartida objetiva, propia del sinalagma o bilateralidad.

[16] REZZONICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predispuestas,* Astrea, Buenos Aires, 1987. En el importante debate teórico sobre la naturaleza jurídica de los contratos celebrados "por adhesión" nos manifestamos partidarios de la tesis contractualista, sin perjuicio de reconocer lo que tienen de reglamentario (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 152). Para quienes desean "huir del contrato" su naturaleza es la de una "declaración unilateral de voluntad, perfecto con la sola voluntad del "predisponente" y que requiere de la "adhesión" para la eficacia o producción de efectos.

negociales expresas o tácitas, y que se aluda a los "contratos reglamentados" o normados, a los "contratos-formularios", incluso a los "contratos forzosos" y a los nacidos de dos declaraciones unilaterales que se encuentran.[17]

8. Del "soberano" público al "soberano" privado

El proceso ocurrido en nuestro país que conduce a esta "desvalorización" del contrato para valorizar, en cambio, el obrar de las empresas en el mercado bajo el rótulo de "usos" y "costumbres", con fuerza normativa y, además, imperativa[18] –las "condiciones generales de la contratación", obligatorias aun al margen de todo acuerdo[19]–, es relativamente sencillo: las empresas se sienten continuadoras de los privilegios que el Estado reclamaba en la contratación pública o administrativa, invocando la necesidad de continuar con el servicio, de asegurarlo, etcétera.

De donde puede decirse que el particular, el consumidor, ha pasado de contratar con el Estado soberano a contratar con empresas, soberanas también en cuanto su voluntad se impone en la negociación. De ahí que se habla con tanta insistencia de la crisis de decadencia de la autonomía privada cuando los celebrantes no se encuentran en condiciones económicas o "de poder" similares.[20]

9. Ventajas sí, riesgos no. La traslación de los riesgos

La empresa moderna –en particular la multinacional– no quiere riesgos, que originan costos a veces muy altos, sino ventajas económicas. Y para lograr ese importante objetivo recurre a expedientes jurídicos, muchos de los cuales se muestran como novedosos para el derecho de base continental. Se trata de plantear quehaceres autónomos, a cargo de empresas distintas, independientes unas de otras. Los contratos que se celebran entre ellas no deben aparecer como vinculados, relacionados entre sí, conexos o

---

[17] REZZONICO, ob. cit., pp. 91 y ss., donde el tema se analiza "como respuestas jurídicas al fenómeno de masificación"; LOPEZ SANTA MARIA, J., *Los contratos*. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986.

[18] Por la vía de las Condiciones Generales de la Contratación (C. N. G.), de los caracteres de "generalidad y abstracción" que se busca reconocer en ellas, y de su "poder jurigenético", por sí mismas, al margen de toda aceptación -como si se tratara de derecho objetivo o positivo (tesis de Garrigues en la célebre polémica con Federico de Castro y Bravo)- por esas vías, decimos, se pretende -afirma Rezzónico (ob. cit., p. 108)- "vaciar el Código Civil o el de Comercio o ambos, del volumen sustancial de normas dispositivas para ser reemplazadas por las que el estipulante dicta dentro de su ámbito de poder".

[19] Las normas que rigen la relación del concesionario de los servicios públicos privatizados con los consumidores no hacen sino trasladar a las empresas el "poder" del que antes gozaba el Estado. Más que inspiradas en el "bienestar general", recogen los usos empresarios, las C. N. G., con los alcances que se termina de señalar.

[20] En las recientes *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en Buenos Aires, en setiembre de 1997.

conexados. Es preciso evitar que se aluda a un "grupo económico", a quehaceres complementarios, a una subcontratación. Y por esa vía se pretende que la "principal", económicamente fuerte, no responda de las deudas laborales ni de los daños por los productos elaborados, aunque lleven su marca o sea el fabricante.[21]

Una tendencia profundizada a lo largo de muchos años en defensa del Fisco o del trabajador o del consumidor aparece ahora desandada.[22]

10. La autonomía de la voluntad

La autonomía privada, lo hemos señalado, ha sido reiteradamente invocada en la doctrina nacional y extranjera como fundamento de la libertad de contratar haciendo de este instituto un instrumento al servicio del "poder de dominación" o, mejor aún, un instituto que sirva dócilmente a las necesidades del predisponente –hijo exclusivo de su querer– sin interferencia del "derecho de Estado"; un instituto que "se toma o se deja" según las circunstancias.

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina nacional se ha expresado de manera rotunda por una armonización de esta autonomía con los valores de la escala axiológica, la solidaridad, la justicia, la buena fe.

Leemos en las "recomendaciones", *de lege lata,* de las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil:*

1. Principios jurídicos

a) La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos alcanzando los actos jurídicos.

b) El principio de igualdad, también de base constitucional, sirve de fundamento para establecer una base protectoria de la parte débil.

---

[21] Esto con el argumento de la "apariencia": son empresas distintas y no se contrató con ambas (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La apariencia juridica y la vinculación entre empresas,* comentario a fallo, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires,* año 7, N° 2, febrero de 1997, pp. 49 y ss.). En la *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* N° 3, *Contratos modernos* (1993), se encuentran varios trabajos (de Rivera, Kemelmajer de Carlucci, Roitman, Lorenzetti, Ghersi, Mosset Iturraspe) que facilitan la comprensión del tema.

[22] Como un reclamo de la "economía de mercado", como una exigencia de la ecuación "costos-beneficios" y de la necesidad de competir en el mercado libre con productos baratos o a precios razonables. El Nº 16 de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* dedicado al *Abuso del derecho,* ilumina sobre los temas aquí analizados.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

c) En virtud de la capacidad argumentativa de ambos principios, debe realizarse un juicio de ponderación de los mismos con las siguientes bases:

1) Debe adoptarse una interpretación tendiente a implantar el carácter justo de los contratos y la garantía de equidad en las obligaciones contractuales.

2) En los contratos paritarios o discrecionales rige la plena autonomía privada (art. 1197, Cód. Civ.) con las limitaciones clásicas.[23]

3) En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida, además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.

Y en lo referente a la "contratación en el mercado" se recomendó:

a) La ley debe profundizar la protección de los consumidores, de los contratantes débiles y, en general, evitar todo aquello que tiende a una negociación impuesta y vejatoria.

b) En materia contractual, la *lex mercatoria* debe armonizarse con las normas relativas al objeto, a la causa lícita, a la buena fe negocial y al ejercicio regular de los derechos.

c) La regulación de la autonomía de la voluntad debe considerar la gravitación de lo económico sobre lo jurídico, la globalización comercial, la creciente significación de los contratos atípicos, la regionalización de las transacciones y la dinámica negocial que requiere protecciones procesales rápidas y eficaces.

También se recomendó, en orden a los "distingos dogmáticos":

...b) no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales.[24]

En orden a los "límites de la autonomía", se dijo:

---

[23] No hay consenso pleno en cuanto a qué contratos son paritarios o discrecionales. Según un sector, serían aquellos celebrados entre personas jurídicas, sociedades o empresas; empero, la enorme diferencia de "poder económico" -que posibilita el abuso- nos lleva a pensar que no es discrecional un contrato entre una "pequeña empresa" y una multinacional. El problema aparece con la "interpretación restrictiva", del art. 1197, inc. 1º, y con la "interpretación favorable", del mismo artículo, inc. d, ambos del Proyecto de 1987.

[24] Es el argumento de la tesis unificadora, que sostenemos. Para nosotros la resistencia de los "comercialistas" se funda, básicamente, en el rechazo a la "parte general" que, no obstante la buena doctrina, se juzga de índole civilística *(Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente,* publicación de la Academia de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1996).

– El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas, útiles y justas. El derecho debe ampararlo concediendo acciones.

– La regulación destinada a la protección del orden público de coordinación, de protección y dirección, es constitucional en tanto sea general, no discriminatoria, proporcional y razonable.

– Los límites de la autonomía de la voluntad surgidos de los principios del artículo 953 del Código Civil, comprenden en la actualidad la protección a la concurrencia y el consumidor, y no la desnaturalizan.

– El derecho a la concurrencia limita la autonomía de la voluntad para asegurar la transparencia del mercado, y se justifica cuando tiende a evitar que, por la celebración de contratos, pueda perjudicarse a los consumidores.

Finalmente, en tema de "autonomía y tipos contractuales" –tan vinculado a nuestra exposición– se recomendó:

A) El tipo legal especial tiene funciones delimitativas y programáticas.[25]

B) El programa legal debe ser mínimo y admitir la autonomía privada y la costumbre como fuente de autoprogramación.

C) Para el cumplimiento de una finalidad económica hay diversos instrumentos contractuales. De manera que puede distinguirse, dentro del tipo particular, un modelo general y adaptaciones especiales.[26]

D) Las nuevas modalidades de celebración o variaciones técnicas no son nuevos contratos. Ello se relaciona con el consentimiento o con la manera de hacerlo y no se trata de la creación de nuevas figuras.[27]

E) La elección de tipo contractual pertenece al ámbito propio de la autonomía de la voluntad. Sólo puede impugnarse cuando existe utilización fraudulenta de una figura típica para eludir normas imperativas.

Y sobre las "uniones de contrato" se afirmó que:

---

[25] Recordemos la "recomendación" de las *Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* La Plata, 1981, Comisión Nº 3, punto I, D): "Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas".

[26] GETE-ALONSO Y CALERA, M. del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual,* Bosch, Barcelona, 1979.

[27] Es la amplitud, que señalamos, de los caminos que llevan al acuerdo. De ahí que deba hablarse de contratos celebrados "por adhesión" y no de "contratos de adhesión".

c) En las uniones de contratos puede admitirse la noción de conexidad, en tanto fundamento para imputar obligaciones de los miembros entre sí y respecto de terceros.[28]

11. El contrato como promesa de "resultados"

Las obligaciones nacidas del contrato son de dar, hacer o no hacer. No se trata de prometer, sólo poner "los medios" o llegar "a resultados definitivos". El contrato, como tal, es un plan o programa que tiene siempre en vista resultados. Y para ello el deudor debe emplear toda su diligencia, pericia y dedicación, en atención a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civ.). No responde el contratante exclusivamente por el daño que significa no lograr un resultado beneficioso, sino que responde por el daño nacido del incumplimiento de los "haceres" prometidos, aunque sean resultados más próximos o inmediatos.

El médico que ha prometido atender al paciente, apuntando al mejoramiento de su salud, con el empleo de medios idóneos a esa finalidad –por vía de ejemplo– sólo se libera demostrando la imposibilidad de alcanzar el resultado –salud–, pese a la aptitud y acierto de los medios elegidos. No puede pretenderse, por la vía de asimilar un "contrato de medios" a un supuesto de ilicitud, que el paciente deba demostrar el daño y culpa del profesional. Hay de por medio una promesa concreta y de objeto determinado.

12. El contrato como intercambio a secas o como intercambio equilibrado. Utilidad y justicia

Von Mises, otro de los padres de la "economía de mercado",[29] se burlaba de la pretensión de lograr "un precio justo" y, por ende, de visualizar el contrato como un "intercambio justo o equilibrado" de bienes y servicios. Para el mercado es justo el precio que allí se obtiene, el que se paga por un producto.

De donde, a casi dos siglos, vuelve la vieja idea: "quien dice contrato dice justicia"; lo libremente acordado es siempre equitativo. No pueden caber dudas de que se alude a un mercado perfecto, sin fallas, donde además de la libre competencia campea la más completa información; donde el con-

---

[28] WEINGARTEN, Celia, y GHERSI, Carlos, *Los contratos conexados*, en L. L. del 18-12-97; TOBÍAS, J. y DE LORENZO, M., *Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)*, en L. L. 1996-D-1387; NICOLAU, Noemí, y otros, serie de trabajos publicados en la *Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad de Rosario*, Rosario, 1997.

[29] VON MISES, L., *El mercado*, publicación de la Universidad F. Marroquín, Guatemala, 1987.

sumidor es el eje o centro del mercado;[30] donde los bienes y servicios ofrecidos pueden "elegirse" con absoluta libertad.[31] Un mercado que no es el que vemos, por lo común, en la realidad latinoamericana.

II. El porqué del debate sobre el ámbito contractual

1. Introducción

En rigor, dos son las cuestiones que ahora nos preocupan:

a) ¿Cuándo un acuerdo es contrato?, y

b) ¿Cuál es el contenido del contrato?

Es obvio, en la dogmática jurídica, que no todo acuerdo es un contrato. Los requisitos tradicionales del acto jurídico bilateral para merecer la calificación de contrato son:

a) Ser un negocio entre vivos, cuyos efectos no se condicionan a la muerte de las partes, y

b) La patrimonialidad, vale decir, que el objeto u operación jurídica tenida en mira sea susceptible de una apreciación en dinero, pecuniaria.[32]

Empero, observamos una cuestión que es previa: ¿cuándo un acuerdo merece ser tenido como "acto jurídico bilateral"? La respuesta, con la mira puesta en el artículo 944, es plural:

a) Cuando las partes se proponen producir efectos jurídicos y, por lo tanto,

b) Cuando las partes tienen la intención de obligarse.

---

[30] Para Von Mises era así: el consumidor gobernaba o gobierna el mercado, con sus gustos o preferencias; en los mercados imperfectos, de consumidores desinformados, necesitados o ignorantes, el rol de soberano lo cumple el proveedor de bienes y servicios.

[31] La pretensión expresada por Von Mises y confirmada por Hayek y otros de la corriente liberal-individualista, es la de rechazar todo planteo de contrato abusivo o aprovechado o usurario, sobre la base de un acuerdo libre y ajustado a las reglas del mercado, al orden espontáneo.

[32] Lo dice el art. 1169 al hablar de la prestación, "objeto de un contrato" susceptible "de una apreciación pecuniaria". Para Díez-Picazo "una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cuál sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, aun cuando el interés del sujeto respecto del bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recaiga, objetivamente considerado, posea valor económico" (DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial,* Tecnos, Madrid, 1979, t. I, p. 49).

Esta es, sin dudas, la respuesta tradicional, inspirada en Savigny y que encuentra seguidores que son mayoría; entre ellos Miccio, en la doctrina italiana;[33] Lehmann, en la alemana;[34] etcétera. No basta la licitud del objeto[35] ni la patrimonialidad; es preciso que las partes tengan una clara representación de los efectos jurídicos y quieran obtener esos resultados.[36]

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Otra respuesta, heterodoxa, más moderna y realista, afirma que hay contrato cuando las partes alcanzan un "resultado práctico" –lícito, patrimonial y entre vivos–, lo cual le otorga un "real significado social", prescindiendo de la teoría del efecto jurídico.[37]

Recapitulemos: los interrogantes frente a un acuerdo de voluntades son:

- ¿Qué se quiso? (propósito práctico o fin jurídico);
- ¿Hasta dónde se quiso? (ámbito o contenido negocial);
- ¿Por qué se quiso? (causa fin subjetiva o motivos determinantes), y
- ¿Para qué se quiso? (causa fin objetiva o finalidad económica buscada).

---

[33] MICCIO, R., *I diritti di credito*, UTET, Torino, 1977, vol. II, p. 25: "En el negocio jurídico los efectos jurídicos están coordinados al acto, que se cumple cabalmente porque tales efectos se han producido".

[34] LEHMANN, Heinrich, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 27: "...es necesario que las partes quieran obtener esos resultados por la vía jurídica, como jurídicamente protegidos, conscientes que hay un ordenamiento legal al cual debemos someternos todos..."

[35] La tesis clásica insiste en la conciencia sobre los efectos jurídicos:"Cuando el efecto jurídico sea totalmente ajeno a la conciencia, no debe considerarse que exista un acto jurídico y, por ende, un contrato" (Lehmann).

[36] Es una tesis extrema dentro de lo que se denomina, en el *common law*, la teoría subjetiva del contrato. Prima hoy, en el derecho americano y en el inglés, una concepción "objetiva" que destaca el carácter instrumental del contrato, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados. El contrato –afirma la mejor doctrina– "nada tiene que ver con la intención personal o individual de las partes". Un contrato –se afirma– "es una obligación ligada por la mera fuerza del derecho, a ciertos actos de las partes, generalmente palabras, que ordinariamente acompañan y representan un propósito conocido". Es lo que se denomina "concepción objetiva del contrato" (véase de CUETO RUA, Julio C., *Una concepción objetiva del contrato. El caso del "common law"*, en *Contratos*, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 31 y siguientes. En el mismo sentido ISASMENDI, A. J., *Aportes para una revisión de la noción de contrato*, en E. D. del 1-12-97).

[37] En la mayoría de los casos se observa (nos dice DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Universidad Pontificia, Lima, 1991, t. I, p. 72) que los contratantes desean obtener un resultado práctico, sin interesarles cuáles son los efectos jurídicos que su acuerdo de voluntades va a producir. De Castro y Bravo, defensor de esta tesis (*El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 34), nos dice que el derecho considera como negocio jurídico "la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea complementando con otros hechos o actos". Es el contrato "como supuesto de hecho".

2. Necesidad de distinguir el contrato celebrado de los meros acuerdos sin relevancia jurídica: sociales, familiares, amistosos

El lector atento se debe encontrar ya sumido en una serie de interrogantes:

a) ¿La existencia de un contrato depende de los conocimientos jurídicos de las partes? Si una de las partes conoce Derecho y, en consecuencia, sabe que la concurrencia a un cine origina un contrato de espectáculo, para ella habría contrato; si la otra, en cambio, ignora el Derecho, esa misma actitud no dará pie a contrato alguno;

b) ¿Depende de la intención negocial de las partes, de contratar, de obligarse, de dar o hacer bajo coacción? Si uno la tiene y el otro no, si accede al colectivo –vehículo de transporte– sin ánimo de contratar, con la voluntad de no pagar el precio, no hay contrato;

c) Calificar a un acuerdo como contrato –de tal o cual tipo, o atípico– depende del legislador y no de las partes. No es posible –dice De Castro y Bravo– "dejar vacías en sentido social las figuras jurídicas utilizadas";

d) La existencia de un contrato significa que se encuentra tutelado en sus efectos, que es obligatorio y genera responsabilidad por incumplimiento; la existencia deja al acuerdo librado a su suerte, sin posibilidades de recurrir a la justicia;

e) "Atender al propósito práctico del negocio –afirma De Castro y Bravo– no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, tenerla en cuenta, en su doble aspecto de libertad y responsabilidad";[38]

f) El contrato, en cuanto "regla" (art. 1197), ¿evidencia "el poder de las personas" para dárselas a sí mismas o el "poder del Estado" para jerarquizar la norma concreta establecida por las partes?;[39]

g) ¿El contrato es fuente de derecho objetivo[40] o bien es "regla a la cual

[38] DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., p. 35.

[39] La regulación del contrato no depende sólo de la declaración de voluntad, pues habrá que atender, ante todo, a los preceptos legales imperativos, complementados con las normas dispositivas. No es contrato, en consecuencia, lo que el mercado dice que es contrato, ni tampoco deja de serlo por el mero hecho de merecer del mercado una calificación disitinta.

[40] El carácter normativo del contrato como norma social o como norma jurídica destacado por un sector de la doctrina, se "pone al servicio, al igual que las ideas de Teoría Pura del Derecho" -sostiene De Castro y Bravo (ob. cit., p. 32)- del neocapitalismo liberal. ¿Por qué? La respuesta del catedrático de Madrid -lamentablemente fallecido ya- es clara: "El negocio se desliga de la voluntad de quienes lo crean, en rigor de quien acepta unas condiciones impuestas, al ser

deben someterse las partes como a la ley misma" (art. 1197), eficaz como "título" a una serie de derechos, facultades y deberes, en virtud de su significado preceptivo?;[41]

h) Finalmente, ¿el contrato es la obra de las partes –"el hombre es quien origina y da sentido a sus haceres"– o la obra del Derecho del Estado, que distingue de entre esos haceres los que merecen la consideración de "reglas" y pone entonces a su servicio el aparato coactivo?[42]

La doctrina ha perfilado algunos distingos en esta materia en que dichos y hechos, ofertas y aceptaciones, permisos y autorizaciones, consejos y ayudas, se dan y se reciben sin que se sepa si pertenecen o no al ámbito del Derecho, si pueden o no considerarse como negocios jurídicos:[43]

a) Compromisos sociales y relaciones de cortesía, y

b) Relaciones familiares.

Compromisos sociales y relaciones de cortesía

Bajo este rótulo podemos distinguir varios casos:

a) Actividades o quehaceres cumplidos "por favor" en un ambiente social determinado (aquello que los argentinos denominamos "gauchadas"): dar un recado, un aviso, cumplir un encargo, guardar un objeto por un tiempo breve, etcétera;

b) Actividades acordadas entre amigos, de las que es costumbre realizar: una invitación a comer, a efectuar un paseo, a ir al cine, a cambiar ideas, a analizar una situación, etcétera (incluso a hospedarse en la casa del amigo);

---

objetivado como norma y, a la vez, se le inmuniza frente a la posible censura de los principios básicos del ordenamiento –buena fe, equivalencia de prestaciones, condena del abuso– mediante su aislamiento como norma autónoma. Con el resultado práctico que se reduzca a la nada el papel de la voluntad y el del carácter causal del negocio -objetividad de la *voluntas legis*- y de que se predique la posibilidad de su general eficacia, incluso respecto de quienes ignoren sus reglas –condiciones generales de la contratación– subvirtiendo así el sentido de la autonomía, que de estar al servicio de la libertad personal, pasa a ser instrumento de dominación en beneficio de ciertos privilegios".

[41] Es interesante y, a la vez, extraño el recuerdo de la mención de la solidaridad o la función social al exponer la noción o hablar de los efectos del contrato. El artículo 421 del Proyecto de Código Civil para el Brasil, ley 634-B, de 1975, expresa: "La libertad de contratar será ejercida en razón o en los límites de la función social del contrato".

[42] Nosotros reiteramos ahora que el contrato es una "obra en común" del Estado, a través de su legislación, y de las partes; otra es la cuestión acerca de la extensión que razonablemente debe tener la injerencia estatal.

[43] Los exponemos en seguimiento del maestro español DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pp. 36 y ss.

c) Relaciones nacidas de la mutua colaboración o del compañerismo, de la vecindad o de emprender juntos un viaje, cacería, excursión, etcétera;

d) Casos en los que las partes se han anticipado "al debate" e incorporado una cláusula excluyendo todo valor jurídico; declarando que son "compromisos de honor" *–gentlemen`s agreement–*, o prohibiendo el recurrir a los tribunales para su cumplimiento. Aquí la doctrina de base romanizada –no el *common law*– hesita, por entender que, en ocasiones, puede mediar un verdadero "fraude a la ley", la intención de eludir la aplicación del derecho de los contratos; en particular cuando a esos acuerdos se les reconoce algún efecto jurídico y se les niega otro u otros;

e) Finalmente, están los casos dudosos, por tratarse de supuestos "análogos" a los de un tipo de contrato, en los que no media amistad o compañerismo, ni vecindad, ni –muchas veces– conocimiento previo entre las partes; casos en los que el objeto es, obviamente, lícito y tiene o puede tener una relevancia patrimonial, una traducción dineraria. Para De Castro y Bravo "quedan –o pueden quedar– en la penumbra de las buenas maneras y de los usos".[44]

Es en estos casos donde reaparecen las tesis tradicionalistas de fin jurídico, la búsqueda de la intención, del ánimo de obligarse, etc. Nuestra opinión es francamente favorable a la índole contractual de acuerdos, precisamente para ponerlos bajo la tutela del Derecho. No conforma la huida de lo contractual en beneficio del acto ilícito: sustituir la responsabilidad contractual por la extracontractual y reparar sólo daños causados.[45] Un buen ejemplo es el del transporte benévolo.[46]

---

[44] No nos referimos a situaciones tales como el ejercicio de quehaceres profesionales sin título habilitante, invadiendo áreas exclusivas y, por lo tanto, vedadas: el práctico o curandero que intenta sanar sin ser médico; el que gestiona cuestiones jurídicas sin ser abogado; el masajista de hecho que no es kinesiólogo; el que hace lo propio del podólogo, etcétera; actividades estas que se constituyen en ilícitas. Ni tampoco los casos singulares, como el de quien acerca a las partes en una negociación sin estar inscripto como corredor ni cumplimentar los extremos exigidos para esta profesión –y al que se le niega el derecho a percibir un retribución, al menos como regla–.

[45] Al estilo anglosajón, como vimos ya. La unificación de los ámbitos de responsabilidad -contractual y extracontractual- por la cual bregamos, no importa desconocer sus diferencias ontológicas, que están dadas, entre otras, por el acuerdo preexistente, el paquete de deberes y derechos nacidos del acuerdo, etc.

[46] Una buena exposición de Aída Kemelmajer de Carlucci en BELLUSCIO, Augusto C., y ZANNONI, Eduardo *A., Código Civil comentado,* t. 5, pp. 325 y ss. Este caso, como tantos otros, nos muestra una conducta social típica, o mejor dicho, dos: la de quien solicita ser llevado y la de quien acepta transportar. La mayoría de las veces "sin palabras", pero con gestos o actitudes evidentes. Es un ejemplo de "relación contractual fáctica".

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

3. ¿Cuándo la "materia negocial" tiene relevancia como para originar un contrato reglado por el derecho?

No nos satisface que por la vía del querer o no querer, del conocer o del ignorar, de la intención de celebrarlo o de su falta, un acuerdo sea contrato o no lo sea. Hemos visto ya que la índole contractual de un negocio lícito y patrimonial no depende de las partes. Hay contrato si están reunidos sus extremos o requisitos y será de tal o cual tipo, no obstante la declaración de los celebrantes.

Con ello queremos enfatizar que el tema que nos ocupa no depende del mercado, del orden espontáneo, del uso de sus personajes –proveedores y consumidores–. No es una cuestión donde la autonomía de los privados sea soberana. La índole contractual o no del negocio, así como su "configuración interna", su contenido o materia integrativa, muestra el ejercicio de la libertad "dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone".[47] Es que, como afirma Mirabelli,[48] la noción de autonomía lleva ínsito el concepto de limitación. Y estos límites se acentúan o se restringen según el rol que asume el Derecho del Estado.

Messineo, que en 1947 *(Doctrina general del contrato)* había dicho que "la libertad contractual debe considerarse la regla y el límite la excepción", años después, en 1968 (Il *contratto in genere),* sostuvo que "**queda la duda si la libertad contractual** va a constituir, en un próximo futuro, el principio o bien la excepción". En 1998 podemos decir que se oponen dos tendencias: la de la economía de mercado libre, que pregona un aumento de la "autonomía" para lograr un mercado más fluido, flexible, donde los actores, en particular las empresas, actúen en plenitud de posibilidades, y la de la economía social de mercado, que en aras de una mayor solidaridad y justicia propone restricciones a esa libertad.

Nuestras referencias o ejemplos, como la alusión al "transporte benévolo", no pretenden volver sobre debates que parecen desgastados, aunque no agotados; son meras muestras, y así deben interpretarse, que sirven para juzgar otras situaciones que el mercado actual nos muestra a diario.

Que haya contrato porque las partes –una fuerte y otra débil– así lo digan, aunque semejante afirmación no tenga respaldo jurídico, o que no lo haya, por igual razón –mero voluntarismo, generalmente de uno de los celebrantes, al margen de la juridicidad–, no nos parece razonable. Aunque otra cosa pretenda imponer la lex *mercatoria.*

---

[47] CANCINO F., *Estudios de Derecho Privado, Temis,* Bogotá, 1979, pp. 22 y ss.
[48] MIRABELLI, G., *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale,* Utet, Torino, 1980, pp. 21 y ss.

Y no nos hagamos los desentendidos, porque lo dicho para el contrato alcanza al "contrato válido", único que es contrato existente, puesto que el nulo, por algún vicio en uno o más de sus elementos, no es contrato. Y si predicamos, por vía de ejemplo, que sólo es contrato oneroso válido el equilibrado porque el derecho así lo establece (art. 954), no podrá el mercado desmentir esta afirmación o disponer lo contrario.[49]

En materia de transporte benévolo se dan todos los aspectos de la cuestión que hemos venido apuntando.

Para defender la tesis extracontractualista se alega:

a) La falta de precio, que puede ser requisito para el transporte comercial, pero no para otro atípico, gratuito;

b) la falta del *animus negotii contrahendi,* ya aludida;

c) la falta del fin inmediato, producir efectos jurídicos, también contemplada, y

d) el carácter potestativo del compromiso y su revocabilidad, que posible, precisamente, por sacarlo de la naturaleza contractual.

No son argumentos convincentes y lo demuestra el número creciente de juristas que adhieren a la tesis contractual.

4. ¿Cómo evitar las sorpresas de quien "no sabe" que "ha contratado" y queda vinculado?

La información es la clave de un mercado maduro, armonioso, equlibrado; la falta de información, el abuso del desconocimiento, son los signos de fallas en el mercado.

Es tan grave quedar ligado a la "regla" negocial, sin saberlo, como creer que se ha cerrado un acuerdo y padecer la sorpresa de su inexistencia. Y ambas situaciones son frecuentes en la vida actual.[50]

---

[49] A treinta años de la reforma –1968-1998– no se ha destacado lo suficiente, en la medida en que lo merece, la trascendencia de este texto, que viene a consagrar el equilibrio en los negocios onerosos como un requisito de validez. Y, por lo tanto, viene a sancionar con nulidad el aprovechamiento que se concreta en desequilibrio, con base en la necesidad, inexperiencia o falta de aptitud para el mercado, de una de las partes en la negociación.

[50] Recordemos las razones invocadas por la reforma de 1968 –Ley 17.711– para cambiar los meros efectos obligacionales del boleto de compraventa, en efectos reales, otorgando una posesión legítima al comprador por boleto que ha recibido la tradición de buena fe (art. 2355, última parte). Se trataba de compadecer la solución jurídica con la creencia social, con aquello que el ciudadano común pensaba acerca de los efectos del boleto.

La ley de tutela al consumidor es una buena muestra de cómo deben cubrirse tales aspectos:

a) Ya en su artículo 4°, dedicado a la información, prevé que: "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz y suficiente, sobre las características esenciales de los mismos". Recordernos que informar es uno de los deberes importantes que impone la buena fe negocial (art. 1198, Cód. Civ.);

b) El artículo 8° sobre las precisiones de la publicidad, aunque no deba ésta confundirse con la información, tampoco puede desvirtuarla;

c) El contenido del documento de venta del artículo 10;

d) La información sobre la facultad de revocar, en las ventas domiciliaria y por correspondencia, etcétera.

No dejemos de lado la idea acerca de la inexperiencia del consumidor y la pericia y profesionalidad, por otra parte, del proveedor. De ahí el derecho a demandar la nulidad del contrato, por transgresión al deber de información (art. 37 de la Ley 24.240).[51]

5. Las soluciones en la historia del derecho: el formalismo y la "consideración" del "common law"

La historia del Derecho, desde Roma hasta aquí, nos muestra esta preocupación, casi constante, por concienciar el negocio, por hacer tomar clara concíencia de su existencia y alcance, por internalizarlo. Incluye, además, el saber con quién se ha contratado, si con una sola persona o con un grupo de ellas, sea o no una unión transitoria de empresas, un *joint venture* o una sociedad de sociedades o grupo económico. De ahí el derecho a saber qué hay detrás de una mera apariencia, a levantar el "velo de la personalidad" en unos casos y, en otros, el derecho a confiar en lo que se muestra, en las apariencias.[52]

El formalismo ha cumplido ese rol en distintos períodos históricos. Recordamos la sorpresa que causó el dictado de la Ley 23.091, cuando en su

[51] MOSSET ITURRASPE, Jorge, y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; STIGLITZ, Rubén S., y STIGLITZ, Cabriel A., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994; STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Depalma, Buenos Aires, 1992; SOZZO, Gonzalo, *Repensar el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual (Desde la perspectiva de los opuestos complementarios)* (tesis), Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998.

[52] DE ÁNGEL YAGÜES, R., *El levantamiento del velo de la personalidad*, Civitas, Madrid, 1996.

artículo 1° dispuso que: "Los contratos de locaciones urbanas, así como también sus modificaciones y prórrogas, deberán formalizarse por escrito. Cuando el contrato no celebrado por escrito haya tenido principio de ejecución, se considerará como plazo el mínimo fijado en esta ley y el precio y su actualización los determinará el juez de acuerdo al valor y práctica de plaza". No caben dudas de que se consagró una seria limitación a la autonomía de los privados, en orden a la manera de celebrar el acuerdo. El *solus consensus obligat* quedó sumamente restringido, en dos aspectos medulares: plazo y precio. ¿Y por qué se hizo? Para evitar abusos de la parte fuerte, el locador, que en muchos casos se negaba a instrumentar el acuerdo, para privar al inquilino de un elemento probatorio preconstituido acerca de sus derechos al uso y goce.

Traslademos esta cuestión a otros contratos, como los de distribución, y veremos repetida la historia: falta de instrumentación o instrumentación mínima o raquítica, para abrir las puertas del abuso.

6. La gratuidad y el contrato

La idea napoleónica[53] acerca de la índole extracontractual de los acuerdos gratuitos, celebrados con base en la generosidad, espíritu de beneficencia o ánimo liberal o de liberalidad, aparece sumamente extendida. Se debe, pensamos, al avance de la concepción mercantilista que descarta la gratuidad de los negocios. Empero, es absurdo pensar que el Derecho Civil de los Contratos es el ámbito de la gratuidad, al menos como regla. La falta de contraprestación, por un servicio o la dación de un bien, sigue siendo la excepción y nada autoriza a generalizarla, menos aún en el mundo actual.

Figuras como la gestión de negocios ajenos o el enriquecimiento sin causa[54] adquieren relevancia cuando no llega a demostrarse la existencia del acuerdo, pero sí se prueba el beneficio o provecho de una actuación o quehacer.

El mercado repudia la gratuidad, la excluye o bota. Su bandera es el espíritu de lucro y no el espíritu de beneficencia. Su norte es el provecho y no el desinterés, tanto en lo personal como en lo comunitario. Pero nada de ello impide que las "liberalidades" como género contractual tengan vigencia, típicas o atípicas. Es obvio que se refugian en la "sociedad civil", en la solidaridad o en el amor al prójimo.

---

[53] La anécdota cuenta que el emperador irrumpió en la sala donde se elaboraba el *Code* y escuchó con sorpresa que hablaban del contrato de donación, a lo cual se opuso invocando su naturaleza de negocio unilateral, perfecto con la sola voluntad fuerte del donante, sin perjuicio de la producción de efectos a través de la aceptación.

[54] FÁBREGA PONCE, J., *El enriquecimiento sin causa*, Plaza & Janés, Bogotá, 1996.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

III. Relación contractual con el principal y relación extracontractual con el dependiente o colaboradores

1. Introducción

Vimos en los puntos anteriores que al celebrante de un negocio contractual le interesa saber, a ciencia cierta, si ha contratado o no, y, en su caso, con quiénes lo ha hecho.

El tema es ahora el siguiente:

a) Se celebra un contrato con una persona física o jurídica;

b) empero, esta persona contratante resulta no ser el principal de tal o cual actividad cumplida, sino un colaborador, dependiente o auxiliar;

c) producido un incumplimiento por obra de esa persona que contrató,[55] se plantean dos cuestiones:

1ª) Si el principal responde contractualmente por el ilícito del dependiente, y

2ª) Si el dependiente responde contractualmente por el ilícito propio.

Es obvio que, liminarmente, debemos repasar la noción de dependiente y, sobre esa base, decidir quiénes lo son y quiénes no revisten esa calidad:

- ¿Es dependiente el conductor del colectivo de la empresa de transporte?
- ¿Es dependiente el médico que trabaja para una clínica o para un hospital?[56]
- ¿Es dependiente el franquiciado del franquiciante?[57]
- Otras situaciones discutibles.[58]

---

[55] Puede ocurrir que el contrato se celebre directamente con el dependiente o colaborador, o bien que éste aparezca en el período del cumplimiento, realizando las conductas debidas.

[56] Respecto de los profesionales liberales se ha discutido largamente la cuestión de la "dependencia técnica", en la medida en que los mismos actúan con autonomía e independencia en tales cuestiones; empero, está fuera de debate la dependencia jurídica, en cuanto cumplen órdenes relativas al modo o manera de prestar el servicio –lugar, tiempo, auxiliares, etc.– y la dependencia económica, cuando la relación es la de un contrato de trabajo.

[57] Afirma Raúl A. Etcheveny *(Contratos. Parte especial,* Astrea, Buenos Aires 1991, t. I, p. 401): "Merece señalarse la existencia de una corriente doctrinaria y legislativa que, atendiendo a que el franquiciado actúa bajo la marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste, considera viable la extensión de responsabilidad del franquiciado al franquiciante".

[58] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente,* Ábaco, Buenos Aires, 1978; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes,* Hammurabi, Buenos Aires,1992; AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C., y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por hecho ajeno,* Depalma, Buenos, Aires, 1995. La doctrina se detiene en el tratamiento de la responsabilidad aquiliana del dependiente y, de alguna manera, descuida la contractual.

Y también, de entrada, lamentamos que la unificación de responsabilidades –contractual y extracontractual– en punto a los daños resarcibles, la prescripción y otros aspectos susceptibles de armonizarse, no se haya producido aún, unificación que haría inútil esta exposición.

De los dos interrogantes el primero –la responsabilidad contractual del principal por el hecho del dependiente– aparece hoy como el más sencillo. No fue siempre así: en 1963, en las *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* celebradas en Santa Fe, el tema originó arduos debates y no se llegó a una conclusión clara y definitiva. Recién a partir del Proyecto de 1987 de Unificación, la doctrina comienza a uniformarse en torno a la índole contractual: "Artículo 521: El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tenga a su cuidado".[59]

Nada más razonable y justo. Son sus brazos largos. Él los ha introducido como medios para facilitar el programa negocial y su cumplimiento.[60] No se trata de una causa ajena o extraña.[61] De no ser responsable el principal o comitente podría, mediante la inclusión de terceros en la relación obligacional, desligarse unilateralmente.[62] Los auxiliares intervienen a pedido del deudor y a su propio riesgo y conveniencia.[63]

Más arduo parece hoy dar una respuesta al segundo interrogante: naturaleza de la responsabilidad del auxiliar cuando el incumplimiento depende de su obrar. Nadie duda de que el auxiliar no es el deudor, al menos el deudor directo; que es un tercero incorporado por el deudor. Pero, a la vez, ese auxiliar "sabe"de la relación negocial preexistente y del rol que desarrolla en orden a la satisfacción del acreedor.

Tres son las posiciones:

---

[59] El despacho de la comisión del tema II en las *Primeras Jornadas de Derecho Civil,* Santa Fe, 1963, expresa: "1. Los principios que sirven de fundamento a las responsabilidades indirectas por hechos de dependientes o auxiliares, no son específicamente excluidos de ninguno de los tipos de responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Esos principios son determinados por el fenómeno económico-jurídico resultante de la prolongación de la actividad propia por la utilización de fuerzas ajenas; importan una garantía impuesta legalmente a quien las utiliza. 3. En la materia contractual son las actividades propias de cada relación las que determinan el alcance de esa garantía. 4. Así mismo, la modalidad de cada relación obligatoria determina en qué medida se la puede contractualmente eludir o limitar. En ningún caso se la podrá eludir contrariando las normas imperativas que rijan la relación de que se trate o los principios de la buena fe contractual". Como se ve, el despacho no se compromete con ninguno de los criterios en boga y, más bien, deja abiertas las puertas en consideración a las circunstancias de cada caso.

[60] JORDANO FRAGA, Francisco A., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento,* Civitas, Madrid, 1994.

[61] Ver la importante investigación sobre el tema de E. Becque, en *Rev. Trim. de Droit Civil,* 1914, t. XIII.

[62] VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilitè: conditions,* en *Traitè de Droit Civil,* bajo la dirección de Jacques Ghestin, N° 818.

[63] KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., pp. 51 y ss.

1) La responsabilidad es siempre extracontractual;[64]

2) depende de las circunstancias de cada caso,[65] y

3) se trata de una responsabilidad contractual.[66]

2. El plenario de la Cámara Nacional Civil

Antes de expresar nuestro criterio sobre este particular queremos señalar algo que nos parece importante:

– ¿Puede ser que una misma relación negocial participe de dos ámbitos de responsabilidad, distintos y de soluciones diferentes?

– ¿Es razonable que se califique de contractual la responsabilidad del deudor contractual y de extracontractual la de quien ha sido puesto para cumplir el negocio?

– ¿Es verdad que el colaborador sigue siendo un tercero en la relación negocial o es más lógico decir que integra el "equipo" que conforma la parte?

– ¿No es real que el auxiliar incumple una obligación preexistente, y que ello no es propio de lo aquiliano?

El debate llevó a las salas de la Cámara Nacional en lo Civil, al plenario del 26 de octubre de 1993, en los autos "Corsetti de Patrignani, I. c/Martínez, R. y otros".[67]

---

[64] Tesis defendida con particular vehemencia por JORDANO FRAGA, *Responsabilidad contractual*, cit., y especialmente en *La responsabilidad del deudor...,pp. 609* ss.; en la doctrina nacional encuentra la adhesión de Mayo y Venini, entre otros juristas. Ver VENINI, Juan *C., Responsabilidad contractual por el hecho ajeno y extracontractual del principal por el hecho del dependiente*, en J. A. 1990-IV-814.

[65] Así lo "recomendó" el despacho mayoritario de las *Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal*, Junín, 1990: "En principio, la responsabilidad del tercero introducido por el deudor es extracontractual; pero, por excepción, podría tener naturaleza contractual". El supuesto excepcional opera en los casos en que el autor del daño -el colaborador- por sus calidades técnicas, no es un verdadero dependiente. Como ejemplo se da el del médico respecto de las clínicas, caso del que nos ocupamos más adelante.

[66] Es la tesis que defendemos desde antiguo, y a la que adhiere HIGHTON, Elena, *Responsabilidad médica: ¿contractual o extracontractual?*, en J. A. 1983-III-659 y la minoría del plenario al cual aludimos enseguida. En la doctrina extranjera, BADOSA, M., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, pp. 769 y ss.; CARRASCO PERERA, su comentario al art. 110 1, en *Comentarios Albadalejo al Código Civil*, Madrid, 1989, XV, vol. I, p. 443, N° 15.

[67] L. L. 1994-A-291, con comentario favorable a la decisión de la mayoría, de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Un plenario necesario y encomiable.*

Compartimos, sin hesitar, la opinión de la minoría, representada por los jueces Cifuentes, Alterini, Galmarini, Mirás, Dupuis, Calatayud, Degiorgis, Moreno Hueyo, Giardulli, Pascual y Álvarez, para quienes no es ajeno al contrato alguien que, como el conductor del colectivo, "tiene a su cargo la cosa, concreta y ejecuta el contrato y, con frecuencia, hasta lo interpreta". Es un auxiliar del deudor, "un agente auxiliar del comercio" que colabora con él en el cumplimiento de la prestación comprometida, lo que tiene su razón de ser en las exigencias del tráfico comercial moderno, que, obviamente, impiden el cumplimiento personal por la empresa".

No es verdad que esta tesis esté huérfana de apoyo en la doctrina moderna, sin perjuicio de destacar la de los países que permiten la opción o han producido la unificación de los ámbitos de responsabilidad.

La doctrina más reciente comienza señalando que "a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona, incluidos empresarios autónomos, de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento (...) lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria".[68]

Es indudable que esta ampliación enriquece la cuestión, al sujetarla al tema de la dependencia, y la muestra en toda su relevancia.

Cottino ilustra esta idea: el suministro que realiza un tercero productor, mayorista, respecto de la obligación de entregar una mercancía por el comerciante al por menor, a su cliente.[69]

Textualmente expresa Jordano Fraga: "Para que se trate de responsabilidad contractual del auxiliar, y, por tanto, del deudor, habrá de tratarse de la infracción de deberes de protección estrechamente conectados a la prestación y que nacen de la relación contractual misma según buena fe [...] Ejemplo de Larenz: rotura de la luna de un espejo por el auxiliar de un pintor al manipular negligentemente la escalera en el domicilio del cliente. Aquí se viola un deber accesorio de cuidado o protección, que nace, con arreglo a la buena fe, de la relación obligatoria principal, contrato de obra".[70]

---

[68] Así, afirma Jordano Fraga *(La responsabilidad...*, cit.), son auxiliares del cumplimiento las entidades bancarias o empresas de transporte que se utilizan para realizar el pago (p. 564, nota 265).

[69] Jordano Fraga ubica al caso del ejemplo como "actividad de un tercero que es simple presupuesto del propio cumplimiento y no, por tanto, auxiliar" (ob. cit., p. 564).

[70] JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 566, nota 269.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Badosa expresa que se "crea una relación nueva, de carácter obligacional, que origina una acción directa del acreedor contra el auxiliar tercero, a la que se aplica la regulación jurídica propia del deudor principal".[71] También Carrasco alude a que la responsabilidad directa y personal del auxiliar frente al acreedor es de índole contractual[72] y no nos estamos refiriendo, claro está, a los casos en que "el colaborador se obliga frente al acreedor" de manera personal, o cuando actúa en función representativa, en nombre y por cuenta del principal.[73]

3. Los casos de mala praxis médica

Este terna ha servido, sin lugar a dudas, para ventilar criterios y teorías que en alguna medida estaban descuidados.[74] Es lo que ha ocurrido con el distingo entre obligaciones de medio y de resultado[75] y también con el debate acerca de la naturaleza jurídica de la relación del médico designado por el sanatorio para atender a la paciente, médico-dependiente (jurídica y no técnicamente) que realiza un acto de mala praxis: ¿su responsabilidad es contractual o extracontractual?[76]

El médico no ha contratado con la paciente, que lo ha hecho con el sanatorio; presta el servicio como colaborador del instituto médico y, por esa vía, cumple o incumple la relación contractual. Nosotros, hace veinte años, en nuestra obra sobre el tema, nos manifestamos a favor de una responsabilidad contractual, invocando distintas razones.[77] Hoy nos ratificamos en esa postura.

Nuestra observación acerca de lo extraño y forzado que significa que a partir de un mismo hecho dañoso –derivado de la conducta de cumpli-

---

[71] BADOSA, ob. cit., pp. 798 y ss.

[72] CARRASCO, ob. cit., p. 443.

[73] Supuestos de responsabilidad indudables. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor...*, cit., pp. 609 y ss.

[74] Es lo que acontece con el distingo entre "obligaciones de medio y de resultado",que nació, entre nosotros, orientado a la tutela del quehacer médico, de la mano de Alsina Atienza, en la década de los '50.

[75] Se recurre a esa distinción teórica como un "escudo de protección". Así también ocurrió con el "contrato a favor de tercero", del art. 504, Cód. Civ. El supuesto "tercero", el paciente, no se vuelve meramente acreedor de un "beneficio", sino que es "parte" en un paquete de derechos y deberes que se originan en en el acuerdo con el sanatorio o la clínica.

[76] Es la pregunta que se formula Elena Highton en *Responsabilidad médica...*, *cit.* Son sus conclusiones, que compartimos: "1. El Derecho debe dar una respuesta global y coherente a una cuestión única. 2. La equiparación responsabilidad contractual = contrato y responsabilidad extracontractual = falta de contrato es falsa. 3. La clasificación de la responsabilidad se basa en la existencia o no de una relación jurídica previa, de manera que la de tipo contractual se aplica cuando se produce el incumplimiento de una obligación preexistente y la extracontractual cuando esta obligación anterior no existe...".

[77] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

miento del auxiliar o colaborador– se produzca en favor del acreedor contractual un "concurso de acciones de responsabilidad"[78] de "distinta naturaleza", contra distintos sujetos responsables, no escapó a la sagacidad de Guillermo Borda, en tema de mala praxis médica.

El distinguido jurista capitalino se pregunta "cómo sería posible juzgar a la luz de distintos principios y disímiles reglas jurídicas una responsabilidad idéntica". Es la misma pregunta que nos formulamos. Empero, la respuesta es distinta: Borda prioriza lo extracontractual[79], con base en las excepciones –al acuerdo–, que juzga numerosas,[80] y atendiendo a que la actividad médica se encuentra reglada por la legislación vigente y que innúmeras obligaciones provienen de ella".[81]

Concluimos afirmando que el ejemplo de la mala praxis nos ha servido, por sobre todo, para demostrar que el temor al contrato es real y no imaginario y de ahí que se quiera huir de él y encaminar las situaciones hacia los ilícitos extracontractuales.

IV. El camino al contrato. Los ámbitos pre y contractual

El camino al contrato, llegar o no al acuerdo obligatorio –en particular en los negocios complejos que requieren tratativas extensas– ¿es libre o regulado? ¿Se puede entrar y salir sin responsabilidad de tales tratativas? Los acuerdos parciales que se puedan ir concretando ¿crean deberes exigibles?

La tendencia del Derecho en más de un siglo, desde 1860 hasta 1980,[82] parece orientarse claramente hacia la consagración de una responsabilidad precontractual o *in contrahendo,* camino al contrato,[83] como una con-

[78] La expresión es de Jordano Fraga *(La responsabilidad del deudor...,* cit., p. 611), quien se inclina decididamente, según lo hemos recordado, por la distinta naturaleza de ambas responsabilidades.

[79] BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos,* y en *Problemas de la culpa contractual,* en L. L. y en la publicación de la Federación Médica de Entre Ríos, *Seminario sobre responsabilidad profesional médica,* abril de 1980.

[80] Tampoco nos parece que sea así; las excepciones son, en nuestro parecer, contadísimas. La verdadera razón, como el mismo jurista lo reconoce, es la tutela de los médicos, pues a su juicio la ubicación contractual "traería enormes perjuicios para el galeno".

[81] La abundancia de regulación, con base en el orden público de dirección y de tutela, es característica de la "contratación actual" y no por ello el contrato pierde su categoría o condición de tal (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los* médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997. t. I, p. 378).

[82] IHERING, Rudolf von, *De la faute "in contrahendo" ou des dommages-interéts dans les conventions nulles ou restées imparfaites,* en *Ouvres choisies,* I, París, 1893, trad. del alemán, publ. en versión original, por primera vez en 1860. MOSSET ITURRASPE, *Contratos,* cit., pp. 420 y ss.

[83] Un verdadero hito en la evolución de la doctrina lo constituye la obra de FAGGELLA, G., *Dei periodi precontrattuali...,* Napoli, 1906. Empero, el debate sobre la extensión del período perdura: si esa responsabilidad puede surgir desde las primeras tratativas o sólo desde un momento posterior, cuando ellas se encuentran avanzadas, como ocurre a partir de la oferta. En este último sentido se expresan los MAZEAUD, *Tratado...,* I-I, p. 165.

secuencia de la buena fe negocial que debe presidir la vida de relación, las tratativas, y en particular cuando de ellas se desprenden expectativas que luego aparecen frustradas.[84] El apartamiento intempestivo, violento o abrupto, antes o después de la oferta, acarrea consecuencias en orden a los daños causados.[85] La doctrina ha construido "jalones o hitos negociales", camino al contrato, en la formación progresiva del consentimiento: a partir de las "cartas de presentación", de las "cartas de intención", de las "minutas" y de los acuerdos preliminares o precontratos.[86]

Y también ubica en esta zona, previa al contrato, con efectos jurídicos, al "contrato nulo" o a aquel posteriormente anulado, que deja de producir los efectos propios para desencadenar los de un "enriquecimiento incausado" (art. 1052), obligando a las "partes" a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido.[87]

Esta tendencia centenaria hacia la responsabilidad precontractual, ¿permanece o aparece contradicha o revertida, con base en una tendencia opuesta que proclama la irresponsabilidad camino al contrato?

Nuestra particular visión, en la hora presente, enfatiza la fuerza expansiva del *common law* americano –vigente en los Estados Unidos– y, como una consecuencia de ella, la "libertad" para "salir" del contrato –indemnizando daños causados– y, así mismo, la libertad para entrar o no en el contrato.

Es también la fuerza del "orden espontáneo" del mercado, enemigo de regulaciones y restricciones, inclinado a favorecer las tratativas que marginan las consecuencias jurídicas, al menos hasta que las mismas se encuentran cerradas.

"Los jueces ingleses –y también los americanos– expresan poco entusiasmo a la hora de reconocer la existencia de una obligación de continuar las

---

[84] ALBERICI, J., *Il dovere precontrattuale di buona fede,* en *Rass. Dir. Civ.,* 1982. pp. 1091 y ss., BENATTI, G., *La responsabilità precontrattuale,* Milano, 1963. LOBATO DE BLAS, *Concepto de tratos preliminares,* R. G. L. J., 1976, pp. 541 y ss.; VISINTINI, Giovanna, *La reticenza nella formazione del contratti,* Cedam, Padova, 1972.

[85] ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *La culpa "in contrahendo" (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos),* Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990. La autora concluye afirmando que estos análisis de la responsabilidad precontractual "han llevado a la aceptación de la posibilidad de configurar conductas ilícitas en un estado del que se venía predicando, como principio casi general, una absoluta libertad de actuación". Y agrega que "ello implica incidir en la exigencia de una mayor consideración para los intereses de la parte con la que se establecen negociaciones..."

[86] BREBBIA, Roberto H., *Responsabilidad precontractual,* La Rocca, Buenos Aires, 1987; STIGLITZ, Rubén S., y STIGLITZ, Gabriel A., *Responsabilidad precontractual,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

[87] BREBBIA, ob. cit.; ROSENDE ALVAREZ, H., *Responsabilidad precontractual,* Valparaíso, Chile, 1979.

negociaciones".[88] Otra cosa es admitir que se deben pagar las "ventajas" obtenidas de las tratativas –trabajos, estudios, etcétera–, pese al fracaso de las mismas, con base en el enriquecimiento sin causa. "Hay reticencia en reconocer la situación precontractual como fuente de las obligaciones".[89] "El que hace una oferta es, en principio, libre de cambiar de idea y de retractar su oferta".

Se plantea la libertad de contratar en su aspecto negativo, "libertad de no contratar", pese a haber entrado en conversaciones dirigidas a la celebración de un contrato. No olvidemos, por lo demás, que la "responsabilidad precontractual" apunta, como todo supuesto de responsabilidad, a una tutela o protección en las "relaciones de alteridad" para evitar sorpresas, desinformaciones[90], desplantes, así como medidas para garantizar la voluntariedad del acto negocial, el obrar con libertad y no con base a constreñimientos[91]; la libre elección.

El acento está puesto, una y otra vez, en la "información", en los deberes de información acerca de cada uno de los pasos de la relación de "tratantes", el *renseignement* de los franceses: informar sobre las aptitudes negociales, la experiencia, las obras realizadas, la presencia en el mercado, luego sobre las pretensiones, las expectativas, la aptitud para satisfacerlas, y, durante las negociaciones, sobre cada uno de los pasos que se van dando, por una y otra parte. No olvidemos que éste es el tiempo de las comunicaciones, fáciles, sencillas y rápidas. Hoy no sería posible la ocurrencia –al menos para personas inteligentes– del supuesto que motivó la investigación de Ihering: un error en la interpretación de un signo relativo a la cantidad de mercadería pedida.

Empero, insistimos en que sólo desde una visión muy simplista –que considere la información como provechosa para ambas partes en la negociación– puede concluirse que el tema es pacífico y que todos –proveedores y consumidores, para decirlo de alguna manera– integran el coro de los partidarios de "hacerlo saber todo", ser explícito, comunicativo, civilizado, generoso en ocasiones...[92].

---

[88] RUDDEN, B., *Rapport anglais*, en *Le contrat aujourd'hui*, cit., p. 135.

[89] "En caso de ruptura de los *pourpalers* sólo una acción *in tort* podría ser intentada" (sostenido en la obra colectiva cit. en nota 10, p. 166).

[90] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La difusa separación entre lo precontractual y lo contractual. Los riesgos de la negociación informal*, nota a fallo en L. L. Litoral, enero de 1998, pp. 44 y ss.

[91] LORENZETTI, Ricardo, *Contratos y deberes secundarios de conducta. La libre elección*, en L.L. del 11-3-98, pp. 1 y ss.

[92] En el derecho comparado, el *common law* prioriza los aspectos económicos del negocio sobre los denominados "aspectos morales" y de ahí que –según se sostiene en la obra de Tallon y Harris, pp. 190 y ss.– dicho deber se desconozca o sólo se admita en medida mínima, salvo para los contratos *uberrimae fidei*, como el seguro.

Informar suele ser costoso, requiere tiempo y disposición para hacerlo, a veces elementos adecuados, canales de comunicación. Informar no siempre es inofensivo frente a la competencia, a las demás personas (físicas o jurídicas) que explotan el mismo rubro. Puede resultar peligroso o gravoso. Informar es revelar secretos, fórmulas, diseños, modelos, armados, técnicas o estrategias; en ocasiones poner en descubierto vicios o debilidades.[93]

De ahí que Ghestin pueda decir, para Francia, que se observa la ausencia de una tendencia actual en orden al deber de informar, y que *de lege ferenda* se considere una cuestión de "política legislativa" que debe atender al punto de vista económico".[94]

Tenemos muy presente el debate sobre la información en las relaciones médico–paciente: los partidarios y los enemigos de que el médico ilustre al enfermo. Los que lo consideran un "necesitado inexperto" y los que lo juzgan como el "soberano de la relación", capaz de autodeterminarse.[95]

V. Lo que viene después de la extinción. Contratos agotados o extinguidos por medios anormales y responsabilidad poscontractual

Como la precontractual, esta responsabilidad se ubica fuera del contrato, lateral al mismo, luego de su extinción.

Es oportuno el ejemplo de los Mazeaud, que buena parte de la doctrina repite: "El ingeniero que rodeado de la confianza de un industrial, su antiguo patrón, ha sido puesto al corriente, por él, de todos los secretos de fabricación y que entra al servicio de un competidor directo". La responsabilidad nace si este ingeniero, violando los deberes de la buena fe que imponen secreto, reserva, discreción, hace conocer esos secretos en beneficio del competidor y en detrimento de su anterior empleador; parece, dicen los autores franceses recordados, "que debe ser condenado a abonar daños y perjuicios, aun cuando el contrato expirado no restringiera explícitamente su libertad".[96]

---

[93] Es muy interesante el capítulo que María Luiza de Saboia Campos dedica al tema en su obra *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, Editora Cultural Paulista, Sao Paulo, 1996.

[94] Jacques Ghestin, en TALLON y HARRIS, *Le contrat aujourd´hui...*, cit., p. 194.

[95] CASTAÑO DE RESTREPO, M.P., *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 1997; LOI, M. y TESSITORE, L., *Buona fide e responsabilità precontrattuale*, Milán, 1975.

[96] MAZEAUD, ob. cit., t. I-I, p. 170; MENEZES CORDEIRO. A., *Da pos-eficacia das obrigaçoes*, en *Direito e Justicia*, Lisboa, 1986.

El caso recordado puede extenderse a numerosas actividades, como las del personal doméstico (mucamo, valet, ama de llaves) o bien de un secretario o empleado de escritorio, que en virtud de su actividad entra en conocimiento de aspectos técnicos, científicos, profesionales o íntimos, cuya revelación es dañosa para quien fuera el principal en la relación de trabajo. La revelación por el médico de François Mitterrand de sus dolencias es un caso patético.

No se trata ya de la "información", como en la etapa precontractual, sino de la discreción, del secreto, de guardar en reserva lo conocido, en virtud, con motivo o en ocasión de la relación extinguida. Son deberes secundarios que emergen de la buena fe lealtad, probidad, para esta etapa poscontractual. Obviamente, estos deberes se particularizan o concretan "caso por caso", atendiendo a las circunstancias y a la especificidad de las situaciones.

Las "situaciones poscontractuales", en el *common law*, se amplían con los supuestos de imposibilidad debida a caso fortuito, con los de frustración y otros que para el Derecho continental son, pese al fracaso negocial, siempre contractuales.

No creemos, para terminar, que la interpretación económica origine alteraciones en las soluciones tradicionales, poscontractuales, por violación de deberes. Está de por medio, en buena medida, la lealtad en la competencia, la lucha por el mercado, que puede verse alterada por los "infidentes": informantes abusivos, desleales.

La estabilidad de los contratos administrativos

Iván Aróstica Maldonado
Director del Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Para quienes hemos frecuentado con verdadera moderación la literatura jurídica francesa, dado el carácter fuertemente potestativo de su derecho público, aparece inevitable condenar que, aquí en Chile, se quieran perpetuar los rasgos con que ella delineó los contratos administrativos. Sobre todo cuando esta mímica conlleva la proclamación más solemne de la mutabilidad y precariedad como características generales de los susodichos contratos, amén de que el Estado sería impermeable a la regla del *pacta sunt servanda*.

Recordaré que para abominar de este principio cardinal, primero se dio en fulgurar y, acaso, en exagerar la prevalencia del Estado por sobre los individuos. Y sentado que a la autoridad le asiste el deber inalienable de seguir las fluctuaciones del interés colectivo, de ahí se tomó vuelo de crucero para urdir la famosa teoría de las "cláusulas exorbitantes", cuyo intrínseco sentido es que esos acuerdos de voluntad –al contrario de lo que sucede en los pactos civiles– se tipificarían como tales por llevar, implícitas, sendas prerrogativas en favor de la Administración. En este tren, se hizo de estilo suponerle, a priori, las facultades para modificar unilateralmente las condiciones originarias del contrato (*potestas variandi*) y para poner término anticipado al mismo, por razones sobrevinientes de bien común (*revocación*) o por incumplimiento de las obligaciones del contratista (*caducidad*).

Que los contratos administrativos quedaban en vilo, supeditados a las oscilaciones de las autoridades, lo refrenda la aparición de otra teoría, llamada con fruición "hecho del príncipe" (*fait du prince*): durante su ejecución deberían adaptarse, *in actum*, a las sucesivas medidas generales –legales y reglamentarias– impuestas por el Estado, aunque su cumplimiento afectara las condiciones jurídicas o materiales convenidas originalmente.

Un autor –Juan Carlos Cassagne– interroga los hechos y sienta esta verdad, comprobable y elemental: "la adecuación que impone el proceso de transformación del Estado conduce a efectuar una reformulación tendiente a eliminar los elementos autoritarios que caracterizaban dicho régimen, los cuales, en definitiva, al agravar el riesgo empresario, provocaron un generalizado aumento de los costos de la contratación pública. Esta situación –en gran parte originada en la interpretación y aplicación de la concepción francesa clásica sobre el punto–, aparte de afectar las finanzas estatales, también repercute sobre la competencia, dado que, como es lógico, la decisión de afrontar mayores riesgos la toman o bien las empresas monopólicas o aquellas que, por su escasa responsabilidad patrimonial, no miden la asunción de riesgos que implica someterse a las llamadas prerrogativas implícitas".[1]

Entiendo que es así; que esta perspicua observación cuadra notoriamente con la realidad. Me aventuro a complementarla, levantando otro cargo: que esos arbitrios estatales encuentran parvo sustento en el ordenamiento chileno.

Acto bilateral e intangible para las partes

Es que, en la materia, tenemos un pasado nada donoso. Rememoremos, nada más, esa época paleo-jurídica inaugurada por "Testar con Fisco" (1947), una sentencia a cuyo alero se empezó, después, a pregonar –con gritos de profeta hebreo– que el Ejecutivo contaba siempre con un poder "subentendido" para alterar o revertir a su amaño los actos o contratos administrativos en curso,[2] y que luego –llevada hasta los límites del desvarío– se utilizaría como plataforma para acuñar la consigna estatizante de que "en derecho público no hay derechos adquiridos".[3]

Claro, por el escaso interés de negociar con el Estado en esas condiciones de inseguridad o, en el mejor de los casos, por el encarecimiento de los contratos públicos que esto trajo consigo, en seguida aparecieron los "contratos leyes", categoría imaginada con el afán de imprimir un cierto grado de fijeza e inmutabilidad a los acuerdos celebrados con la Administración, poniéndolos a salvo de los bruscos virajes ideológicos del legislador y del

[1] "Sobre la extinción de los contratos administrativos", *Revista de Derecho Administrativo* (Bs. Aires) 24/26 (1997), 117-133.
[2] Corte Suprema 29.4.1947, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 49 (1947), 2.1, 513-538.
[3] Eduardo Soto Kloss trituró este brocardo en "Los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno (réquiem para una inepcia doctrinaria)", *RDJ* 81 (1984), Iª parte, sección Derecho, 13-23. Hoy en su *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1996), vol. 2, 211-228.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

comportamiento errático de los funcionarios gubernamentales. Hasta que, en 1971, llegamos al extremo de degradar el derecho constitucional de propiedad, estampando que la mera invocación del "interés nacional" bastaba para que el legislador pudiera modificar o extinguir estos acuerdos de voluntad (ley de reforma constitucional 17.450).[4]

Mas como al poco tiempo caímos en la cuenta que el alzamiento generalizado del Estado contra sus propios contratos no conduce, precisamente, al bien común, hoy el Poder Judicial ya no duda en sostener que todo contrato administrativo es, de suyo, una ley para las partes.[5] De manera que si la Administración carece de potestades expresas en tal sentido, acorde con el art. 7º de la Constitución, no le es dable alterarlos o dejarlos sin efecto por su sola voluntad, máxime cuando los créditos derivados de tales convenciones quedan tutelados por la garantía esencial al derecho de propiedad, vigorizada por el art. 19 Nº 24 del mismo texto fundamental de 1980.[6]

Igual parecer mantiene la Contraloría General de la República. Sobre la base de que los efectos que dimanan de un acto bilateral sólo pueden ser precisados por medio de una resolución judicial o un mandato legislativo, su jurisprudencia ha declarado que resulta jurídicamente improcedente que las autoridades administrativas deroguen o modifiquen los convenios válidamente celebrados a los cuales concurren.[7] Agregando que –salvo norma legal o estipulación en las bases que así lo permita– es inadmisible la alteración de un contrato en pleno desarrollo, ni aun con el consenso o mutuo consentimiento de las partes.[8]

---

[4] Apelando a esa locución, la Ley 17.910 (27.2.1973) declaró extinguida la concesión para la explotación del servicio telefónico, así como su régimen legal, jurisdiccional y administrativo, pactada entre el Fisco de Chile y la Compañía de Teléfonos (ITT), y cuyas cláusulas había aprobado la Ley 4.791. Más detalles de este caso "emblemático", en nuestro "El servicio telefónico: pasado y presente", *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 5 (2000) 67-88. Cfr. Jorge López Santa María, *Los contratos. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.), 1ª ed. (1986), 143-147 y 202-207.

[5] En esta línea jurisprudencial, v. los casos *Bravo Bravo*, Corte de Apelaciones de Santiago 31.1.1983 (cons. 5º) Corte Suprema 6.4.1983, en *RDJ* 80 (1983) 2.5, 28-31; "Inmobiliaria Desco Ltda". C. Ap. Santiago, 9.6.1986 (cons. 5º), en *Gaceta Jurídica* 72 (1986), 40-42; "Labbe Campos", C. Ap. P.A. Cerda 21.1.1987 (cons. 10º), CS 4.3.1987, en *GJ* 81 (1987), 23-25; "Sociedad de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A.", C. Ap. Santiago 7.8.1990 (cons. 7º), en *GJ* 124 (1990), 119-123; "Denham y Cía Ltda", CS 18.7.1994 (cons. 3º y 5º), en *GJ* 169 (1994), 57-59 y *Fallos del Mes* 428 (1994) 330-333, entre varios.

[6] Ya en su informe de 16.8.1978, enviado al Presidente de la República, la Comisión de Reforma Constitucional dejaba constancia que "los derechos que emanan de contratos o convenciones legalmente celebrados entre un particular y el Estado son bienes incorporales amparados por la garantía constitucional que asegura el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes y, en consecuencia, el titular de estos derechos no puede ser privado de los mismos, sino en virtud de expropiación en conformidad a las normas generales".

[7] Entre otros, Dictámenes 7.367 de 1962; 27.878 de 1978; 39.212 de 1982; 16.033 y 30.815 de 1984; 16.135 de 1986.

[8] Dictámenes 8.885 de 1987; 3.199 de 1988; 33.253 de 1994; 32.795 de 1996.

1. Así que el principio de legalidad imperante en nuestro régimen positivo –arts. 7º y 62 inc. 4º Nº 2 de la Constitución– conforme al cual los organismos públicos únicamente pueden hacer lo que previa y expresamente les permite la ley, disuade la creencia de que la Administración del Estado detentaría un poder "implícito" o "subentendido" para cambiar unilateralmente las estipulaciones de los contratos en que ella participa.[9]

Digamos más, precisando que si la ley vigente a la época del contrato le otorga una competencia explícita para ello, regulando los casos y situaciones que la hacen procedente, de todas formas el particular co-contratante tendrá que ser compensado en plenitud, en todos los perjuicios que le irrogue el ejercicio de ese poder modificatorio, por aplicación directa del art. 1º inc. 4º de la Carta Fundamental, en cuya virtud el Estado debe propender al bien común "con pleno respeto a los derechos y garantías" de las personas.

De esta suerte, (a) si la modificación se traduce en la imposición de nuevas obligaciones o deberes, la reparación encuentra su fundamento en el art. 19 Nº 20 de la propia Ley Suprema: dado que sobre el contratista pesa la carga de tener que ampliar sus prestaciones, forzoso será compensarlo a fin de que pueda proseguir en el desempeño del contrato. De lo contrario, se lo estaría haciendo víctima de una carga pública desproporcionada, de un sacrificio especial en aras del bien común, que no pesa sobre el resto de las personas.[10] Y (b) si la alteración importa un menoscabo a los derechos o créditos que emanan del contrato, la reparación halla su justificación en el art. 19 Nº 24: es regla imperativa de nuestro Derecho Público que, cuando por motivos cualificados de bien común, se ha de privar a alguien de lo suyo, de una cosa que le pertenece, el Estado debe subrogar íntegramente ese bien, mediante la correspondiente indemnización.

Tomemos el ejemplo de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 164 de 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por DFL 900 (MOP) de 1996 (18.12.1996), cuando en su art. 19 dice que:

"El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las

[9] Tal cual han expresado, especialmente, las sentencias recaídas en los casos "Amatil", C. Ap. Santiago 11.5.1986 (cons. 11º), CS 3.6.1986, en *RDJ* 83 (1986) 2.5, 84-90; "Proctora Ingeniería y Construcciones S.A.", C. Ap. Santiago 17.10.1989 (cons. 4º y 5º), en *RDJ* 86 (1989) 2.5, 206-210,y "Sociedad Ferré y Grau Ltda.', C. Ap. Santiago 30.10.1991, y CS 21.11. 1991, en *RDJ* 88 (1991) 2.5, 337-340, *FM* 396 (1991) 663-667, e *Informe Constitucional* 198 (13.11.1991).

[10] Este principio general ha sido recepcionado varias veces en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, v. gr. por la Corte Suprema en sentencia de 7.8.1984, *RDJ* 81 (1984) 2.5, 181-189, y por el Tribunal Constitucional en fallo de 2.12.1996 (rol 245). Y, con mayor razón, debe recibir aplicación cuando esa carga especial acontece en un contrato administrativo.

obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez..." (inc. 1º).

2. En buena lógica, sería lo mismo cuando se trata de la revocación (rescisión unilateral): la alternativa de que la Administración pueda desahuciar el contrato en cualquier momento, poniéndole término anticipado por circunstancias sobrevinientes de bien común, sólo sería legítima en la medida que la ley consulte, previa y expresamente, esa posibilidad;[11] sin perjuicio –por supuesto– de las indemnizaciones que sean procedentes, por el daño emergente y el lucro cesante causados.

Además, casi no hace falta apuntar que el acto de extinción, de expiración del contrato, como todo acto administrativo, deviene susceptible de reclamación judicial por el contratista afectado, especialmente cuando reviste caracteres de arbitrario. En efecto, dado que el "interés público" no supone una idea-camaleón que pueda confundirse con los cambios de orientación política o con las mutaciones de la coyuntura, ni el poder de marras significa que los contratos administrativos queden librados a la volubilidad de las autoridades de turno, nuestros tribunales han sentado jurisprudencia, en orden a que la decisión de revocar debe motivarse precisamente y descansar en antecedentes de hecho objetivos, concretos y pertinentes, sin que sea suficiente esgrimir razones tan genéricas y vagas como el "interés general", la "utilidad pública" o las "necesidades del Estado".[12]

---

[11] Esta cuestión –en punto a si cabe la revocación– requiere una aclaración en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dado que su art. 27 sólo contempla las siguientes causales de extinción de la concesión:

"1. Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere,

2. Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario...;

3. Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y

4. *Las que se estipulen en las bases de licitación*".

De otro lado, la ley orgánica del MOP, actual DFL 850, de 1997 (25.2.1998), en su art. 5º previene que a esa Secretaría de Estado corresponde: "j) Convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87 (concesiones de obras) o *cuando deban revocarse esas concesiones por razones de interés público...*". ¿Cómo se concilian ambos textos? Sugiero esta hipótesis: la "revocación" únicamente podría aplicarse si las bases de la respectiva licitación han incorporado expresamente dicha forma de cese del contrato (aunque la conveniencia de introducir esta cláusula es harto discutible, habida cuenta que, en la práctica, negaría todo aliciente para participar en una propuesta convocada en esas condiciones de incerteza).

[12] Cito, a modo de ejemplo, estos precedentes: "Labbé Campos", C. Ap. P. A. Cerda 21.1.1987 (cons. 10º), CS 4.3.1987, en *GJ* 81 (1987) 23-25; "Corporación de Desarrollo Educacional Científico y Tecnológico", C. Ap. Santiago 31.1.1994, CS 10.3.1994, en *GJ* 166 (1994) 165-197 y en *RDJ* 91 (1994) 2.5, 42-45; "Aridos y Movimientos de Tierra Santa Gloria Ltda.", C. Ap. P. A. Cerda 10.9.2001 (rol 87-2001), CS 1.10.2001 (rol 3.662-01) en *Informe Constitucional* 2.561 (4.10.2001).

Con todo, sostengo que esto de que la ley faculte a la Administración para revocar unilateralmente una convención, en cuanto implica privar al co-contratante particular de sus derechos personales o créditos por móviles vinculados al bien común, encierra una delegación indebida de potestades legislativas. La acusación encuentra sustento en la circunstancia de que, según nuestra Constitución (art. 19 Nº 24), incumbe exclusivamente a la ley disponer que alguien sea afectado en su propiedad por causales de utilidad pública o interés nacional, a través del instituto de la expropiación; siendo del caso añadir que, por tratarse de una materia concerniente a garantías constitucionales, el mismo texto supremo prohíbe su delegación (art. 61 inc. 2º, en el Presidente de la República y, por obvia extensión, en cualquier otro funcionario de la Administración que de él dependa o con el cual se relacione).

El punto es que, como la tentación de confundir el bien común con las vicisitudes políticas, además de traducir una evidente desviación de fin, constituye un campo fértil para la comisión de abusos y prácticas de corrupción, aparece mucho más transparente sacrificar los derechos del contratista –cuando es menester– por la vía de la expropiación, que supone una declaración legislativa en tal sentido, antes que acudir a la llamada revocación por mérito o conveniencia.[13]

3. Pero regresemos, ahora, para reiterar que el hecho que los contratos administrativos se rijan por el derecho público, no involucra que la autoridad concurrente quede, automáticamente, investida con esas prerrogativas "exorbitantes implícitas", con esos dones subyacentes que algunos le prodigan con generosidad. Trátase, en verdad, de una conclusión gratuita, porque la cosa es precisamente al revés: la sujeción al derecho público implica –antes que nada– que en tales acuerdos de voluntad se debe observar rigurosa y estrictamente el principio de juridicidad, consagrado en nuestra Carta Fundamental (arts. 7º y 62 inc. 4º Nº 2), de manera que los órganos de la Administración involucrados no tienen en ellos más competencias o posibilidades de actuación que las que les franquea la ley.

Y es, justamente, la aplicación de este principio lo que permite afirmar que, sin ley previa y expresa, la Administración no ostenta –tampoco– ningún poder sancionador para caducar por sí misma un contrato administrativo, con fuerza de autoridad, a pretexto de un supuesto incumplimiento o infracción, por parte del contratista, de las obligaciones pactadas.

[13] J. C. Cassagne, *ob. cit.*, 122.

UNIVERSIDAD DE DESARROLLO HEMEROTECA

Pero aquí, sin desmedro alguno de ese razonamiento –al que se han atenido de continuo nuestros tribunales[14]–, yo desearía resaltar unos veredictos que han ido más lejos, argumentando con mayor eficacia en el marco de los principios que rigen en un Estado de Derecho. Son aquellos fallos que desdicen la autotutela de la Administración e indican que la caducidad debe producirse siempre por vía judicial.

Esto es: comoquiera que de los contratos administrativos resultan derechos para el particular, que se incorporan a su patrimonio y de los cuales no puede ser privado por un acto administrativo unilateral, la caducidad, cuando existe contradicción de pareceres, exige el examen y juzgamiento previo de todas las cuestiones de hecho y de derecho promovidas por las mismas partes, como fundamento de sus actuaciones, y esta resolución previa, tanto por su propia naturaleza cuanto por lo dispuesto en los arts. 73 de la Constitución y 1º del Código Orgánico de Tribunales, incumbe exclusivamente al Poder Judicial.[15]

Colateralmente, digamos al pasar que otro tanto ha manifestado la jurisprudencia administrativa y judicial, respecto de la invalidación o nulidad: la Administración no puede desconocer unilateralmente los contratos en que ella es parte, ni aun invocando supuestos vicios de ilegalidad cometidos durante su tramitación, ya que en tal evento la única actitud jurídicamente aceptable es que ella impetre el pronunciamiento de los tribunales de justicia, previo un racional y justo procedimiento, con audiencia del interesado.[16]

---

[14] Casos "Kleinkopk Publicidad", C. Ap. Santiago 15.4.1987, en *GJ* 82 (1987) 54-55; "Soc. de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A." cit. en nota 5; "Fandos Tremolini y Cía. Ltda.", C. Ap. Valparaíso 18.5.1998 (rol 731-97) CS 16.6.1998 (rol 1854-98) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 157 (nota al pie).

[15] "Delucchi con Municipalidad de Iquique", CS 22.7.1966, en *RDJ* 63 (1966) 2.1, 274-279; "Sociedad de Agregodos Pétreos Ltda.", CS 21.8.1989, en *RDJ* 86 (1989) 2.5, 92-95; "Echeverría Ossa", C. Ap. Santiago 22.12.1992 en *GJ* 150 (1992) 58-60; "Dinamex Chile", C. Ap. Santiago 27.9.1996, CS 28.4.1997 en *RDJ* 94 (1997) 2.5, 146-151; "Sepúlveda Castro", C. Ap. P. A. Cerda 29.10.1997 (rol 67-97) CS 6.1.1998 (rol 3.956-97) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 157 (nota al pie); "Proctora Ingeniería y Construcciones S.A.", CS 13.1.1998 (rol 3.289-97) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 158 (nota al pie).
Análogo criterio, en orden a que la caducidad debe ser declarada por un tercero independiente e imparcial, ha sido recogido en algunas leyes, de reciente data, reguladoras de determinados contratos administrativos. Por ejemplo en la citada Ley de Concesiones de Obras Públicas de 1991, art. 28; en el DL 1.939 de 1977, modificado por la Ley 19.606 (14.4.1999) art. 62 C, en cuanto a las concesiones sobre bienes estatales, y en la Ley 19.656 (7.1.2000) art. 40, respecto de la concesión geotérmica.

[16] Dictámenes 16.033 de 1984 y 25.606 de 1992, de la Contraloría General de la República. En la jurisprudencia judicial, v. "Carreño Cisternas", C. Ap. Arica 9.3.2001 (rol 7.435) CS 9.5.2001 (rol 1.054-01), en *Informe Constitucional* 2.498 (28.6.2001). La revista *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) 4 (2001), pp. 379-391, publicó un informe en Derecho nuestro (junto al prof. Ramiro Mendoza Z.) relativo a este último caso. Cfr. "Sociedad Constructora Halcón Limitada", CS 7.10.1998, en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 226-228.

La Ley del contrato y el llamado "hecho del príncipe"

Un árret del Consejo de Estado francés que los profesores prefieren es el de la "*Compagnie Générale Francaise de Tramways*" (o "*des Tramways de Marselle*") ocurrido en 1910. Predilección marcada, desde que por gravitación de dos comentaristas de alto coturno –Jéze y Hauriou– alcanzó la talla de hito memorable, de un "*cas d'espèce*" definitivo, al prefigurar la doctrina del *factum principis*.

Esta teoría viene a decirnos que ahora el Estado, ya no en su rol de parte, sino que actuando como autoridad, puede adoptar sendas medidas generales (legales o reglamentarias), aunque éstas repercutan directamente sobre la forma o condiciones de ejecución de un contrato administrativo en pleno desarrollo.[17] O sea, a despecho de que es obvio que todo acuerdo de voluntad restringe en mayor o menor medida el campo de acción de las partes, y que si tal limitación fuera, en sí misma, ilegítima, el Estado nunca quedaría contractualmente obligado, a pesar de eso, digo, la tesis en comento sostiene que el contrato que un particular ha convenido con la Administración no puede significar un impedimento al ejercicio de los poderes públicos, si bien eventualmente daría origen a una indemnización para el particular co-contratante afectado. Este *alea estatal* revertiría, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual para el propio Estado.

Nuestra Contraloría General ha profesado la misma creencia, en un par de pronunciamientos célebres.[18] Fue en su Dictamen 41.409, de 1994, donde sentó que "La doctrina del Derecho Administrativo, en general, propicia los principios de que, en los contratos administrativos, rige el elemento de riesgo y ventura, es decir, que el co-contratante de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato. Sin embargo, tal principio aparece modificado o alterado por diversas circunstancias que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos deban ser soportados por la Administración. Ello ocurre a través de las figuras jurídicas de la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, de la teoría del caso fortuito, de la fuerza mayor, y de las cláusulas de reajuste".

"Ahora bien, en el derecho chileno, la llamada teoría del príncipe se asimila con la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor, por cuanto el artículo

[17] "La figura del *factum principis* se encuentra inserta en los supuestos de la Teoría de los Riesgos o Teoría de la Imprevisión, de la cual no sería más que una especie dentro del género de ésta, especie que a su vez se caracterizaría por encontrar siempre su origen en medidas de intervencionismo económico de los poderes públicos": Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1995), 168.

[18] Encuéntrese un precedente de lo que viene en Dictamen 61.390, de 1968.

45 del Código Civil justamente prevé como evento de esta especie el acto de autoridad (hecho del príncipe)...". Concluye: "La regla general sobre la materia es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado en forma expresa sobre sí tal riesgo. Lo anterior obedece a la circunstancia que la tesis contraria encarecería enormemente los contratos, toda vez que las empresas se verían obligadas a presumir en el momento de formular sus ofertas la ocurrencia de tales circunstancias, aumentando el valor de las cotizaciones".

Por Dictamen 35.989 de 2001, volvió sobre la misma idea, señalando que en los contratos administrativos –incluso a suma alzada– el precio comprende todos los gastos que irroga su cumplimiento, pero que ello sólo debe entenderse en el marco del desarrollo normal y plausible de su ejecución, por lo que dicho valor puede sufrir variaciones de concurrir una fuerza mayor derivada, por ejemplo, de un acto de autoridad imprevisible e irresistible (hecho del príncipe). Y reiteró que los mayores costos en que deben incurrir los contratistas para cumplir con ese acto de autoridad, tienen que ser solventados por la Administración, acorde con el citado art. 45 del Código Civil (que regula materias propias del derecho público) y el art. 4° de la Ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (que consagra la responsabilidad extracontractual del Estado).

¿Qué comentarios nos merece esta solución? Desde luego, es realidad notoria que los negocios sólo pueden prosperar en un ambiente de tranquilidad, de seguridad y certeza, cuando existe estabilidad de las reglas del juego, mas no cuando las situaciones son escasamente predecibles. Por eso, en más de una ocasión hemos postulado que los contratistas de la Administración únicamente deben asumir los riesgos naturales e intrínsecos que son inherentes al contrato, esto es, el alea normal del negocio. Dicho de otro modo: salvo que de los términos de la convención aparezca inequívocamente que el contratista se ha hecho cargo de ese factor, no está en su deber el tener que soportar las –no pocas– mutaciones y fracturas legislativas o administrativas, la a veces serpenteante soberanía del Estado, por constituir ésta una circunstancia que escapa a toda previsión.

De allí que descreo que, frente al cambio de las circunstancias convenidas, en un contrato ya afinado bajo condiciones determinadas, el particular tenga –necesariamente– que plegarse a la alteración de las reglas, a trueque de una compensación. Es que, a nuestro juicio, la situación la resuelve con más probidad el art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo

de su celebración" (inc. 1º), siendo de advertir que de la historia de su establecimiento aparece claro el propósito del legislador de excluir tanto el efecto retroactivo como el efecto inmediato de las leyes nuevas sobre los contratos celebrados con anterioridad.[19] De esta suerte, la fuerza de una ley u otra medida administrativa general, incluso si es derogada o modificada, se mantiene mientras perdure el contrato que se celebra bajo su imperio, al que no le alcanzan ni le son aplicables las nuevas leyes o normas reglamentarias, ya que sus efectos están al abrigo de los cambios de legislación.

Vuelvo así al comienzo, a la idea primera: acorde con nuestra Constitución (art. 19 Nº 24), ningún acto sobreviniente de la autoridad –distinto a la ley expropiatoria– puede innovar, alterando los derechos provenientes de un acuerdo en pleno desarrollo.[20]

Y siendo ello así, a menos que las partes se adhieran voluntariamente –de consuno– a las prescripciones de la nueva preceptiva, haciendo las adecuaciones del caso,[21] la regla general en nuestro ordenamiento es que todo

---

[19] Según J. López SM., *ob. cit.*, pág. 206, el Mensaje del Presidente de la República expresaba: "el que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan, además, el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza en las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración". Y más adelante, a propósito de la supervivencia de las leyes antiguas en los contratos: "puede afirmarse que los derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos y que adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente. La regla de la supervivencia de las leyes antiguas excluye el efecto inmediato de las leyes nuevas".
Un detalle: para la jurisprudencia de la Contraloría General, la ley del contrato administrativo está constituida por las normas imperantes a la fecha de la convocatoria, cuando se pidieron las propuestas (Dictámenes 87.072 de 1965; 80.407 de 1966; 7.251 de 1998, etc.).

[20] Aquí nos remitimos a la límpida sentencia del Tribunal Constitucional (rol 207) de 10.2.1995 (cons. 64º y ss.), en *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996*, edición propia (1996) 285-315.

[21] Supuesto lo anterior, lo que puede hacer la nueva ley es inducir –invitar– a las partes a asumir sus reglas. Pongamos por caso la Ley 19.460 (13.7.1996), que introdujo importantes modificaciones al DFL 164, de 1991, citado. Dijo su art. 1º transitorio: "Las sociedades concesionarias con su contrato de concesión de obra pública perfeccionado en la fecha de publicación de esta ley en el Diario Oficial podrán, dentro del plazo de los tres meses siguientes, optar por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Aquellas que no lo solicitaren, seguirán regidas por las normas legales vigentes en la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión" (inc. 1º).
Agregó en seguida que "Cuando las sociedades concesionarias o los adjudicatarios opten por acogerse a las normas modificatorias de esta ley según lo dispuesto en los incisos anteriores, el Ministerio de Obras Públicas dictará, sin más trámite, un decreto modificatorio del de adjudicación en que dejará constancia del cambio en el régimen legal de dicho contrato" (inc. 3º).

cuanto atañe a la relación contractual misma, a su perfeccionamiento, desarrollo y expiración, sigue rigiéndose por las disposiciones vigentes al momento de su celebración.[22]

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Terminemos.

Conclusión

Recuerdo que, no por nada, un día el gobierno llevó un iceberg a la ExpoSevilla ´92. Su frialdad quería entregar, a quienes hicieran negocios con Chile, el mensaje de que somos serios y cumplidores de nuestros compromisos.

La mente del receptor hospedará que –aquí sí– la palabra empeñada por el Estado es válida y definitiva. Que éste no se afilia a ninguna de esas escuelas cargadas de opresivo oficialismo, que fuerzan a sus contratistas a sobrellevar los altibajos, las tribulaciones anudadas al ejercicio de esos (en otras partes elogiados) poderes "exorbitantes e inalienables" en favor del mismo Estado.

Puede que esta nota avale su confianza.

[22] Vid., entre otros, el caso "Rolla Poblete", C. Ap. Santiago 28.9.1981(cons. 6º) CS 30.9.1981, en *RDJ* 78 (1981) 2.5, 266-268. Ahora, admitiendo lo aseverado, hay alguna jurisprudencia que aquí ha intercalado un alcance: dicha regla de supervivencia no se extiende a las competencias y formas de actuación de las autoridades administrativas, las cuales deben ceñirse a la ley actualmente vigente.
Así, en recurso de protección "Pisón Copelli", C. Ap. Valdivia 4.3.1993 (cons. 16º) CS 22.3.1993 (confirma), en *Informe Constitucional* 530 (15.4.1993). Análogo es el Dictamen 6.713 de 2000, de Contraloría General de la República.

Los grupos empresariales

Enrique Alcalde Rodriguez
Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Concepto y función de los grupos empresariales

Atendido el tamaño y dimensión alcanzados por las sociedades anónimas actuales, así como las demandas que impone la globalización de la economía, se ha hecho imperioso buscar fórmulas de asociación que permitan hacer más eficiente el uso de los recursos empresariales. Ello ha conducido al desarrollo cada vez más creciente de formas de agrupación bajo la modalidad de "conjuntos o grupos empresariales", los cuales se presentan como estructuras organizativas que articulan diversas entidades sujetas a una coordinación y dirección unificada.[1] A través de estos mecanismos, los diversos agentes económicos pueden hallarse en condiciones de optimizar sus empresas mediante la obtención de economías de escala, al tiempo que mantienen los grados de flexibilidad estructural necesarios para hacer frente a los requerimientos que les impone su participación en el mercado.[2]

El elemento central de estas formas de asociación viene dado por la existencia de un núcleo de poder o decisión en torno al cual se organizan diversas entidades, generalmente bajo la estructura de sociedades anónimas, las cuales, si bien mantienen su propia personalidad jurídica, respon-

[1] El fenómeno de las "coaliciones empresariales", en un grado importante, se explica en función del proceso de separación gradual entre poder propietario y poder de control y gestión de la empresa, el cual queda evidenciado en la estructura organizativa y en la estrategia de gobierno de las grandes corporaciones manageriales. MOLINA N., Cristóbal, *Persona Jurídica y Disciplina de los Grupos de Sociedades*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pág. 22.

[2] Preguntándose acerca de la significación jurídica y económica de los grupos de sociedades, señala un autor que nos hallamos ante un fenómeno propio de un capitalismo maduro: *"Con la articulación de varias entidades –preferiblemente sociedades– jurídicamente autónomas bajo la dirección económica única de otra sociedad, los operadores económicos pretenden constituir una nueva forma de empresa que, de acuerdo con las particulares condiciones del mercado, alcance la dimensión óptima y permita, gracias a su flexibilidad estructural, la obtención de economías de escala, la mejor utilización de las redes de distribución y la difusión de los conocimientos"*. EMBID I, José Miguel, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupo*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1987, pág. 25.

den no obstante a un objetivo que es común a todas ellas y cuya prosecución constituye su finalidad esencial. En otras palabras, el "grupo" se caracteriza por la subordinación de los intereses individuales de sus distintos miembros a una dirección económica unitaria, que junto con articular la gestión de cada uno, se erige en portadora del interés superior del conjunto. Entre las manifestaciones más usuales de este factor de dominación o dirección se encuentra la centralización en la toma de decisiones financieras relevantes por parte de los diferentes componentes del grupo, así como el ejercicio y distribución de los poderes de administración de cada una de las entidades o compañías que lo integran, particularmente a través de la presencia de directores o ejecutivos comunes a éstas.

Más allá de las notas generales que se han planteado, no existe, ni en la doctrina ni en la legislación comparada, una visión unívoca a la hora de definir cuándo nos hallamos ante un conjunto económico o grupo empresarial, como tampoco respecto de los elementos que permiten diferenciar la simple agrupación de sociedades que han consentido en una colaboración empresaria de aquellas que obedecen propiamente a la estructura de un grupo. Así, por ejemplo, algunos sistemas han adoptado el *modelo orgánico*, que se funda en el establecimiento de criterios legales a partir de los cuales se presume la existencia de una dirección unitaria entre distintas entidades jurídicas que en principio –y formalmente– se exhiben autónomas. Otras, en cambio, siguiendo el *modelo contractual*, exigen la presencia de una convención o acuerdo de voluntades explícito en cuya virtud los miembros del grupo reconocen un poder de dominación o dirección que les resulta común. Los hay, finalmente, quienes postulan que deben ser los tribunales de justicia los que determinen, caso a caso y sobre la base de la imputación que formule un socio de alguna de las compañías afectadas con la supuesta dominación, si las relaciones o vínculos que ésta presenta con otras sociedades son de tal naturaleza que permiten entender que aquélla forma parte de un grupo o conjunto económico.

2. Características de los grupos empresariales

Entre los principales factores que caracterizan la existencia de un grupo empresarial se pueden identificar los siguientes:

2.1. Pluralidad de sociedades autónomas

Los denominados grupos económicos suelen presentarse como estructuras complejas, integradas por diversas compañías que no responden necesariamente a un mismo tipo social (v. gr. limitadas, en comanditas, anóni-

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

mas y, estas últimas, abiertas y cerradas). Por su parte, las distintas sociedades que conforman el grupo se caracterizan por mantener su plena autonomía jurídica, aun cuando, de hecho, su independencia sea sólo formal o normativa y no económica o de gestión.[3]

2.2. Relación de dominación-dependencia

Las diversas sociedades que componen el grupo empresarial se encuentran en una posición de subordinación, generalmente fáctica, frente a una determinada compañía que actúa como cabeza del conjunto. Es ésta, en definitiva, la que dispone de capacidad para ejercer una influencia significativa en la conducción de cada uno de los integrantes del grupo.[4] Cabe advertir, desde ya, que hemos optado por hablar de relación de *dominación* y no de *control*, toda vez que si bien para algunos autores ambos términos son sinónimos, en nuestra legislación, según se dirá más tarde, éstos poseen una distinta significación jurídica.

2.3. Dirección unificada

Este tercer elemento constituye uno de los principales rasgos característicos del grupo empresarial, en cuanto implica que las compañías que conforman el conjunto responden a las directrices que determina la sociedad dominante. De esta manera, no estamos en presencia de un conglomerado nacido a partir de la simple incorporación de una serie de empresas subordinadas a otra, sino que de una estructura organizativa que persigue asegurar la unidad de gestión de los organismos agregados.[5] En razón de lo anterior, bien resume un autor esta nota esencial al decir que "la empresa económica se presenta, pues, como una entidad única y, al mismo tiempo, plural. Unica, porque es una la persona que preside, dirige y coordina

---

[3] La autonomía jurídica en los grupos de empresas importa la existencia de una pluralidad de empresas independientes. Por lo tanto, cada empresa continúa siendo un sujeto de derecho individualizado; en tal sentido, conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, personal administrativo (directores o gerentes), cartera de clientes, cuentas bancarias y la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente les corresponda (como el ser mutuaria, arrendadora o comodataria); pero, en contrapartida, también mantienen las obligaciones contraídas, bien sean contractuales, laborales, fiscales, societarias o de otra índole. ECHAIZ, Daniel, *Características estructurales de los grupos de empresas*, Derecho Empresarial de América, publicación en Internet, consultada en abril de 2002.

[4] "En el ámbito académico, especialmente europeo, esta característica ha sido aludida consuetudinariamente con la frase "influencia dominante" (...) la primera utilización del término... proviene de la Cámara de los Lores inglesa, cuando en el curso de la Primera Guerra Mundial decidió que por propiedad enemiga debía entenderse no sólo la que pertenecía a enemigos..., sino también la de sociedades que estuviesen bajo la influencia dominante de personas que, a su vez, debían ser calificadas de enemigos". LEYVA S., José, *Los grupos de Empresas*, Derecho Empresarial de América, publicación en internet, 16.05.01.

[5] MARTORELL, *Los grupos Económicos y de Sociedades*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 217.

la actividad de las demás organizaciones; plural, porque desde el punto de vista técnico, económico y jurídico, ella se resuelve en una pluralidad de organizaciones autónomas, manteniendo cada una, desde el punto de vista jurídico, su propia individualidad y personalidad. La empresa permanece económicamente única, porque única es la mente directiva, única es la fuente financiera, unitaria y unitariamente concebida es la acción económica que se realiza a través de las singulares organizaciones, pero, jurídicamente, la unidad de la empresa se expresa en una pluralidad de organizaciones autónomas, aunque económicamente vinculadas".[6]

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se manifiesta la dominación, podemos distinguir, junto con *Echaiz*, la dominación interna (de derecho y de hecho) y la dominación externa. La primera nace en el seno de la propia empresa, es decir, de la vinculación entre el sujeto dominante y la empresa dominada; siendo *de derecho* cuando arranca su origen de una cierta participación accionarial (v. gr. en el caso de la "*holding company*") y, *de hecho*, si ella obedece a determinadas circunstancias fácticas, como ocurre, por ejemplo, tratándose de las sociedades con accionariado excesivamente difundido (lo cual conduce, a su turno, a que dado el fenómeno del "ausentismo" la administración repose exclusivamente en los ejecutivos de la compañía). La dominación externa, por su parte, también admite una subclasificación similar, entendiéndose como *de derecho* aquella de origen y naturaleza eminentemente convencional, desde el momento que surge como consecuencia de celebrar un contrato cuya finalidad principal, intrínseca o ex profesa, es la dominación ("contrato de dominación"). En esta situación, el mismo vínculo contractual genera la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento, mediante cláusulas, de un comportamiento subordinado que la empresa dominada deberá observar y acatar en favor del sujeto dominante que, en este caso, resulta ser generalmente una empresa. En la dominación externa *de hecho*, en cambio, nos hallamos ante la celebración de un contrato donde la dominación no es su propósito principal, sino un efecto secundario y derivado que aparece en la relación entre las partes (v.gr. la concesión mercantil, la licencia de marca y la franquicia, o bien como resultado de un contrato de suministro).[7]

[6] LEYVA, op. cit. El mismo autor hace ver que no existe consenso doctrinario respecto a qué debe entenderse por dirección unitaria. Para algunos, se trataría solamente de un hecho, para otros debería considerarse como un concepto dotado de consecuencias normativas. Incluso existe una tercera tesis, para la cual ambos planteamientos no son necesariamente incompatibles, pudiendo afirmarse que la dirección unitaria es un hecho (un acto o conjunto de actos) dotado de una concreta significación jurídica.

[7] ECHAIZ, op. cit.

3. Clasificación de los grupos empresariales

Como es natural, pueden ser múltiples las clasificaciones susceptibles de plantearse en relación con los grupos empresariales, asumiendo, para considerarlos tales, que concurran al menos las tres notas distintivas que previamente se han reseñado. En un intento por establecer algunas categorías típicas en esta materia, a continuación nos centraremos en los criterios que nos han parecido más relevantes para ensayar una diferenciación entre las distintas especies de asociación empresarial que estudiamos.[8]

3.1. Atendiendo a su origen:

3.1.1 Grupos contractuales[9]

Son aquellos que nacen a partir de una convención cuya precisa finalidad es aglutinar o reunir, en torno a una cierta sociedad dominante, las distintas compañías que lo integran. Dicha agrupación puede, a su vez, verificarse tanto en un sentido *horizontal* como *vertical*. En el primer caso, la vinculación se produce entre empresas que desarrollan idéntica o análoga actividad, participando en una misma fase o momento del ciclo productivo; mientras que, en el segundo, la concentración tiene lugar entre sociedades económicamente interesadas de modo sucesivo y complementario en las diversas fases del proceso de elaboración de un determinado producto. Este tipo de uniones de base contractual generalmente asume la forma de un *cartel, consorcio, joint venture, pool* o *asociación en participación* y, por lo común, persigue limitar y regular la concurrencia recíproca en el mercado y conseguir, en lo posible, su posicionamiento en éste.

3.1.2. Grupos participacionales

Esta segunda forma de agrupación se estructura sobre la base de la participación que determinadas compañías poseen en el capital de otras. Las modalidades a través de las cuales se enlazan las diferentes sociedades pueden fundarse en un mecanismo *piramidal*, en cuyo caso la persona natural o jurídica que ostenta la posición dominante del grupo posee el control de una determinada sociedad, la cual, a su turno, controla a una segunda y ésta a una tercera y así sucesivamente; o bien en un sistema *radial*, que permite al titular de la posi-

[8] Para este efecto nos basamos, principalmente, en los conceptos y distinciones formulados por *Leyva*, op. cit., a propósito de las modalidades de constitución de los grupos de empresas y su clasificación.

[9] Si se examinan las diversas técnicas jurídicas adoptadas para los procesos de concentración, usualmente se comprobará que son oriundas del derecho societario, pero también se operan mediante contratos, comportamientos asumidos sin contratos formales ("pactos de caballeros"), y aun, afirma *Champaud*, por instituciones del derecho de familia. ANAYA, Jaime L., "Los Grupos de Interés Económico del Derecho Francés como Modelo Legislativo", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1972, Año 5, Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 602.

ción dominante controlar, a un mismo tiempo o en simultáneo, una pluralidad de compañías.

Una de las figuras típicas que reconocen una estructura de dominio participacional es aquella que se desarrolla a partir de una sociedad *holding*, la cual, actuando como cabeza del grupo, irradia su poder o capacidad de influencia hacia otras que aparecen vinculadas entre sí mediante una cadena de matrices y filiales o coligadas.

3.1.3. Grupos personales

En esta tercera forma de asociación empresarial, el factor aglutinante que permite reconocer la existencia de un grupo se produce en razón de la capacidad de influencia que una determinada persona tiene respecto de los administradores de otras compañías. Ello se produce a través de la elección, nombramiento o entrecruzamiento (p. ej. el *interlocking directories* angloamericano) de directores comunes. De este modo, el conjunto de sociedades así configurado obedece a una cierta orientación o política empresarial común que actúa como guía en su gestión.

3.2. Atendiendo a su objeto:

Según cuál sea el giro principal de sus negocios, y aun cuando algunas de las sociedades que componen un determinado conglomerado puedan tener objetos múltiples o de naturaleza diversa, suelen distinguirse los grupos *industriales* y los grupos *financieros*.

3.3. Atendiendo a la estructura de dominación:

De acuerdo con este criterio, pueden distinguirse los grupos cuya estructura de dominación asume una forma *radial*, en la que una sociedad *holding* se sitúa al centro del grupo, dirigiendo, a partir de allí, toda la actividad económica de las demás empresas; *piramidal*, en la que el poder se ejerce por la empresa dominante de manera escalonada; y *circular*, en la que el control tiene como fundamento las participaciones recíprocas en las distintas compañías del grupo.[10]

3.4. Atendiendo a su forma de organización:

Desde esta perspectiva se distingue el grupo *centralizado* y el grupo *descentralizado*. El primero funciona como una sola empresa, en términos ta-

[10] Esta última modalidad se encuentra prohibida en algunas legislaciones, como la nuestra, que impide a una filial adquirir acciones de la sociedad matriz, así como acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa (art.121 de la Ley N° 18.046).

les que las decisiones se adaptan al régimen legal y estatutario de cada una de las sociedades. Se trata, por tanto, de una empresa policorporativa, integrada por una pluralidad de personas jurídicas, con su respectiva denominación, domicilio social, patrimonio y órganos sociales. El grupo descentralizado, en cambio, mantiene la unidad de decisión gracias a la colaboración entre las distintas sociedades que lo componen, cada una autónoma e independiente, aunque ligada a las otras mediante un contrato de organización. Pertenecen a esta especie de grupo, por ejemplo, los *joint ventures*, las filiales comunes conocidas como concentraciones cooperativas, y las sociedades hermanas o gemelas (con identidad de socios, de participación de éstos en el capital, y de administradores), que se crean con distintas finalidades, v. gr. obtención de ventajas tributarias en paraísos fiscales.

4. Los grupos empresariales y el control societario

Uno de los principales atractivos que suscita el estudio de los grupos empresariales se vincula con la función que éstos cumplen en cuanto instrumento jurídico idóneo para obtener o ejercitar el *control* de una sociedad anónima. Este último, por su parte, admite diversas clasificaciones o, si se quiere, es susceptible de ser definido en función de diversos parámetros, de lo cual dependerá, a su vez, la relevancia que corresponda asignar a tal noción como elemento actual o potencialmente configurante del grupo empresarial. Desde la perspectiva de nuestra legislación positiva, lo que se diga acerca del *control* se encuentra estrechamente vinculado con las formas de *dominación* que se han distinguido precedentemente. Para demostrarlo, baste considerar lo que ya manifestamos en un trabajo anterior, en orden a que nuestra ley distingue entre lo que denominamos *control legal* y *control fáctico*. Sin pretender tratar aquí sobre la definición de "control" recogida por el legislador nacional, recordemos, no obstante, que el llamado *control fáctico* es aquel que resulta no ya de una determinada participación en el capital de una compañía ni de la existencia de un acuerdo de actuación conjunta entre sus socios (art. 97 de la Ley N° 18.045), sino que de la situación particular que ocupa en la sociedad un determinado accionista o grupo de accionistas y que se traduce en la capacidad de administrar la compañía y dirigir sus destinos, independientemente de la porción de capital que se posea en la misma o de que forme parte de un pacto de accionistas.[11]

[11] En este sentido, el sistema norteamericano, menos proclive a encasillarse en definiciones legales rígidas o que no se condicen con la realidad de la empresa, reconoce que la existencia de un interés controlador es una *cuestión de hecho*, lo cual precisamente se revela cuando estamos en presencia del denominado *"paquete de control efectivo"*. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Regulación sobre la Venta del Control: ¿Un caso de iniquidad o simplemente un error?". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°3, julio-septiembre 2001, pág. 604.

Conviene, por tanto, reiterar que la sola presencia de un grupo económico no determina, de un modo necesario, que la entidad o compañía dominante sea el *controlador* de todas las sociedades a través de las cuales éste se estructura; siendo suficiente, por tanto, para que pueda configurarse esta modalidad asociativa, con el hecho que aquellas reconozcan la existencia de vínculos o relaciones supeditadas a un interés superior que trasciende su autonomía meramente jurídica. Por lo mismo, debe también prevenirse en contra de la idea que subordina el origen del grupo exclusivamente a la organización empresarial articulada a partir de un *holding*, toda vez que resulta perfectamente posible que ella encuentre su fuente en un acuerdo que comprometa voluntariamente a sociedades que no posean relaciones comunes de propiedad y que han concurrido a celebrarlo en un pie de igualdad.

5. Los grupos empresariales y los conflictos de interés

Otro aspecto importante que presentan las modalidades de asociación examinadas y que se relaciona, muy estrechamente, con las consideraciones expuestas en los números anteriores, tiene que ver con los *conflictos de interés* que pueden presentarse entre las diversas entidades que conforman el grupo. Ello es particularmente evidente cuando las decisiones que se adoptan en función del interés común del grupo o en beneficio de la sociedad dominante pugnan con los legítimos intereses de aquellos que ocupan una posición minoritaria en las compañías que lo integran. Entre las situaciones que ordinariamente pueden dar lugar a este tipo de conflictos es posible citar, por vía ejemplar, los siguientes casos:

(i) Vaciamiento de una compañía próspera en beneficio de otra insolvente.

(ii) Transferencia de utilidades o partes de capital de las sociedades objeto de dominación a la empresa dominante que actúa como "cabeza del grupo".

(iii) Negocios ruinosos en beneficio de la empresa dominante, en detrimento de las controladas, así como la llamada *transfer-pricing* o transferencia indirecta de capitales.

(iv) Contratación de endeudamientos por parte de las compañías prósperas, las cuales constituyen garantías reales, v. gr. hipotecas o prendas, sobre activos sociales, asegurando con ellas una obligación ajena –generalmente de la controlante o de otra compañía agrupada–, o bien el endoso, aval u otorgamiento de fianzas para otro sujeto o compañía que integra el conjunto y que presenta una situación de notoria insolvencia.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

(v) Procesos de transformación, fusión, división o liquidación que afectan a todas o algunas de las sociedades del grupo.[12]

Sin perjuicio de las hipótesis expuestas u otras análogas que se puedan presentar, debe tenerse en cuenta que existe un vasto campo de actuaciones en las cuales no se verá comprometido un conflicto entre el interés del grupo, en cuanto tal, y los intereses particulares de las compañías que lo integran. Asimismo, cabe recordar que la ley no ha determinado –ni podría hacerlo– cuándo una cierta o concreta actuación se revela contraria a los intereses de alguna de las sociedades que forman parte del conjunto económico. Por lo demás, tampoco resulta siempre evidente que una determinada conducta, que *prima facie* pudiere calificarse de lesiva, en definitiva se traduzca en un perjuicio para las compañías que componen el conglomerado.[13] En efecto, dado que la permanencia de los accionistas en una determinada sociedad puede obedecer precisamente al hecho de que ésta forma parte de un grupo empresarial, al menos en teoría es plausible estimar que las desventajas que se asocien a una operación particular, serán a la postre compensadas –y en ocasiones con creces– con las ventajas que a la misma compañía virtualmente afectada le reporta su pertenencia al grupo.

Conforme con lo dicho, cabe entonces concluir que la mera posibilidad de que sobrevengan riesgos a propósito de privilegiar unos intereses por sobre otros, en caso alguno justifica formular un rechazo conceptual hacia la figura del grupo o conjunto económico, y menos aún pronunciarse en contra de la legitimidad y licitud de la misma. Para la prevención de esta clase de extremos, como asimismo para su represión en los casos en que efectivamente se verifique una lesión, existen las vías y remedios adecuados, tanto al nivel de los principios y normas del derecho común como en el ámbito de la legislación especial que rige en la materia.

---

[12] MARTORELL, op. cit., pág. 221.

[13] El tema planteado supone, como expresa *Borgioli*, admitir que la pertenencia al grupo tiene ventajas y sacrificios que, en principio, se compensan o, si se quiere, se causan mutuamente, aunque no sean iguales; o bien admitir que, en principio, interés grupal e interés social tienen carriles comunes y que cabe entender que el primero debe naturalmente comprender al segundo, aun cuando exprese metas y resultados más amplios y coordinados con otra sociedades. Si la portada es más comprensiva, el análisis del observador no puede quedarse con un hecho aislado, sino que lo debe enmarcar con la miríada de circunstancias que imbrican a la sociedad en el grupo y definen a éste con una política y medios de acción que comprenden, facilitan y también requieren de la controlada. Sobre este mismo particular, *Mignoli* –analizando la necesaria redefinición del perjuicio, en orden a la pertenencia y decisión grupal– precisa que el sacrificio de la controlada, si existe: (i) no debe ser excesivo o exorbitante; (ii) no debe comprometer el equilibrio económico y financiero de la controlada; y (iii) debe contar con medidas compensatorias. ALEGRÍA, Héctor, "La necesidad del sistema de economía capitalista de los conjuntos económicos y la crisis de la quiebra como solución económico-social", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, año 25, Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 8.

6. Los grupos empresariales en nuestra legislación

6.1. Definición legal:

El artículo 96 de la LMV dispone que *"Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten".* El mismo precepto añade: *"Forman parte de un mismo grupo empresarial:*

a) Una sociedad y su controlador;

b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último".

No obstante, la norma citada agrega una tercera modalidad para configurar la existencia de un grupo y que no depende ya de una precisa definición legal, al preceptuar que también tendrá este carácter *"Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:*

1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;[14]

2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y

4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial" (art. 96, letra c).

[14] Sobre este particular, corresponde tener en cuenta que la Circular N° 1246, de fecha 27.10.95, de la Superintendencia de Valores y Seguros, ha entendido que tal *"porcentaje significativo"* se alcanza en el evento que la proporción del activo comprometido supere el 50%.

6.2. Características:

A partir de lo prevenido en el precepto que se ha transcrito, y de su relación con las otras disposiciones legales que se indicarán, es posible colegir, a modo de conclusiones, algunas consideraciones generales acerca del tratamiento que nuestro legislador ha dado a la materia.

6.2.1. Primeramente, cabe consignar que nuestra ley reconoce y acepta la existencia de los grupos empresariales como una forma lícita de asociación económica cuyo sustrato puede estar constituido, entre otros componentes, tanto por sociedades anónimas cerradas como abiertas.

6.2.2. Enseguida, a la luz de la definición legal en torno a este instituto, aparentemente podría pensarse que nuestro ordenamiento se ha inspirado en el primero de los modelos que enunciamos al iniciar estas notas. Lo anterior, desde el momento que ha sido la propia ley la que define los elementos que determinan la existencia de un grupo empresarial o económico. No obstante, una tal conclusión resulta apresurada si no se advierte, además, que la presencia de dichos parámetros puede ser establecida a través de una resolución judicial, v.gr. cuando se controvierta acerca de si éstos concurren o no efectivamente en una situación concreta. En este sentido, debe destacarse que al definir el grupo empresarial, el legislador se limita a señalar los criterios generales que configuran este tipo de agrupación y, por tanto, algunos de ellos podrían ser difíciles de precisar en determinados casos especiales. Por otra parte, cabe también hacer notar que no sólo los jueces han sido llamados a establecer si un determinado conjunto económico satisface los requisitos de esta figura, ya que la misma ley permite a la autoridad administrativa –Superintendencia de Valores y Seguros– calificar de tal a cualquier entidad sobre la base de los hechos que la misma norma contempla a modo de antecedente para elaborar una presunción a este respecto.

6.2.3. Una mirada, también superficial, en torno a la reglamentación legal de los grupos, podría sugerirnos que nuestra ley siguió exclusivamente el modelo *orgánico*, excluyendo la posibilidad de que un grupo empresarial se estructure a partir de un *contrato*. Creemos, sin embargo, que el legislador nacional explícitamente previó la configuración de los conjuntos empresariales a través de la vinculación "convencional" de sus diversos integrantes.

En efecto, si recordamos la definición legal en la materia (art. 96 de la LMV), apreciaremos cómo uno de los elementos tipificadores del grupo viene dado por la existencia de una relación de *control* entre las sociedades

que lo componen. Una de las hipótesis que, conforme con la misma ley, permite atribuir el carácter de controlador, tiene lugar si una persona o *grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta* tiene poder para asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas..." (art. 97, letra a) de la LMV). A su turno, el artículo 98 de la Ley de Valores entiende por "Acuerdo de Actuación Conjunta", *"la convención entre dos o más personas que participan simultáneamente en la propiedad (...) mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad..."*.[15] De lo anterior se deduce que dada la posibilidad que franquea la ley en orden a controlar una sociedad mediante un acuerdo, pacto o convención, y el control, a su vez, constituye uno de los elementos que puede dar origen al grupo empresarial, es posible entonces que la configuración de éste se determine, en último término, en función de un contrato que ligue o vincule a las distintas compañías que forman parte de él. Por lo demás, a la misma conclusión precedente podría llegarse a través de la aplicación de principios generales y, en especial, a la luz de la proyección de conceptos tales como la *autonomía privada* en el ámbito de desenvolvimiento del derecho societario.[16]

6.2.4. Relativamente a los *conflictos de interés*, se hace necesario destacar que nuestro legislador ha consagrado en términos explícitos, por una parte, la legitimidad de que un determinado grupo de accionistas actúe motivado en función de *intereses comunes* a las distintas compañías pertenecientes al grupo y, por la otra, que el conjunto de vehículos societarios que forman parte de él se *subordine* a dicho interés común. Ello se desprende, inequívocamente, de la propia definición legal de "grupo empresarial" que se contiene en el artículo 96 de la ley, más arriba citado. De otro lado, recuérdese que los administradores de las diversas compañías que integran tales conglomerados enfrentan una amplísima gama de conductas o alternativas de elección que, si bien pueden ser distintas o ajenas al interés de cada componente, no suponen realizar una elección contraria o incompatible con el interés de sus diversos integrantes. Aun más, la circunstancia de que nuestra ley expresamente admita la subordinación a un *interés común* del grupo en cuanto tal, permitiría, a nuestro juicio, que ante situa-

[15] Adicionalmente, se infiere de la última definición transcrita, que el legislador nacional autoriza, por una parte, la existencia de los convenios sobre el ejercicio del derecho de voto y, por otra, otorga una amplia libertad para configurar su contenido negocial, el cual puede, a su vez, consistir en el objeto más específico y característico de las deliberaciones que se dan en el seno de una junta de accionistas o directorio, a saber, la misma *gestión* de la sociedad.

[16] Un mayor desarrollo del concepto puede verse en ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Convenios sobre el Voto y Limitaciones a las Transferencias de Acciones en la Sociedad Anónima: Otra vuelta de tuerca a la autonomía privada", artículo que, a esta fecha, ha sido enviado a la *Revista Chilena de Derecho* para su publicación, así como en ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Los Acuerdos de Actuación Conjunta, el Control y el Derecho de Voto en la Sociedad Anónima", Revista *Actualidad Jurídica*, Año 1, N° 2, Julio 2000.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

ciones concretas, una operación que en principio pueda reprocharse como lesiva para los intereses de una determinada sociedad, resulte, en definitiva, conveniente para ella misma atendidos los beneficios que se siguen de su pertenencia al grupo. Lo anterior, a su vez, debe entenderse en adición a los múltiples mecanismos que contempla nuestro ordenamiento a efectos de prevenir –y, si es del caso, resarcir– los perjuicios que puedan resultar de una concreta actuación que causare daño al patrimonio social o al de los propios accionistas.

Tributos a la importación[1]

Rodrigo Céspedes Proto
Profesor de Derecho Administrativo
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

Resumen

Este trabajo tiene por objeto dar una visión panorámica de los tributos que gravan el comercio exterior y sus características, así como los hechos gravados con estos impuestos. Luego se aborda la tradicional clasificación de los gravámenes en "internos" y "externos", criticando su falta de sustancialidad, según el sentido que le da la jurisprudencia judicial y administrativa.

1. Introducción

La globalización y la apertura de mercados han consolidado los modelos de "desarrollo hacia afuera", basando el crecimiento económico en el fortalecimiento de la capacidad exportadora y la teoría de las ventajas comparativas. Asimismo, se ha robustecido la primacía del consumidor por sobre los privilegios otorgados a los productores internos. No obstante lo anterior, el comercio exterior sigue siendo una actividad riesgosa: los factores políticos; las grandes distancias y el fluctuante tipo de cambio hacen que el negocio de importar y exportar siga siendo visto como "poco seguro". Un factor importante para mitigar este punto de vista es la estabilidad tributaria, condición necesaria para una verdadera seguridad jurídica. Esto no sólo implica el pleno respeto al principio de legalidad tributaria, sino a la unificación y claridad del estatuto que regula los gravámenes al comercio exterior.

[1] Este trabajo corresponde a un proyecto de investigación financiado con fondos internos de la Universidad Católica del Norte.

2. Gravámenes al comercio exterior y operaciones a las que afectan

Dentro de las operaciones de comercio exterior que involucran traspaso de bienes y servicios, en la actualidad, sólo las importaciones se encuentran gravadas con tributos. En efecto, el Art. 102 de la Ordenanza de Aduanas señala que "las mercancías que se importan al país deberán pagar los derechos de importación, quedando liberadas de dicho pago sólo las mercancías expresamente declaradas exentas por la ley". Concordante con lo anterior, el inc. 1° del Art. 1° de la Ley 18.525 señala que "Todas las mercancías procedentes del extranjero al ser importadas al país, están afectas al pago de los derechos establecidos en el Arancel Aduanero o en otras disposiciones legales que los impongan". Sin embargo, como veremos, los tradicionalmente llamados "tributos externos" no son los únicos que gravan las importaciones. El DL 825 de 1974, en sus Arts. 8° letra a); 37; 42; 43 bis y 46 grava con IVA e impuestos adicionales a las importaciones. En cambio, la exportación es una operación exenta de gravámenes: el Art. 111 de la Ordenanza de Aduanas establece que "la exportación de mercancías no estará afecta al pago de los derechos, a menos que una ley las grave expresamente". El DL 825 de 1974 en los Arts. 12, letra D, y 50 declara que la exportación está exenta de IVA e impuestos adicionales.

El gravar las importaciones y eximir a las exportaciones es consecuencia del "principio del país de destino", de acuerdo al cual los productos de un país deben salir del mismo sin impuesto y ser gravados, en cambio, en el país donde serán consumidos.[2] Lo anterior es de toda lógica, ya que los tributos a la exportación, por aumentar las dificultades del comercio exterior, han caído en desuso.[3] En efecto, gravar las exportaciones implica "exportar impuesto", con la consiguiente pérdida de competitividad. Los impuestos a las exportaciones sólo pueden permitírselo los países que tienen el monopolio de la producción y exportación de ciertas mercancías.[4] Este era el caso de Chile a finales del siglo XIX y principios del XX, en que el tributo aduanero a la exportación tuvo gran importancia debido al salitre. Ello era posible porque Chile tenía el total monopolio respecto de la venta de nitrato, pudiendo hacer incidir la carga tributaria de este gravamen en los consumidores extranjeros.

---

[2] MASSONE P., Pedro, *El Impuesto a las Ventas y Servicios*. Valparaíso, 1995, pág. 37.
[3] GRIZIOTTI, Benvenuto, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Madrid, 1958, pág. 470.
[4] GRIZIOTTI, Benvenuto, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Madrid, 1958, pág. 470.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

3. Características de los tributos al comercio exterior

Se habla en plural de tributos, ya que son varios los gravámenes que afectan a la importación. Estos son concurrentes, como lo indica el Art. 7° del Decreto Ley 825 de 1974, incluyéndose algunos en la base imponible de otros (*ad valorem* respecto del IVA y adicionales). Además, tienen la característica de ser al consumo e indirectos, por lo tanto, fácilmente trasladables al consumidor final, quien en definitiva los soporta. Por eso, la exportación tiene los beneficios de la exención y el reembolso (*draw-back*[5]) del impuesto pagado en las fases anteriores, ya que los bienes enviados al exterior no se consumen en el país exportador.[6]

Los tributos que afectan a las importaciones se clasifican tradicionalmente en externos e internos; sin embargo, como veremos, esta clasificación es engañosa y poco sustancial. Los primeros (externos) se subclasifican en derechos *ad valorem*[7] y derechos específicos.[8] Los gravámenes internos los subclasificamos en: impuestos establecidos en el Decreto Ley 825 de 1974,[9] impuestos a los tabacos manufacturados[10] e impuestos al pe-

---

[5] Es un instrumento destinado a fomentar las exportaciones que consiste en la devolución de impuestos, contribuciones, gravámenes o derechos que afecten el costo de los bienes que se exporten. Fundación BHC para el Desarrollo, *538 Términos Económicos de Uso Habitual*. Madrid, 1988, pág. 55. Ver nuestro artículo "Régimen General de *Draw-back* de Gravámenes Aduaneros: Ley 18.708", publicado en *Revista Chilena de Derecho Vol. 27 N° 3*, págs. 525-548 (2000). Una visión general de los distintos sistemas de *draw-back* imperantes en Chile se encuentra en nuestro artículo "*Draw-back* y Tributos al Comercio Exterior Chileno", publicado en *Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 3*, págs. 549-569 (1999).

[6] MASSONE P., Pedro, *El Impuesto a las Ventas y Servicios*. Valparaíso, 1995, págs. 37 y 38.

[7] Los derechos *ad valorem* están señalados en la sexta columna del Arancel Aduanero, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 2 de 1989, el que forma parte de la Ley 18.525 por aplicación de su Art. 2°. Los derechos *ad valorem* se caracterizan por ser parejos y bajos, por lo que sólo tienen por fin recaudar fondos y regular la economía. Estos se caracterizan por ser indirectos y proporcionales. Actualmente ascienden al 8 %. La Ley 19.589 contempla una rebaja progresiva de éstos de 1% cada año. Se llegará a 6% el 2003. Constituyen la regla general en materia de "tributos externos", ya que todas las mercancías importadas deben cancelarlos, salvo que estén exentas por el mismo arancel, leyes especiales o tratados internacionales.

[8] Los derechos específicos están establecidos en el Art. 12 de la Ley 18.525. Estos son excepcionales, sólo se aplican a la importación de los productos allí señalados (trigo, semillas oleaginosas, aceites vegetales comestibles y azúcar) por unidades arancelarias (kilo bruto, neto, etc.). Tienen por objeto impedir grandes fluctuaciones en sus precios de manera de no desestabilizar el mercado interno. Como resultado de su aplicación existe una "banda de precios". El "piso" de ésta se alcanza mediante la aplicación de derechos específicos (si los precios internacionales son bajos) y el "techo" a través de rebajas a los derechos *ad valorem* (si los precios internacionales son altos).

[9] No sólo contempla el IVA, aplicable a todo producto importado, sino también algunos impuestos adicionales a productos suntuarios, como las joyas de oro, el whisky, los automóviles, etc.

[10] Están establecidos en el DL 828 de 1974. El impuesto a los tabacos manufacturados es un tributo especial que grava exclusivamente la venta o importación de cigarros puros, cigarrillos y tabaco elaborado empaquetado. Con él se pretende obtener recursos "castigando" la producción de algunos bienes que se consideran indeseables o, al menos, no tan necesarios.

tróleo.[11] Las sobretasas,[12] derechos compensatorios[13] y derechos *antidumping*[14] tienen una naturaleza jurídica dudosa, pensamos que no se trata de tributos. Por esta razón, no serán analizados. Además, perviven las tasas establecidas con anterioridad a la Constitución de 1980, que se mantienen vigentes por aplicación de la Disposición Séptima Transitoria de la Carta Fundamental. Estas son: el aforo por examen,[15] la tasa aeronáutica[16] y la tasa de despacho.[17]

La importación puede recaer en mercancías o en servicios, siendo distinto el estatuto que las regula:

a) Mercancías: el Art. 2° N° 1 de la Ordenanza de Aduanas define "mercancía" como "todos los bienes corporales muebles, sin excepción alguna". A su vez el Art. 976 del Código de Comercio señala que mercancía "es toda clase de bienes muebles, comprendiendo también los animales vivos". Las definiciones legales pretenden un concepto lo más amplio posible. De hecho, la enumeración de mercancías del Arancel Aduanero contempla todos los bienes posibles de ser transados internacionalmente. Sólo

[11] La importación de petróleo está gravada, aparte de los impuestos de aplicación general (*ad valorem* e IVA), con dos tributos especiales. El primero está establecido por la Ley 18.502, que en su Art. 6° establece un impuesto específico a los combustibles, que es igual a cierto número de unidades tributarias por metro cúbico. El segundo gravamen es impuesto por la Ley 19.030, que creó el "Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo", cuyo fin es, según su Art. 1°, atenuar las variaciones de los precios de venta internos de los combustibles derivados del petróleo, motivadas por fluctuaciones de sus cotizaciones internacionales.

[12] Las sobretasas arancelarias son una medida de salvaguardia o emergencia y se aplican cuando, luego de una investigación, se comprueba la existencia de un aumento en las importaciones de un producto, en tal cantidad, que causen o amenacen causar un daño grave a una rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.

[13] Los derechos compensatorios son derechos especiales percibidos para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de un producto.

[14] Los derechos antidumping tienen por objeto evitar o prevenir que se produzca el dumping, igualando la diferencia que se produce entre el precio de venta de un producto en su país de origen, frente al precio de transacción en el país que lo va a importar.

[15] El aforo es un procedimiento consistente en reconocer y clasificar las mercancías y determinar su valor con el fin de aplicar el tributo adeudado por una operación de comercio exterior. Hay casos de excepción en que el Servicio de Aduanas determina de oficio el gravamen. En estos casos, Aduanas debe reconocer la mercancía; clasificarla; establecer su peso, cuenta o medida; valorarla y calcular los gravámenes aplicables. Sólo se aplica a las declaraciones de importación con tramitación simplificada y a la importación por vía postal.

[16] La tasa aeronáutica afecta a toda carga proveniente de un lugar situado fuera del país que llegue al territorio por vía aérea a los aeropuertos nacionales. Asciende al 2% de los derechos aduaneros que paguen esas cargas o, si están exentas total o parcialmente, este porcentaje se aplica al monto a que alcance el total de la franquicia. Este tributo se cobra por el uso de los aeródromos públicos de dominio fiscal y los servicios destinados a la protección y ayuda de la navegación aérea.

[17] La tasa de despacho es un impuesto sustitutivo aplicable a toda mercancía liberada total o parcialmente de derechos aduaneros. Su aplicación es escasa, ya que la mayoría de las liberaciones fueron derogadas. De tasa sólo tiene el nombre, es un simple impuesto al comercio exterior.

se excluyen los bienes raíces y los incorporales.[18] La idea es que nada se sustraiga de la fiscalización del Servicio de Aduanas. El Arancel Aduanero considera como mercancía, incluso, la electricidad y el gas. El régimen aduanero y tributario está concebido para regular el tráfico de mercancías; como veremos, hay un gran vacío jurídico respecto al tráfico internacional de servicios.

b) Servicios: la comercialización de los servicios comprende todas aquellas transacciones comerciales que tienen por objeto que un proveedor satisfaga las necesidades de un consumidor, mediante una actividad específica y determinada consistente en la provisión de un intangible, bajo ciertas exigencias especiales.[19] La inclusión de la categoría "servicios" a la legislación chilena se debe a las reformas introducidas por la Ley 18.768 a varios cuerpos legales.[20] La importación de servicios se encuentra exenta de derechos *ad valorem* por aplicación de la partida 00.25 del Arancel Aduanero. No obstante, el Impuesto Adicional de la Ley de Impuesto a la Renta (Art. 59 N° 2 inc. 2° del Decreto Ley 824 de 1974) grava este tipo de transacciones. En este caso, el impuesto adicional se comporta como un impuesto a la importación, ya que quien consume el servicio producido en el extranjero es quien, en definitiva, termina pagando dicho tributo. La regulación de la exportación de servicios es escueta, muy reglamentaria y, normalmente, se adaptan las normas referentes a las mercancías. Hay escasas referencias al tráfico de servicios en la legislación nacional. El capítulo I, del Título II, del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile contempla una definición más completa de "exportación", que incluye a los servicios. Los exportadores de servicios pueden acceder al sistema simplificado de reintegro a los exportadores de la Ley 18.480.[21] Lo mismo respecto del régimen general de *draw-back* consagrado en la Ley 18.708.[22] La exportación de servicios es mencionada expresamente en el sistema de Pago Diferido, Crédito Fiscal y otros beneficios a los exportadores consagrado por la Ley 18.634. El Art. 12, letra E, N° 16, de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios (DL 825 de 1974) exime del pago de IVA a los ingresos percibidos por la prestación de servicios a personas sin do-

[18] Es decir, derechos reales y personales. Los billetes de banco se consideran bienes incorporales en razón del valor que representan, si se trata de billetes de colección o nuestra Casa de Moneda fabrica billetes de otro país, se les considerará mercancía y pagarán el tributo correspondiente.

[19] MILES, Yan, y WYATT, Sally, en colaboración con la Secretaría de UNCTAD: *"Los cambios tecnológicos en el sector servicios y la competitividad en la esfera del comercio internacional"*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 1991, pág. 2.

[20] Resolución N° 3.192, de la Dirección Nacional de Aduanas, de 13 de Junio de 1989, que establece las normas para la aplicación de la Ley 18.768.

[21] Ver nuestro artículo "El Reintegro Simplificado de Gravámenes Aduaneros", *en Revista Chilena de Derecho,* Vol 28 N° 1, págs. 59 a 86 (2001).

[22] Ver nuestro artículo "Régimen General de *Draw-back* de Gravámenes Aduaneros: Ley 18.708", publicado en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 27 N° 3, págs. 525-548 (2000).

micilio ni residencia en Chile, siempre que el Servicio Nacional de Aduanas califique dichos servicios como exportación.[23] La Resolución N° 3.192 (16/06/89) de la Dirección Nacional de Aduanas se refiere a la calificación de exportación de los servicios prestados al exterior. El SII en su Circular N° 14 (3/01/89) del Servicio de Impuestos Internos se refiere a los servicios de exportación y empresas hoteleras. Las referencias legales son escuetas, el tratamiento es más orgánico en los actos reglamentarios de Aduanas y el SII.

4. Clases de tributos a la importación: gravámenes internos y externos

La distinción entre tributos externos e internos es imprecisa, se llaman tributos internos no porque lo interno sea una diferencia específica, sino por oposición a los de aduana, que son del mismo género, pero se recaudan en las fronteras.[24] En este sentido no hay gran diferencia entre los derechos aduaneros y el IVA e impuestos adicionales aplicables a la importación, del Decreto Ley 825 de 1974. Se ha dicho que la diferencia podría radicar en que son recaudados por diferentes organismos, sin embargo en Chile la recaudación está centralizada en una sola entidad, el Servicio de Tesorerías.[25] En cuanto a la fiscalización y aplicación de los tributos, los internos pertenecen al Servicio de Impuestos Internos, en cambio los externos pertenecen al Servicio Nacional de Aduanas.[26] No obstante, éste es un criterio débil para hacer una distinción, ya que no apunta a aspectos sustantivos.

El criterio que debería imperar sería el de la naturaleza del hecho gravado. De este modo, cada vez que se grave una operación que signifique un traspaso de fronteras, ya sea bienes o servicios, nos encontramos ante un tributo externo; en caso contrario, nos encontramos frente a uno interno.

---

[23] También están exentos de IVA los ingresos en moneda extranjera percibidos por empresas hoteleras registradas ante el Servicio de Impuestos Internos, con motivo de servicios prestados a turistas extranjeros sin domicilio ni residencia en Chile (Art. 12, letra E, N° 17 de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios). El hecho tributario eximido también es un servicio. Lo mismo el transporte y tráfico internacional (artículo 12, letra E, número 2, de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios). También se les aplica a los exportadores de servicios el beneficio del reembolso o *draw-back* del Art. 36 de este cuerpo legal.

[24] BIELSA, Rafael, *Compendio de Derecho Público*. Tomo III. Derecho Fiscal. Buenos Aires, 1952, pág. 311. Destaca, además, que en un sentido jurídico preciso, todo impuesto es interno, pues el poder impositivo se ejerce dentro de la jurisdicción del ente público que tiene ese poder.

[25] Ver Arts. 1°; 2° N° 1; 9° letra f) N° 3 del DFL de Hacienda N° 1 de 1994, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado del Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorerías.

[26] Ver el Art. 1° del DFL de Hacienda N° 7 de 1980, que fija la Ley Orgánica del SII; Art. 1° inc. 2° de la Ordenanza de Aduanas y Arts. 1° y 8° del DFL de Hacienda N° 329, de 1979, que fija la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

Desde este punto de vista, no sólo serían tributos externos los derechos aduaneros, sino también el IVA y los impuestos adicionales del Decreto Ley 825 de 1974 cuando gravan la importación, y también el Decreto Ley 828 de 1974, las Leyes 18.502 y 19.030 cuando afectan el mismo acto. El caso del IVA es demostrativo de lo anterior. Los hechos gravados son la venta, la prestación de servicios y los hechos asimilados a éstos. Dentro de los últimos se encuentra la importación. Esta es una etapa dentro de una operación mayor: la compraventa internacional de mercaderías. No obstante encuadrar dicha compraventa dentro del concepto de venta del Art. 2° N° 1, no puede considerarse como hecho gravado. Ello por aplicación del Art. 4°, que señala que los bienes objeto de la convención, no importando donde ésta se realice, deben ubicarse real o fictamente (supuestos de los incs. 2° y 3°) en Chile para que el impuesto les sea aplicable. Como en una operación de importación las mercancías no se encuentran en Chile, la venta internacional no es un hecho gravado. Por ello, se consideró a la importación como una operación gravada. En síntesis, no hay diferencia sustancial entre el hecho gravado por el Arancel Aduanero y la importación gravada por el Decreto Ley 825 de 1974 y otros cuerpos normativos. Es tanta la similitud que la mayoría de las exenciones del IVA coinciden con la partida "00" del Arancel Aduanero. Por tanto, a los artículos importados se les aplican por lo menos dos tributos, algunos incluidos en la base imponible de otros (Art. 16 letra a) del Decreto Ley 825 de 1974). Además, la carga impositiva no se ve aliviada por la existencia de créditos por el pago de un tributo imputables a los demás gravámenes.

Para argumentar a favor de la distinción entre tributos internos y externos, en el sentido en que lo toman la jurisprudencia y la doctrina, se ha dicho que los derechos *ad valorem* y específicos se aplican sólo a productos importados, en cambio los impuestos del DL 825 de 1974 se aplican tanto a productos importados como a los vendidos en el mercado interno y, por lo tanto, los productos nacionales están en igualdad de condiciones con los importados. Si bien este argumento tiene validez lógica, en la práctica debe analizarse caso a caso. Un claro ejemplo de ello es el whisky. Este producto es, en su gran mayoría, importado y se le aplican tanto los derechos *ad valorem* como el IVA y el impuesto adicional del Art. 42 letra f) del DL 825 de 1974. Por esta razón, los países exportadores de whisky, principalmente EE.UU., estiman que nuestro sistema impositivo discrimina a esta mercancía, ya que la producción chilena es escasísima y, si bien la norma esta planteada en sentido general, en la práctica sólo se aplica a las importaciones. Además, la correcta aplicación y determinación de los impuestos de los Arts. 43 bis y 46 del Decreto Ley 825, gravámenes especiales aplicables a la importación de automóviles, corresponde al Servicio de Aduanas. Al respecto, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostie-

ne este mismo planteamiento al delimitar el concepto de "tributos a la importación" (publicada en la *Gaceta Jurídica N° 121*, de 1990, págs. 136 y ss., "Derco S.A. con SII"). La Corte de Valparaíso estimó que tanto los tributos consagrados en el DL 825 como los *ad valorem*, por gravar el mismo hecho imponible (la importación), se les aplica el mismo estatuto en cuanto a los efectos temporales (antiguo Art. 106 de la Ordenanza de Aduanas, actual Art. 81). De esta manera, el tributo queda fijado por anticipado, cuando el Servicio de Aduanas acepta a trámite la declaración de importación. Esta es la interpretación correcta, ya que con ella se obtiene el fin perseguido por la norma: dar seguridad jurídica de modo que el importador conozca de antemano su obligación tributaria. Sin embargo, esta sentencia fue objeto de un recurso de casación en el fondo (*Gaceta Jurídica* N° 151, 1993, págs. 114 y ss.), donde se vuelve a la interpretación tradicional. Este fallo señala que el estatuto aplicable al IVA y a los derechos de aduana es distinto. El primero es *materia de tributación fiscal interna,* no así los tributos al comercio exterior.[27] En definitiva se aplicaron las normas sobre efectos temporales del DL 825; es decir, el Art. 9° letra b) ("al momento de consumarse legalmente la importación"). Esta interpretación no favorece la certeza jurídica, ya que la obligación tributaria es incierta al momento de concluir la compraventa internacional de mercaderías.

La administración también ha sido "contaminada" con la clasificación tradicional. En efecto, el oficio-circular N° 521, del 1 de julio de 1994, del Servicio de Aduanas negó la posibilidad de obtener el reintegro de la Ley 18.708 por el impuesto del Art. 11 de la Ley 18.211, que grava la importación de insumos desde la zona franca a la zona franca de extensión para la elaboración de un producto exportado. Fundó esta negativa en que dicho impuesto tiene carácter interno (corroborado por informe N° 4.575, de 9/12/85, del SII) y para acceder al beneficio de la Ley 18.708 debe tratarse de impuestos de carácter aduanero. Lo mismo el informe N° 44, de 18/11/98, del Servicio de Aduanas respecto del Art. 37 letra j) del DL 825 de 1974, en relación con el procedimiento de reclamo del Art. 132 de la Ordenanza de Aduanas. Según el Servicio de Aduanas, sólo se aplica a impuestos externos, excluyendo los del DL 825 de 1974, aunque se apliquen a la importación.

En resumen, este criterio es poco sustancial, sin embargo, la distinción es tradicionalmente utilizada en el trabajo jurídico, se proyecta en los criterios legislativos y es empleada por los tribunales[28] y la administración[29] al interpretar la ley.

---

[27] En el mismo sentido, ver recurso de casación en el fondo, *Gaceta Jurídica* N° 151, de 1993, págs. 127 y siguientes.

[28] Ver *Gaceta Jurídica* N° 151, de 1993, ya citada.

[29] Ver Oficio Circular N° 521, del 1 de julio de 1994, del Servicio de Aduanas; informe N° 4.575 de 9/12/85, e informe N° 44 de 18/11/98, del Servicio de Aduanas, ya analizados.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

5. Conclusión

Independientemente del texto legal en donde se encuentre el tributo, si el hecho gravado es una operación de comercio exterior, debe ser considerado como un "tributo aduanero" o "gravamen externo". El sentido que le da a esta clasificación la jurisprudencia administrativa y judicial y la generalidad de la doctrina es poco sustancial. Se basa no en la naturaleza jurídica del hecho gravado, sino en el cuerpo normativo en el cual se ubique el tributo en cuestión. La distinción tiene importancia al momento de aplicar las normas sobre efectos temporales o disposiciones internacionales relativas a discriminación y trato igualitario; sólo de esa manera se le da la estabilidad necesaria a negocios que son de por sí inestables.

La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal[1]

Mario Rojas Sepúlveda
Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En la cátedra universitaria de pregrado, que todos recibimos en su tiempo, desde la cual, en mi particular caso, han transcurrido casi dieciséis años, así como en la enseñanza que algunos de nosotros impartimos sobre la base de la obra de nuestros insignes procesalistas clásicos, es frecuente que la materia atinente a la sentencia definitiva sea abordada en no más de una clase, en que aludimos al plazo que la ley procesal otorga para su pronunciamiento, así como al modo en que la decisión judicial debe quedar documentada en el expediente, en un texto escrito, que ha de contener una sección expositiva, otra parte considerativa y, finalmente, una zona resolutiva, puesto que así lo manda el art. 500 del Código de 1906 para las sentencias definitivas de primera instancia, así como para las sentencias definitivas de segundo grado, en tanto éstas sean revocatorias o modificatorias.

A la descripción de esos requisitos formales agregamos que la sección resolutiva debe, necesariamente, al tenor del art. 501, condenar o absolver al sujeto pasivo de la acusación, sin que pueda quedar suspendido el pronunciamiento, ni siquiera por insuficiencia de prueba, salvo el caso de sobreseimiento en razón de ausencia o demencia sobrevinientes.

Desde luego, siempre advertimos acerca de la importancia decisiva del cumplimiento riguroso de los requisitos sobredichos, toda vez que la ley procesal penal, para el evento de omisión, tiene predispuesta, en el art. 541, numeral 9º, del Código de 1906, la sanción de la nulidad procesal del fallo, por vía de casación formal, declarable a instancia de parte interesada o de oficio por los tribunales superiores.

---

[1] Texto de charla pronunciada por el autor el 2 de noviembre de 2001 en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público.
El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por el profesor de Introducción al Derecho de la Universidad del Desarrollo, Sr. Fernando Rojas Sepúlveda.

He conversado con diversos colegas, que han abrazado la delicada y esforzada carrera judicial, acerca de la notable curiosidad que implica la escasa atención que los profesores de Derecho Procesal conferimos a enseñar el modo en que el juez debe sentenciar, aquello que debe pasar por su mente al momento de pensar y labrar su sentencia definitiva, en cuanto usualmente nos limitamos a un análisis meramente formal, como el que he descrito precedentemente, absteniéndonos de abordar el fondo de la naturaleza y contenido del acto de juzgamiento, que es de razonamiento fáctico y jurídico.

Porque el razonamiento sentenciador no es un pensamiento cualquiera, libre de toda valla, sino que se trata de un razonamiento complejo, completo y jurídicamente reglado, sujeto, por ende, a una enorme pluralidad de directrices preceptivas, obligatorias, que el magistrado debe tener en debida cuenta al fallar.

Estas omisiones en que incurrimos los profesores de Derecho Procesal redundan en la debilidad en que quedan los abogados que, recién transformados en jueces, se enfrentan a la responsabilidad más delicada que puede enfrentar un letrado, que consiste y se siente, precisamente, a la hora en que les corresponde emitir una sentencia definitiva en juzgamiento de un acusado. El Derecho Procesal contemporáneo, debidamente advertido de este fenómeno, con motivo del análisis de la sentencia definitiva, se ha preocupado de considerarla y analizarla como un acto de juicio y voluntad, jurídico y humano, sistematizando las limitaciones constitucionales y legales a las que el ordenamiento lo sujeta, de modo de expresar su verdadera ontología, y colaborar, del mismo modo, al perfeccionamiento progresivo de las decisiones jurisdiccionales. Este es, en consecuencia, el enfoque que pretendo otorgarles a estas palabras, de modo de sistematizar, antes que nada, la disciplina jurídico-procesal del razonamiento sentenciador, desde la perspectiva del CPP de la Reforma.

Debe advertirse que, en este enfoque sistemático, en la medida que el CPP es un texto legal nuevo y novedoso, he optado por privilegiar el análisis dogmático de la ley procesal penal nueva, obviando los estudios doctrinarios de mayor entidad, porque, atendido el tiempo, he debido optar por uno u otro camino. Y he preferido el camino menos lucido, más pedestre, de estarme a los textos legales, para que los vayamos comprendiendo y mis palabras sirvan en vuestros quehaceres prácticos.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

II. Relevancia de la disciplina procesal del juzgamiento penal en los ordenamientos garantistas

El estudio de la disciplina jurídico-procesal del acto de juicio que se contiene en la sentencia definitiva, cobra especial relevancia en el orden criminal, en atención al axioma *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa, sine iudicium*, esto es, no puede tener lugar la sanción penal, no puede cobrar eficacia concreta la consecuencia jurídica propia de la norma penal, sin previo proceso jurisdiccional.

De este modo, el juicio criminal, que es cuestión de Derecho Procesal Penal, es un requisito imprescindible a la aplicación de la pena, tan imprescindible como lo es la configuración del tipo legal de Derecho Penal substantivo. Pero no se trata de un proceso cualquiera, sino, como manda el art. 19 No. 3º de la CPE, de un proceso que la ley procesal penal debe configurar con garantías de justicia y racionalidad. Y es este complejo garantista el que, a la vez que dota al acto de juicio de legitimidad política y jurídica, obliga al seguimiento de una disciplina jurídica bastante compleja, que el magistrado debe tener en consideración al elaborar su sentencia definitiva.

Así, entonces, nosotros intentaremos enfocar y analizar este complejo procesal garantista, estos elementos que el juez debe tener *in mens* al momento de emitir el juzgamiento criminal, tal como viene dispuesto en el Código Procesal Penal. O, dicho de otro modo, cuál es la disciplina procesal exigida a la sentencia definitiva penal, con expresa mención en el sentido que sólo podremos abordar la que emana de los TJOP.

III. Presupuestos sentenciales

La primera cuestión que deben considerar los jueces, puestos en ocasión de labrar sentencia definitiva, es la concurrencia o inconcurrencia de los presupuestos sentenciales, es decir, de las condiciones que la ley procesal establece para que los jueces tengan la posibilidad jurídica de emitir su acto de juicio substantivo acerca de si se ha cometido o no un hecho punible, y, en conclusión positiva, respecto de si le ha cabido o no al acusado una participación penada por la ley, puesto que, en razón de la configuración procesal específica, es posible que los jueces, o bien las personas que integran el órgano jurisdiccional, carezcan de esa aptitud de derecho, de modo que, o bien no puedan emitir pronunciamiento de fondo, o bien, de emitirlo, ésta debe estar constituido necesariamente por un fallo absolutorio.

Evidentemente, revisaremos tan sólo aquellos presupuestos sentenciales que reciben novedades en el CPP y omitiremos casi todo cuanto tiene que ver con la legalidad del desarrollo del juicio oral, desde que este último es objeto de otras exposiciones.

III.1. Competencia del TJOP

El TJOP, en cuanto órgano jurisdiccional, debe, antes de emitir el juicio jurídico de juzgamiento, verificar su propia competencia para conocer del conflicto penal en cuestión, puesto que tal análisis es impuesto por las conocidas reglas de los arts. 5°, 6° y 7° de la CPE, en cuanto éstas establecen el principio de legalidad de las actuaciones de todos los órganos del Estado, en el sentido que éstos actúan válidamente sólo dentro de la esfera de su competencia legal.

En cuanto concierne a la necesidad de competencia absoluta, el CPP plantea pocas novedades, salvo porque establece ahora, modificando sensiblemente el régimen de las impugnaciones, en la letra a) del art. 374, la procedencia del recurso de nulidad, para impugnar el juicio oral en que ha recaído sentencia pronunciada por tribunal incompetente. El recurso de nulidad será objeto de otra exposición.

Pero en lo que se refiere a la cuestión territorial, el CPP introdujo la regla del art. 74.1, que tiene por objeto eliminar las dilaciones que provoca esta clase de conflictos. Al efecto, la ley consagra la imposibilidad, tanto de la declaración oficiosa de incompetencia territorial del TJOP, como de la promoción por las partes de conflictos de impugnación de la competencia territorial del TJOP, preclusión que tiene lugar una vez transcurridos los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que compete dictar al juez presidente (art. 281.3) y que fija fecha para la realización del JO. De este modo, con motivo de esta simplificación de la Reforma, al instante de emitir la sentencia definitiva, el TJOP no tiene necesidad de evaluar su competencia territorial, que, a esa época, existe de pleno derecho.

III.2. Habilidad de los jueces del TJOP

Conforme al artículo 74 del CPP, toda incidencia atinente a la habilidad de los jueces del TJOP debe plantearse, a más tardar, también dentro de tercero día contado desde la notificación de la resolución que fija fecha para la audiencia del JO.

Ahora bien, si el hecho constitutivo de la causal de implicancia o recusación llega a conocimiento del interviniente después del vencimiento de

ese plazo y antes de la audiencia del JO, la incidencia debe plantearse, necesariamente, al inicio de ésta. Transcurrida esta oportunidad, el CPP prohíbe la impugnación de la habilidad de los jueces del TJOP, aunque sin perjuicio de la declaración oficiosa.

III.3. Validez predeterminada de las actuaciones de la fase de investigación.

Como se sabe, el CPP contiene reglas especiales de nulidad procesal, en el Título VII del Libro I, arts. 159 a 165, que permiten declarar la invalidación de las actuaciones del procedimiento, en la medida que exista inobservancia de las formas procesales, y que de ello derive perjuicio, entendiéndose que lo hay cuando tal inobservancia atente contra las posibilidades de actuación de los intervinientes, así como cuando hubiere implicado un impedimento al ejercicio de garantías constitucionales y legales.

Empero, con arreglo al art. 161, después de realizada la APJO, queda prohibida a los intervinientes la solicitud de declaración de nulidad procesal de las actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, petición que debe ser declarada inadmisible, lo cual implica que la validez de tales actuaciones se encuentra predeterminada por la ley para los jueces del TO.

III.4. Legitimación del sujeto activo de la acción penal e idoneidad en su ejercicio

Del mismo modo que el Código de 1906, el CPP concibe a la acción penal como el mecanismo que permite promover, desarrollar y culminar la actividad jurisdiccional destinada al juzgamiento en que puede hacerse efectiva, en su caso, la responsabilidad penal, de modo que es jurídicamente imprescindible que la acción se haya ejercido por sujeto legitimado y de manera jurídicamente idónea, así como que subsista su potencia jurídica a la época de la sentencia definitiva, lo cual quiere decir que la dicha acción, si ha nacido correctamente, no se haya extinguido legalmente en lo subsecuente.

Tratándose de la acción penal pública, en la medida que ella puede ejercerse de oficio por el MP, o bien previa una simple denuncia o querella, lo normal es que, a la hora de la sentencia definitiva, que es el acto procesal de que nosotros estamos tratando, no se planteen mayores cuestionamientos acerca de si la acción se ha ejercido idóneamente, tal como ocurre actualmente, en el Código de 1906. En efecto, en éste, si el tribunal ha podido obrar incluso oficiosamente o bastándole la sola noticia del hecho punible, habiendo finalizado el sumario y el plenario, y el propio

tribunal ha podido y debido procesar y acusar, no es fácil concebir situaciones procesales de defecto de ejercicio de acción, que puedan plantearse al juez al momento de dictar la sentencia definitiva. Lo propio ocurre en el CPP, puesto que el MP ha podido obrar de oficio y los jueces no estarán puestos en situación de dictar sentencia definitiva, si el propio MP no ha formalizado la investigación y luego acusado.

Pero el CPP formula novedades de interés a este respecto, tratándose de la especial figura de forzamiento de la acusación, que fue de difícil consenso legislativo y que se haya regulada por el art. 258. Como ya se ha estudiado, tanto en el evento que el MP requiera sobreseimiento y a éste se oponga el querellante, como en el caso que el MP comunique su decisión de no perseverar, el querellante puede ser autorizado por el JG para formular acusación y sostenerla en lo sucesivo hasta la conclusión del proceso.

En estos casos, la titularidad jurídica activa, hasta el fin del proceso, la tiene exclusivamente el querellante, puesto que el MP deja de actuar judicialmente. Por esta razón, pasa a tener relevancia jurídica la legitimación del querellante, porque, como también se sabe, en el nuevo sistema, la facultad de querellarse no pertenece a cualquiera persona capaz de parecer en juicio, sino que corresponde, por regla general, sólo a la víctima, definida por el art. 108, en la medida que no le afecten las prohibiciones del art. 116; tratándose de conductas terroristas, puede querellarse cualquier persona capaz de parecer en juicio, pero a condición que esté domiciliada en la provincia; y tratándose de delitos que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, puede querellarse cualquier persona domiciliada en la región en que se hubieren cometido.

Siendo así, desaparecido el MP, la carencia de legitimación jurídica del único sujeto activo subsistente, del único sostén de la acción, deriva en la imposibilidad jurídica del juzgamiento penal de fondo, al menos en cuanto pueda tener una alternativa condenatoria. Si hay defecto de legitimación del sujeto activo, no cabe ninguna duda que es forzosa la sentencia absolutoria. De manera que, a propósito de la acción pública, en el sistema nuevo pueden plantearse cuestiones muy decisivas en el instante de la sentencia definitiva.

Esta clase de conflictos también puede suscitarse en lo que concierne a la vigencia de la acción penal pública ejercida por el querellante, en lo que tiene que ver con las situaciones procesales de renuncia, tratadas por los arts. 56 y 57; desistimiento, regulada por el art. 118, y abandono, normada por el art. 120.

En lo que concierne a la acción penal pública previa instancia particular, esto es, a la acción que hoy, impropiamente, llamamos mixta, igualmente pueden plantearse conflictos decisivos, tanto en lo que hace a la legitimación del sujeto a cuya instancia se ha abierto el proceso, como en cuanto al modo en que dicho sujeto ha instado. En esto no hay mayores diferencias con el sistema actual. Y lo mismo puede decirse de los delitos de acción penal privada.

III.5. Sujeto pasivo idóneo, presente y defendido

Tal como se enseña actualmente, la posibilidad jurídica del juzgamiento criminal de fondo supone, necesariamente, la concurrencia de un imputado que cumpla con un conjunto de requisitos de legitimación pasiva.

En esta ocasión, sólo me parece pertinente recordar algunas cuestiones básicas, como que el art. 58 reitera los términos del art. 39 del Código de 1906, en el sentido que la responsabilidad penal sólo asiste a las personas naturales, de modo que, en lo correspondiente a las personas jurídicas, sólo tienen legitimación pasiva las personas naturales que hayan intervenido efectivamente en el hecho punible, independientemente de que sean, o no, representantes jurídicos de esas personas jurídicas, de lo que la doctrina colige, y esa conclusión se mantiene en el sistema nuevo, que no es posible emitir juzgamiento criminal de fondo respecto de una persona natural que no ha tenido intervención material alguna en la conducta que es objeto del juicio.

También recordemos, al pasar, que el imputado debe estar necesariamente presente en el juicio oral, que no ha debido perder la salud mental, puesto que, en ambos casos, el art. 283.2 ordena suspender el juicio oral, y que debe estar, también imprescindiblemente, asistido por defensor.

III.6. Inexistencia de cuestiones prejudiciales civiles

Como ustedes saben, la regla general, establecida por el art. 173.1 del COT, consiste en que la jurisdicción criminal, es competente para conocer de las cuestiones jurídicas de orden civil que tengan incidencia en la configuración del ilícito y en la procedencia de la pena, así como en la ausencia de responsabilidad penal o en la modificación de la entidad de esta responsabilidad, excepción hecha de las cuestiones que taxativamente establecen los arts. 173 y 174 del propio COT, que son, en realidad, prejudiciales civiles, en el sentido que la jurisdicción criminal no puede emitir pronunciamiento, entretanto ellas no sean resueltas en sede civil.

En este contexto, el art. 171, en relación con el art. 252, en cuanto a la fase de investigación, previene que, suscitada que sea una cuestión prejudicial civil, salvo cuestiones de protección o investigación urgentes, se suspenderá el procedimiento, dictándose sobreseimiento temporal, hasta que la cuestión no sea decidida por sentencia firme de la jurisdicción civil, por cuya dictación debe instar el MP.

Ahora bien, en la fase de juicio oral, el art. 283.2 establece perentoriamente que el juicio oral se suspenderá por las causas señaladas en el art. 252, de modo que el TJOP, en cualquier momento en que aparezca o advierta la existencia de una cuestión prejudicial civil, no tiene otro camino que no sea el de paralizar el juicio oral, aunque ello sea advertido en la deliberación previa a la sentencia definitiva. Se trata, claramente, de un presupuesto de la sentencia definitiva, porque, en evento de infracción, hay lugar al recurso de nulidad por incompetencia tribunalicia, con arreglo al art. 374.1.

III.7. La existencia de acusación idónea

Tanto en el sistema del Código de 1906, como en el que diseña el CPP, la existencia de la acusación, esto es, de un acto procesal que contiene la imputación criminal que se dirige en contra del acusado y el requerimiento de sanción penal, expresándose así la pretensión procesal penal, constituye una base ineludible del juzgamiento de fondo, del mismo modo que la idoneidad jurídica de la acusación. Al menos, de un pronunciamiento de fondo que tenga la posibilidad jurídica de la condena y no uno necesariamente absolutorio.

Es de advertir que, en la práctica, este requisito del juzgamiento tiene un carácter mucho más decisivo en el sistema nuevo que en el antiguo. En efecto, en el Código de 1906, como el juez es, a la vez, investigador, acusador y sentenciador, es decir, es dueño del proceso, y cuenta, adicionalmente, con amplias potestades anulatorias (art. 72.3), lo cual también acaece en la segunda instancia, al advertir, al momento de sentenciar, un error grave en la formulación de la acusación, siempre puede ejercer la potestad anulatoria, retrotraer el proceso a un estado anterior, superar el defecto y proseguir con la tramitación de la causa. He visto muchos ejemplos de esto en la práctica judicial, incluso con forzamiento de normas procesales. Ahora bien, si el error es advertido por los jueces de apelación o de consulta, pueden recurrir al instrumento de la casación oficiosa, que se encuentra concebido en términos bastante amplios (art. 541 N° 12).

En el sistema nuevo, en cambio, la función y responsabilidad de acusar queda atribuida claramente al MP, y en la figura de forzamiento, al quere-

llante, reservándose al juez sólo la función y responsabilidad de juzgamiento, de manera que si el acto procesal de acusación se encuentra concebido defectuosamente, en términos tales de hacer imposible el juzgamiento, la única respuesta que el ordenamiento jurídico permite al TJOP es la de emitir sentencia absolutoria, quedando la responsabilidad jurídica de esta consecuencia en el ámbito del MP, o, en su caso, del querellante. En este punto se advierte, entonces, un cambio central del sistema nuevo, que abandona los cauces propios del proceso previo, que era preeminentemente inquisitivo y en que el juez, como dijimos, era el dueño del proceso y contaba con todas las facultades que fueran menester para arribar al juzgamiento efectivo de la eventual responsabilidad penal. En el nuevo sistema, entonces, se advierte un cambio cultural de gran importancia práctica.

Esta cuestión tiene también relevancia práctica en otra perspectiva, que tiene que ver con la definición de en qué casos estamos frente a un defecto "formal" de la acusación y cuándo estamos frente a un defecto de "fondo" de la misma. Este problema es muy decisivo, porque el art. 270 permite que el JG, en la APJO pueda ordenar la corrección de vicios de la acusación, incluso de oficio, o bien resolviendo una petición del querellante (art. 261 b) o de la propia defensa (art. 263 a), pero no de cualquier defecto, sino de un defecto "formal". Cuál es el deslinde entre el defecto "formal" y el defecto de "fondo" es, pues, una cuestión decisiva, porque los defectos de "fondo" de la acusación no pueden, entonces, ser corregidos, y conducirán, indefectiblemente, a que los jueces de la sentencia definitiva deban emitir sentencia absolutoria, radicándose la responsabilidad jurídica del error en el MP, como es propio de la cultura del sistema nuevo.

En este orden, debe recordarse que con arreglo al art. 259 la idoneidad jurídica de la acusación supone que ésta contenga, con claridad y precisión, la relación circunstanciada del hecho atribuido, su calificación jurídica, la participación atribuida y la pena requerida.

La materia también es importante para la defensa, porque, frente a defectos formales de la acusación, ella cuenta con la facultad, ya dicha, que le confiere el art. 263 a), para requerir su corrección, petición que debe ser resuelta en la APJO. Pero, antes de tomar esta decisión táctica, la defensa debe evaluar acuciosamente el defecto de que se trata, puesto que si tal defecto, en definitiva, impedirá el juzgamiento de fondo y conducirá necesariamente a una sentencia absolutoria, como, por ejemplo, si la descripción de hechos de la acusación omite el señalamiento de algún elemento configurativo del tipo penal, entonces, para la defensa, es mejor no hacer cuestión del asunto, no otorgarle el tratamiento de un defecto formal, sino que reservar el argumento para la AJO, como cuestión de fondo.

La necesidad jurídica de la acusación "idónea", como presupuesto jurídico de la posibilidad del juzgamiento de fondo de la responsabilidad penal, plantea también otras cuestiones de interés.

Así, por ejemplo, el art. 259.3 exige congruencia entre la acusación y la previa formalización de investigación, en la medida que la primera no puede cubrir hechos, ni personas, que no hayan sido objeto de anterior formalización de investigación, del mismo modo que el actual art. 403 del Código de 1906 impone, implícitamente, coherencia entre el procesamiento y la acusación, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo propio se dispone en el art. 261 a), respecto de la acusación del querellante, que puede exceder el ámbito fáctico de la acusación del MP, pero no puede exceder los hechos que hayan sido objeto de formalización previa.

Ahora bien, como sabemos quienes ejercemos la profesión en la práctica, la determinación de la identidad de los hechos parece, cuando se lee el CPP, una cuestión simple, pero, en realidad, no tiene nada de sencilla, porque no se aplica aquí la lógica formal, sino la lógica jurídica, de modo que descripciones de hechos formalmente distintas pueden ser jurídicamente iguales, conforme a diversos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido diseñando. No se trata, claramente, de una identidad fáctica propia de la lógica formal abstracta, sino de una identidad jurídica que es concepto de lógica jurídica. Por ejemplo, si se concluye, v. gr., que podemos condenar por apropiación indebida a un sujeto que estaba acusado por malversación de caudales públicos, entonces es obvio que hemos superado por completo la lógica formal abstracta, porque los hechos que conducen a una y otra imputación no son formalmente idénticos.

¿Cuál es, entonces, el criterio de identidad jurídica de los hechos? Diversas soluciones han sido planteadas por la doctrina. Algunos sostienen que el hecho permanece idéntico en lógica jurídica cuando se mantiene idéntica la acción del agente, aunque se modifique el resultado de la conducta. Se ha expresado también que hay identidad si se mantiene el resultado, aunque la acción varíe. Otros dicen que hay identidad en la medida que se mantengan todos los elementos objetivos del hecho criminoso, aunque se varíe el título subjetivo de la imputación –dolo, culpa o preterintencionalidad–. Hay quienes sostienen que pueden variarse los elementos objetivos, siempre que se mantenga idéntica la lesión de bien jurídico dentro de una determinada categoría penal. Y otros, finalmente, sostienen que el hecho se mantiene el mismo si la variación de la descripción no ha afectado al derecho a la defensa jurídica. El tema, como se ve, es muy complejo y no podemos aquí profundizarlo plenamente.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Pero lo que me interesa destacar es el problema de resolver acerca de si la incongruencia fáctica entre la formalización previa y la acusación posterior es, o no, una materia de que deban preocuparse, como presupuesto de su fallo, los jueces del TJOP, y, por lo mismo, si esta materia puede ser, o no, objeto de argumento de defensa eficaz en el JO. Me parece que el tema no es en absoluto claro, no tengo respuesta cierta y prefiero simplemente dejarlo mencionado.

IV. El establecimiento de los hechos probados en la sentencia definitiva

La primera de las labores que deben realizar los jueces cometidos del pronunciamiento de la sentencia definitiva radica en la necesidad de establecer los hechos y circunstancias de la causa, los acaecimientos de la vida real que son objeto de juicio, siempre en el marco de las alegaciones fácticas de la acusación y de la defensa, que es una función que se realiza por medio de los atributos humanos de percepción y experiencia, aplicados a la apreciación de los medios de prueba producidos en el JO.

Esta apreciación judicial es particularmente delicada, en cuanto implica siempre sólo un grado de probabilidad de la ocurrencia del hecho y nunca una certeza absoluta, cuestión que el legislador reconoce categóricamente, hoy, en el art. 340, cuando fija la plausibilidad de la condena en la ausencia de una duda "razonable", recogiendo una doctrina que es propia del derecho norteamericano, en cuyo contexto, sin embargo, pese al cuidado desarrollado en ese ámbito, conocemos de tantas condenas que, después de muchos años, se han revisado y anulado, por falsedad de hecho.

Los abogados de ejercicio práctico sabemos bien que en el establecimiento de los hechos, las más de las veces, se juega la suerte del proceso penal.

Nosotros intentaremos abordar, aunque sea brevemente, las reglas de Derecho Procesal que disciplinan jurídicamente la labor de enjuiciamiento del hecho.

IV.1. Congruencia fáctica

La ley procesal penal impide que la sentencia definitiva exceda el ámbito de la relación circunstanciada de hechos que debe contenerse, como hemos visto antes, en el acto procesal de acusación.

En este orden, el art. 341 expresa categóricamente que "la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación", agregando que

"en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella". A efectos procesales sancionatorios, el art. 374 letra f) establece, como motivo absoluto de nulidad del fallo, "la infracción de lo prescrito en el art. 341".

En términos generales, la preceptiva nueva se conforma con la regulación del Código de 1906, en el sentido que éste establece, en el art. 541 N° 10, que es causal de nulidad del fallo, declarable en casación formal de oficio o previa impugnación de parte, la circunstancia de ultra petita, que define como la extensión del fallo a "puntos inconexos" con los que hubieren sido objeto de acusación, sin que deba olvidarse que, además y de base, el art. 43 remite al art. 160 del CPC, regla que dispone que es vedado al juez extender su fallo a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio, y, como se sabe, en lo penal, es la acusación, que expresa la pretensión procesal penal, el acto procesal que somete unos u otros puntos a juicio.

Como recordamos antes, la cuestión de identidad de hecho ofrece muchos problemas prácticos. Como dice Bettiol, "¿cuándo es que el hecho cambia? ¿cuándo es que el hecho es el mismo?". Se trata, ésta, de una cuestión, que ofrece problemas a propósito de congruencia, de litis pendencia y de cosa juzgada, entre otras instituciones procesales.[3]

La jurisprudencia plantea algunos ejemplos que implican el análisis de límites críticos. Por ejemplo, en hechos constitutivos de amenazas en relación con fases preparatorias de otros ilícitos, o en relación con la asociación ilícita, o con la preterintencionalidad respecto del dolo o de la culpa, etcétera. Pueden plantearse muchos problemas, como ya dijimos antes, y los criterios de solución son especialmente complejos. La situación de un sujeto que es objeto de imputación por amenazas con armas de fuego, y luego queda condenado como autor de tentativa de homicidio. También, sobre la base de esta materia, se ha desarrollado el principio de imposibilidad de segregación de hechos, como si se pretendiere dividir una conducta, estimando que parte de ella constituye una falta y la otra parte un crimen o simple delito.

Veamos, entonces, qué novedades tenemos, a propósito de esta cuestión, en el CPP, las cuales son básicamente dos.

La primera es que el CPP mejora la redacción previa, en cuanto antes la ley exigía la conexión de "puntos" y hoy requiere la conexión de "hechos",

[3] Fontecilla. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo III, páginas 232 y ss.

de modo que el principio de congruencia queda más firme y ampliamente establecido que antes.

La segunda consiste en que el Código habla hoy, en el art. 341, de "hechos y circunstancias" contenidos en la acusación, aspecto que debe ser objeto de adecuada interpretación.

En efecto, el art. 259 exige, en la letra b), que la acusación contenga la relación "circunstanciada" del hecho atribuido, esto es, la expresión de circunstancias de tiempo, sujetos y modalidades conductuales, de modo que podría pensarse que el legislador ha querido ser extremadamente exigente en cuanto a la identidad de hechos, incluyéndose no sólo las cuestiones nucleares o esenciales de la atribución, sino también todos los accidentes de la descripción fáctica.

La otra interpretación, que parece más acertada, en principio, consiste en entender que la norma de congruencia del art. 341.1 concierne, en general, tanto al hecho punible atribuido, cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que el MP o el querellante hayan incluido en el acto de acusación, en virtud de lo dispuesto en el art. 259 letra c) y en el art. 261 letra a). De manera que lo que la ley diría, en el art. 341.1, es que la sentencia definitiva no puede exceder el marco del hecho objeto de acusación, ni el marco de circunstancias modificatorias agravantes de responsabilidad que se haya planteado en la acusación.

Parece que esta última es la interpretación adecuada, porque el propio art. 341, en su inciso segundo, admite que los jueces consideren en la sentencia definitiva unas circunstancias modificatorias de responsabilidad que no han sido objeto de la acusación, en la medida que de ello advierta a los intervinientes, durante el debate, de modo que éstos puedan pronunciarse al respecto, ejerciendo el derecho de defensa. De manera que cuando el inciso primero alude a "circunstancias", entonces se está refiriendo a las mismas "circunstancias" de que trata en el inciso segundo.

Pero hay que hacer presente que algunas particularidades de conducta, como la alevosía, en ocasiones, configuran el tipo penal, como ocurre con el homicidio calificado. En tal caso, en nuestro concepto, se deben observar las reglas del hecho, de manera que si los hechos que configuran la calificante no se encuentran comprendidos en la calificación, es jurídicamente imposible exceder su ámbito, ni aun con advertencia previa. En efecto, en tal evento, la alevosía, que utilizamos como ejemplo, opera como elemento del tipo penal y no como una simple circunstancia modificatoria agravante de responsabilidad.

IV.2. Congruencia y defensa

En el sistema del Código de 1906, era de advertir que el art. 541 N° 10, en cuanto a congruencia, sancionaba con la invalidación formal a la sentencia que excedía los puntos objeto de acusación, así como, también, a la sentencia que excedía los puntos objeto de la defensa contenida en la contestación a la acusación.

De manera que el texto legal estricto planteaba al juez, al dictar sentencia definitiva, un problema, si llegaba a concluir en la necesidad de absolver en razón de algún hecho, como, por ejemplo, uno constitutivo de causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, o, en general, de exención o extinción de responsabilidad, que, sin embargo, no fue objeto de la defensa, desde que, en principio, ello estaba vedado por el art. 541 N° 10. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Suprema ofrece algunos ejemplos de este entendimiento estricto, relativamente recientes, en materia de cosa juzgada y prescripción.

Pero hay que reconocer que la mayoría de los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales matizaban este entendimiento con la regla de convicción condenatoria del art. 456 bis y, por esta vía, en convicción de absolución, procedían las más de las veces a absolver cada vez que lo estimaban procedente con arreglo a los hechos establecidos a partir del mérito de los autos.

Pues bien, este problema ha quedado eliminado en el CPP de la Reforma, porque el art. 341.1 limita la necesidad de congruencia a la sentencia condenatoria, en cuanto establece que "no se podrá condenar" por hechos que no hayan sido comprendidos en la acusación, y la causal de nulidad del fallo se remite al art. 341, de modo que hoy es completamente claro que los jueces pueden absolver en razón de hechos que no hayan sido comprendidos en la defensa. Los jueces del TJOP, en consecuencia, bien pueden absolver en virtud de un hecho que no ha sido objeto de la defensa, pero que aparece del mérito de los hechos establecidos, sobre la base de la norma de convicción condenatoria que hoy se contiene en el art. 340 y sin temor de exceso de habilitación jurídica.

IV.3. Hechos establecidos anticipadamente

El enjuiciamiento de hecho, que es lo mismo que decir el establecimiento de los hechos, constituye, en principio, una actuación ponderativa que es propia del acto de juicio contenido en la sentencia definitiva. Así ocurría en el Código de 1906, en que, como se sabe, la resolución que, en plenario,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

recibe la causa a prueba, no fija hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, de modo que, a la hora de la sentencia definitiva, no existen hechos que se encuentren jurídicamente establecidos, con valor vinculante para el magistrado, sino que es éste quien debe proceder a establecerlos, todos, en la sentencia definitiva.

El CPP viene a alterar esta dinámica notablemente, en forma explícita, en un caso, y en forma implícita, en el otro.

Vamos a la primera cuestión.

Conforme al art. 275, el MP, el querellante si lo hubiere, y el imputado, de común acuerdo, pueden solicitar al JG que dé por establecidos ciertos hechos, acerca de los cuales, dice la ley expresamente, no podrá haber controversia en el juicio oral, debiendo los jueces del TO estarse en todo a ellos. El JG sólo puede negar esta petición en el evento que exista discordancia entre las alegaciones de hechos de las partes y estos hechos cuyo establecimiento a firme se pretende. Aceptando la petición, a lo que está, en todo otro caso, obligado por la ley procesal, debe expresar este establecimiento de hechos en el auto de apertura del JO, conforme reza el art. 277 letra d).

De modo que los jueces del TO, en su labor de establecimiento de los hechos, se encuentran con una limitación importante, en el sentido que uno o más hechos pueden venir establecidos en el auto de apertura del juicio oral, en virtud de una convención probatoria, cuya procedencia ha sido decidida por el JG.

Son varios principios, propios de nuestra cultura, los que se rompen duramente con el nuevo sistema.

La primera cuestión es que la búsqueda, por los jueces del TJOP, de la verdad material deja de ser una regla básica del proceso penal. El juez de la sentencia definitiva no es ya el amo y señor del establecimiento de la verdad, porque, en definitiva, por esta vía de las convenciones probatorias, queda establecida una verdad simplemente procesal, que es vinculante para los jueces sentenciadores. Es de advertir que la procedencia de las convenciones probatorias no requiere, ni siquiera, que exista correspondencia entre los hechos que se tienen por establecidos de este modo y lo que surja de los registros de las actuaciones policiales o de los registros de las investigaciones del MP o de la declaración del imputado. Basta con que exista correspondencia entre esos hechos y las alegaciones de hechos efectuadas por el MP en la acusación, por el acusado en la exposición de argu-

mentos de defensa propia de la APJO, y del querellante, si lo hubiere. Abandonamos, entonces, la búsqueda denodada de la verdad material, porque al legislador de la Reforma le interesa, más que ello, la solución del conflicto penal, lo cual no estoy aquí criticando, sino constatando.

La segunda cuestión es que es bastante evidente la relevancia práctica del JG en el establecimiento de los hechos, no sólo porque es a este funcionario a quien compete cautelar la correspondencia entre las alegaciones de hechos y los que se tienen por definitivamente establecidos, sino también porque él mismo puede, art. 275, sugerir a los intervinientes el establecimiento de ciertos hechos por vía de convención probatoria.

Esto significa que se rompe el principio de unidad del juicio jurisdiccional de los hechos, en que la labor de su establecimiento queda entregada a un mismo y único tribunal. Fíjense que este principio se respeta incluso en el proceso civil, en que el juez, al recibir a prueba, tiene ciertos hechos por establecidos por inexistencia de controversia, y, por consiguiente, no recibe a prueba respecto de ellos, constatación que debe respetarse en la sentencia definitiva posterior, porque la recepción a prueba es una sentencia interlocutoria que sirve de base al pronunciamiento de la sentencia definitiva. Pero aquí la cuestión cambia, porque no se trata del mismo tribunal, sino de uno distinto, que, por decirlo así, interviene indirectamente en el establecimiento por los intervinientes de una parte del juicio de hecho.

De este modo, este instrumento, por una parte, constituye una limitación importante a la generación del juicio de hecho que se contiene en la sentencia definitiva, y, por otra, implica una muy profunda alteración de nuestro sistema jurídico, que no me parece criticable.

Quiero hacer presente, sin embargo de lo dicho, que este mecanismo de establecimiento de los hechos tiene una limitación de eficacia, implícita, en el art. 340.3, en cuanto "no se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración". Ocurre que, en virtud del mecanismo de las convenciones probatorias, pueden, en abstracto, tenerse por establecidos todos los hechos que configuran la conducta del imputado, el tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad, reservándose el debate probatorio posterior a cuestiones accesorias o bien al juicio de derecho. La pregunta es, entonces: ¿puede en este caso emitirse condena sobre la exclusiva base de estos acuerdos probatorios, que tienen único respaldo, a su vez, en la exposición del acusado de sus argumentos de defensa? A mí me parece obvio que esto queda impedido por la regla del art. 340.3, toda vez que, en esta perspectiva, en mi opinión, la declaración del imputado es equivalente a la exposición de argumentos de defensa, y se estaría con-

denando con el sólo mérito de ésta. Quien debe tener cuidado con esto es el MP, así como el querellante, porque si se exagera el ámbito de la convención, puede terminarse en una sentencia absolutoria, por imposibilidad jurídica de condena, por imperio del art. 340.3.

En segundo lugar, me parece ver, también, una limitación implícita a la formación del juicio de hecho de los jueces sentenciadores en lo que dice relación con hechos públicos y notorios, a partir de las consecuencias jurídicas que se derivan de los arts. 257 y 276.1.

Conforme a la primera de estas reglas, los intervinientes pueden pedir al JG la renovación de aquellas diligencias de investigación que hubieren pedido oportunamente al MP y que éste ha rechazado, pero el funcionario debe rechazar la solicitud si ésta concierne a "hechos públicos y notorios".

En coherencia con este criterio, el artículo 276.1 dispone claramente que el JG "ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral... las pruebas que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios".

Esta regla, en principio, parece sana, porque es criterio bastante pacífico que los hechos públicos y notorios quedan relevados de prueba. Pero la verdad es que lo que se acaba de decir es lo único pacífico, porque la determinación de bajo qué condiciones un hecho es "público y notorio", y, todavía más, en un caso específico, en un juicio singular, en un caso práctico, la determinación de qué hecho cumple esas condiciones, ya en abstracto discutidas, configura un problema que, en ocasiones, es de difícil decisión.

Me interesa destacar que el art. 277 no establece como requisito de contenido del auto de apertura del juicio oral, la descripción de hechos públicos y notorios, que, como tales, se tengan por firmes y no puedan ser objeto de prueba. Pero esta determinación la encontraremos en la decisión que niega la prueba, porque ésta debe ser fundada, en el hecho y en el derecho, art. 36, de modo que el JG, en la fundamentación de su decisión, habrá explicado que un hecho determinado es público y notorio y que, por ello, rechaza la prueba ofrecida.

En cualquier caso, estando claro que en el juicio oral no se puede, es vedado, rendir las pruebas que el JG ha excluido, entonces el interviniente queda impedido jurídicamente de producir la probanza respectiva. El problema consiste en decidir acerca de si el hecho que el interviniente quiso acreditar y no pudo, queda establecido como hecho definitivo para los

jueces del TJOP. A mí me parece que ello es así, porque ese entendimiento es el único compatible con la garantía de la defensa, implícita al proceso justo y racional que asegura el art. 19 N° 3º de la CPE. En efecto, ¿cómo podrían los jueces del TJOP omitir ese hecho, si el interviniente ha ofrecido probarlo, y no ha podido, precisamente porque se le dijo que se trataba de un hecho público y notorio? La opción contraria carece de racionalidad y justicia y viola el derecho a la defensa jurídica, uno de cuyos elementos esenciales es la facultad de acreditar, en el juicio, las alegaciones de hechos. Si así se entiende, los jueces sentenciadores quedan compelidos, al formar el juicio fáctico, tanto a tener por establecido el hecho respectivo, como a omitir el establecimiento de un hecho contradictorio con aquél.

Y, de este modo, se tiene que, otra vez, el establecimiento de los hechos queda dividido, en la medida que una sección de éste queda entregada a la ponderación del JG, con valor vinculante para los jueces del TJOP. Esta limitación en el establecimiento fáctico, esta división en la formación del enjuiciamiento de hecho, entre dos órganos jurisdiccionales distintos entre sí, rompe con nuestra cultura jurídica, lo cual otra vez digo que estoy constatando, no criticando.

Fíjense que habría una manera de escapar de este entendimiento. Tendríamos que entender que existen materias de hecho que son públicas y notorias, de manera que el JG se limitaría a negar el medio de prueba ofrecido, por incidir en materia pública y notoria, reservando el establecimiento del hecho respectivo a los jueces del TJOP. De esta manera, el enjuiciamiento de hecho no quedaría dividido entre dos órganos jurisdiccionales diferentes entre sí. Me parece que es posible conceder la viabilidad de este entendimiento, cuestión que irá resolviendo la jurisprudencia. Empero, como abogado de ejercicio práctico, también estimo que este entendimiento no es razonable, tanto porque el hecho público y notorio no es cuestión muy clara, cuanto porque los hechos tienen matices, tienen modalidades, que a veces hacen a su substancia, o que, a lo menos, pueden ser relevantes en el juzgamiento penal, de modo que el obstáculo a la prueba del interviniente, de este modo, sin una consecuencia acreditativa de certeza, no me parece que ofrezca racionalidad. En síntesis, creo que el tratamiento que el CPP otorga al establecimiento de los hechos públicos y notorios debiera ser revisado.

IV.4. La admisibilidad de todo medio de prueba

Las disposiciones que, a este efecto, establece el CPP en los arts. 295 y 393, en el sentido que los hechos y circunstancias del caso pueden ser probados por cualquier medio, en cuanto éste, en la ponderación de los

jueces del TJOP, sea apto para producir fe, tiene poco de novedoso en nuestro sistema probatorio.

Recordemos que el art. 457 del Código de 1906 enumera los medios legales de prueba, mencionando, entre éstos, a las presunciones o indicios, agregando que sobre cada uno de estos medios de prueba rigen las reglas dictadas a su respecto en la Parte Primera del Libro II, esto es, en la normativa del sumario. Pues bien, dentro de esta última, encontramos el art. 113 bis que admite que cualquier medio apto para producir fe pueda servir de base a una presunción o indicio. De este modo, en el Código de 1906, cualquier medio apto para producir fe, cuestión que también quedaba reservada al criterio del magistrado, servía plenamente al establecimiento de los hechos, en la medida que la conclusión de conocimiento fáctico que él arrojare permitía construir una deducción o inducción, constitutiva de una presunción judicial.

Esta es una de las razones por las que, cada vez que se repite, con cierta majadería, incluso por autoridades públicas, que el sistema probatorio del texto actual de nuestro Código de 1906 es legal o tasado, se incurre en un error grave, por este y otros motivos que puedo abordar más adelante. A partir de la Ley N° 18.857, el Código admite la búsqueda de la verdad material a través de cualquier medio apto para producir fe.

Pero debo anotar que no es que no haya diferencia alguna, en este orden, entre el sistema antiguo y el nuevo. En efecto, por medio de los arts. 113 bis y 457, en el sistema antiguo, podía construirse una presunción judicial y, al tenor del art. 488, una sola de éstas no bastaba para tener por acreditado un hecho, porque las presunciones debían ser necesariamente múltiples para bastarse a sí mismas en la acreditación de un hecho. En cambio, en el sistema nuevo, esta limitación no existe, de modo que los jueces del TJOP, sobre la base de los principios lógicos, las máximas de experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, pueden tener por establecido un hecho por esta exclusiva vía. No estoy seguro que se haya obrado correctamente al imponerse esta solución legislativa.

IV.5. La admisibilidad de todo medio de prueba es relativa

Cuando se dice, conforme acabo de expresar, que en el juicio penal oral es admisible todo medio de prueba, a condición exclusiva que, en el criterio de los jueces del TJOP, sea apto para producir fe, se dice, en realidad, una verdad relativa, que es cierta en el sistema procesal en su conjunto, pero que es meramente teórica en concreto y en la particularidad específica de cada juicio oral.

Adviertan ustedes, primeramente, que, con arreglo a lo previsto en los arts. 235, 259, 261 letra c) y 263 letra c), los medios de prueba deben ser ofrecidos por los intervinientes, con ocasión de los actos procesales de acusación del MP, adhesión o acusación del querellante y exposición de argumentos de defensa del acusado, en términos tales que, de no existir este ofrecimiento, es jurídicamente imposible que ellos sean producidos en el juicio oral.

Se advierte aquí, otra vez, la transformación cultural que la reforma implica entre nosotros, en la medida que no es imperativa la búsqueda de la verdad material. Lo que es imperativo es la solución del conflicto penal, y si en éste la verdad material resulta sacrificada, pues no importa. Será una cuestión de responsabilidad del MP, y del querellante, si lo hay, en cuanto a la acreditación de las alegaciones de hecho de la acusación, y del acusado, en cuanto a la acreditación de sus argumentos de defensa. Los jueces del TJOP buscan, es cierto, la verdad material, pero con grandes limitaciones, entre las que obran las que estamos analizando aquí.

Adviertan ustedes también que los medios de prueba no sólo deben ser ofrecidos, sino que su producción debe ser admitida. ¿Por quién? Por el JG, quien debe expresar, art. 277 letra e), cuáles son los medios de prueba que podrán rendirse en el juicio oral.

Como se sabe, art. 276, el JG puede excluir prueba en varios supuestos: a) manifiesta impertinencia; b) las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; c) las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales; y d) las que provinieren de actuaciones declaradas nulas. Adicionalmente, el JG puede reducir el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos se pretenda acreditar unos mismos hechos y éstos no guardaren pertinencia substancial con los hechos que habrán de debatirse en el juicio oral.

Otra vez tienen ustedes aplicado un principio propio de la transformación de la reforma, de la nueva cultura que se introduce entre nosotros: la división del enjuiciamiento de hecho, entre órganos jurisdiccionales distintos, en la medida que una parte de éste queda reservada a la supervisión del JG y otra parte a la ponderación y decisión del TJOP.

No es necesario pensar demasiado, a un abogado de ejercicio, para concluir en que la exclusión de uno o más medios de prueba puede tener, como resultado concreto, la exclusión de un hecho en la sentencia definitiva, puesto que si no puedo producir la prueba que tiende a acreditar un hecho y si no tengo otro medio de acreditarlo, entonces, en términos

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

simples, se está excluyendo ese hecho del establecimiento fáctico posible.

Así las cosas, cuando se dice que en el nuevo sistema procesal penal es posible acreditar los hechos a través de cualquier medio de prueba, en la medida que sea, en el criterio judicial, apto para producir fe, se dice una verdad abstracta. Empero, puestos en el instante de la elaboración del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva, que es el acto procesal que nosotros estamos analizando, no se puede decir lo mismo, toda vez que el TJOP, en el enjuiciamiento de hecho, está limitado a los medios de prueba ofrecidos oportuna e idóneamente por las partes y luego admitidos previamente por el JG.

Lo que se viene diciendo tiene sólo la excepción del art. 336, que se pone estrictamente en dos hipótesis. La primera consiste en que el TJOP puede admitir la producción de pruebas no ofrecidas, ni admitidas, en el evento que la existencia del medio respectivo haya sido ignorada por el interviniente. La segunda tiene que ver con un debate probatorio accesorio, que puede revestir no obstante gran relevancia práctica, cuando se trate del análisis de veracidad, autenticidad o integridad de una prueba rendida. Es esta última una institución de mucha importancia teórica y práctica, que no podemos comentar por razones de tiempo.

IV.6. Prohibición de ponderación de prueba ilícita

En el nuevo proceso criminal, la decisión penal se justifica jurídicamente, ya no sólo por la búsqueda de la verdad, por la aplicación a todo evento de la ley penal substantiva, sino, antes que todo ello, por la licitud de los medios de búsqueda de esa verdad, como es propio del estado actual de la cultura occidental. El Código es, en esto, extremadamente cuidadoso. Recuerden ustedes las disposiciones sobre nulidad procesal, art. 160, en que se presume de derecho el perjuicio si se hubiere impedido el ejercicio de garantías constitucionales o legales, la exclusión de prueba por el JG, art. 276, si la prueba se hubiere obtenido con inobservancia de garantías constitucionales, y la procedencia del recurso de nulidad, art. 373 letra a), cuando en la tramitación del juicio o en la sentencia definitiva se hubieren infringido substancialmente garantías constitucionales o de tratados.

Esta orientación se aplica, también, como severa limitación al enjuiciamiento de hecho, en cuanto el art. 334.2 prohíbe, en términos absolutos, incorporar al juicio oral como medios de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de diligencias declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

De manera que la legitimación jurídica de los medios de prueba opera como una limitación absoluta en la formación del enjuiciamiento de hecho, o, lo que es lo mismo, en el establecimiento de los hechos. Los jueces del TJOP quedan absolutamente limitados ante la ilicitud de la prueba.

IV.7. Prohibición de incorporación y ponderación de antecedentes

Como saben ustedes, el CPP consagra ciertas salidas alternativas al conflicto penal, distintas del fallo, que involucran determinados grados de negociación entre los intervinientes, durante cuya substanciación es posible que existan afirmaciones explícitas o implícitas de hechos. Así ocurre con la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios y la tramitación de la solicitud de procedimiento abreviado. Pero las tramitaciones respectivas pueden iniciarse y quedar frustradas, por diversas razones, pese a lo cual ha sido forzoso registrar los distintos actos de proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación.

Los registros de las actuaciones existirán. Así, por ejemplo, el acto por el que el imputado acepta los hechos descritos en la acusación del MP. Pero la ley quiere que los intervinientes, durante esas tramitaciones, se expresen libremente, de modo que sus afirmaciones explícitas o implícitas de hechos no les perjudiquen de ninguna manera en lo sucesivo. Esas afirmaciones deben cumplir con su finalidad específica, en el contexto de la institución respectiva, exclusivamente. Así, el imputado que aceptó los hechos propuestos por el MP en su acusación, no lo hizo, necesariamente, porque admita la verdad de ellos, sino que ha podido hacerlo, como es propio de una negociación, teniendo sólo en vista la eliminación de la posibilidad jurídica de una pena mayor a cinco años de privación de libertad.

Por esta razón, la ley procesal penal establece otra limitación jurídica al enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva, disponiendo categóricamente que estos antecedentes no pueden ser invocados durante el juicio oral, ni pueden ser incorporados a éste, ni darse lectura a los registros respectivos. No se trata, propiamente, de una cuestión de legitimación por ilicitud de prueba. Lo que ocurre es que las afirmaciones explícitas o implícitas en cuestión pueden tener explicación en una posición negociadora del interviniente, y no, necesariamente, en la verdad de los hechos.

IV.8. Limitación ponderativa a la prueba rendida en audiencia

Mucho se ha dicho, en exposiciones anteriores a ésta, y nada nuevo voy a agregar, acerca de la oralidad e inmediación que introduce el CPP nuevo, de manera de alterar, completamente, el modo en que los jueces

sentenciadores captan y perciben los medios de prueba, para, a partir de esa experiencia de percepción fiable, reconstruir una realidad fáctica pretérita.

Hay, sin duda, un importante mérito en la novedad. En la operación práctica del Código de 1906, no en razón de las normas legales estrictamente, pero sí en virtud de la insuficiencia de medios humanos, el juez de la primera instancia pondera un acta de lo que se supone que dijo el imputado, de lo que se supone que dijeron los testigos, como lo escribió un actuario, etcétera, no quiero abundar en esto, por sabido de sobra, y también por doloroso. En cambio, en el JO, los magistrados captan y perciben directamente los medios de prueba, oyen a los testigos, a los peritos, al imputado si esté se allana, el modo en que lo dijeron, en fin.

Pues bien, en cautela de la eficacia de estos nuevos principios, el legislador se preocupa de cuidar estrictamente este modo de captación y percepción de la prueba, de manera que sólo él sea la base del establecimiento de los hechos, por medio de dos normas. En primer lugar, el art. 296 previene que "la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral". Y, en segundo lugar, el art. 340.2 establece imperativamente que "el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral". De modo que el legislador es estricto y reiterativo en este orden.

Pero el CPP diseña algunas excepciones, interesantes, a este principio, en los arts. 331 y 332:

a) tratándose de la prueba anticipada de testigos y peritos, regulada por los arts. 191 y 280, recibida por el JG en audiencia de prueba formal, cuando no pudieren declarar en el juicio oral por obstáculo insalvable;

b) tratándose de declaraciones de testigos o imputados que consten en registros, o de dictámenes de peritos, que todas las partes acordaren en incorporar, pero con aprobación de los jueces;

c) cuando la incomparecencia de testigos, peritos o coimputados, fuere imputable al acusado;

d) cuando se trate de declaraciones de coimputados rebeldes que hayan prestado declaración ante el JG; y

e) una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, pueden leerse, durante el interrogatorio y con motivo de éste, partes de

sus declaraciones anteriores, para ayuda de memoria, para demostrar o superar contradicciones o para obtener aclaraciones; también al perito podrán leérsele partes de sus informes; se trata, aquí, de una excepción instrumental.

IV.9. Inadmisibilidad del juicio fáctico de base de condena por sola confesión

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 del CPP, la declaración judicial del imputado, que éste puede prestar en cualquier etapa del procedimiento, esto es, tanto durante la fase de investigación, como durante la fase de juicio oral (art. 326), es un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere. Esta regla expresa, en principio, la idea que la declaración del imputado no es, en realidad, un medio de prueba, sino, únicamente, un medio de defensa frente a la atribución delictiva.

Empero, esto no es exactamente así en el CPP, porque el art. 340.3 dispone que "no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración", de lo que se colige llanamente que la confesión del imputado sí es medio de prueba, aunque no puede ser el único medio de acreditación que sustente la condena.

Ahora bien, la cuestión es resolver por qué vía puede prestarse la confesión.

Me parece completamente claro que la confesión que consta de la declaración que el imputado puede allanarse a prestar en el juicio oral (art.326) es un medio de prueba susceptible de apreciación en la sentencia definitiva.

En cuanto a la confesión que consta de la declaración del imputado, prestada ésta ante el JG durante la fase de investigación, con arreglo al art. 98, en la medida que no se ha rendido en el juicio oral, entiendo que, por regla general, no es un medio de prueba apreciable en la sentencia definitiva, precisamente en razón de las reglas precedentemente estudiadas, salvo el caso del art. 331 letra b), esto es, aquel caso en que todos los intervinientes acuerdan incorporar al juicio oral el registro en que constan. Entiendo que lo mismo puede decirse de la declaración que el imputado ha podido prestar ante la policía o ante el MP.

¿Cuáles son las diferencias con el antiguo sistema?

Como ustedes recordarán, con arreglo a los arts. 110, 111 y 481 del Código de 1906, la confesión del imputado no podía ser considerada como un medio de prueba eficaz para la acreditación del cuerpo del delito, siendo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

eficaz sólo a efectos de participación, y, además, según la jurisprudencia mayoritaria, para lo que llamaban la interpretación del hecho punible. En cambio, en el sistema nuevo, no existe esta restricción, conforme al principio general de libertad de prueba que inspira al CPP, de modo que la confesión puede ser útil para la prueba del hecho punible y de sus circunstancias relevantes, además de a efectos de participación. La única restricción legal radica en que la confesión no puede ser el único medio de prueba que soporte la condena.

En cuanto al valor probatorio, la confesión tiene aquel que le asignen los sentenciadores con arreglo a las normas generales de apreciación que consagra el CPP, que ya veremos. A mí me parece que no hay mayor novedad en esto, porque, conforme al art. 481 del Código de 1906, la confesión podía ser un medio de prueba eficaz para la acreditación del hecho de la participación, en la medida que el juez, conforme a su propia ponderación, así lo estimare.

IV.10. La apreciación de la prueba

En este orden, como lo explicó con bastante detalle el profesor Raúl Tavolari en este auditorium, un par de años atrás, la doctrina procesal ofrece un panorama bastante confuso, en que se mezclan las confusiones de conceptos y las confusiones terminológicas, resultando usual que estas últimas terminen constituyendo la causa de las primeras. Así, qué se entiende verdaderamente por un sistema legal o tasado, un sistema de libre convicción, un sistema de íntima convicción, un sistema de sana crítica o un sistema de apreciación en conciencia, termina constituyendo una incógnita doctrinaria profunda, como puede advertirse, además, en la propia jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores.

Por esta expresa razón, el legislador de la Reforma terminó optando por omitir la definición terminológica del sistema de apreciación probatoria que consagra, prefiriendo la expresión clara y precisa, en la ley procesal penal, de los criterios ponderativos y de las exigencias de la ponderación, decisión que, ante tan grande confusión, me parece muy feliz, muy adecuada.

Fíjense ustedes que, en este orden, en realidad, existen dos grandes opciones, y, entre ellas, una alternativa, la cual, a su vez, puede consistir en diversos grados. Me explico.

Una opción, independientemente del vocablo que utilicemos para la expresión, consiste en reservar el juicio de hecho a la intimidad de la con-

ciencia del juzgador de los hechos. Este capta y percibe los medios de prueba y luego, sobre esta base, establece unos hechos determinados. Por qué estableció esos hechos y no otros, es cuestión que queda reservada a la intimidad de su conciencia. Este sistema es propio de las culturas jurídicas que tienen gran confianza en la capacidad y rectitud de las personas juzgadoras, en lo que hay una cuestión que, más que de derecho, es cultural, es sociológica, es idiosincrática. Es éste el sistema del derecho norteamericano, pero que conoce algunas manifestaciones en la Europa continental, no sólo a través de algunos órganos jurisdiccionales de jurados, sino también, en general, en España, hasta la jurisprudencia moderna del Tribunal Constitucional.

Otra opción consiste en desconfiar absolutamente de la capacidad y rectitud de las personas integrantes de los órganos juzgadores, de modo que la asignación de valor probatorio resulta de la ley. Producido un medio determinado, con ciertas características y condiciones, se tendrá un determinado valor de acreditación. Es éste el sistema de prueba legal o tasado. Debo decir que no tenía este carácter el Código de 1906, pese a que majaderamente se insista en lo contrario. Y no conozco ningún sistema probatorio contemporáneo que lo admita.

Pues bien, entre esas dos opciones extremas, existe una amplia gama de alternativas intermedias, que consisten todas, en síntesis, en que se confía en la capacidad y rectitud de las personas juzgadoras, pero no tanto. Se confía en diversos grados y con distintas exigencias.

En efecto, se exige, a lo menos y en síntesis, la expresión en el fallo de un enjuiciamiento de hecho razonable. Es éste el sistema propio de la filosofía racionalista, en que no creemos, en el orden jurídico, en verdades reveladas, ni en las reveladas por ciertas personas, ni en las reveladas por la ley. Creemos sólo en un juicio de hecho razonable, que se sostenga a sí mismo, en virtud de ciertas argumentaciones lógicas.

Empero, dentro de esta alternativa, encontramos diversas clases de grados, que dependen, si bien se piensa, de las exigencias que se imponga por la ley al juicio de razonabilidad, que son unas formales y otras substantivas.

Los grados son muchísimos y varían de un ordenamiento a otro, de manera que la confusión comienza cuando intentamos poner nombres, como libre convicción, íntima convicción, persuasión racional, sana crítica, apreciación en conciencia, etcétera. Así, el legislador de la Reforma ha obrado con entera corrección al omitir la definición formal, limitándose a consig-

nar las exigencias formales y substantivas que requiere imperativamente el juicio de razonabilidad de hecho de la sentencia.

Vamos, pues, a estudiar cuáles son estas exigencias, para, de este modo, precisar el entendimiento del nuevo sistema de apreciación de la prueba del CPP.

IV.10.1. Primera exigencia formal

La primera cuestión formal es que el CPP exige, en el art. 297, que los jueces ponderen la totalidad de la prueba producida y susceptible de ser apreciada, agregando, explícitamente, que debe ponderarse incluso y también la prueba desestimada, indicándose las razones de la desestimación. El análisis de la prueba producida debe ser, entonces, completo.

Acerca de esta materia, la novedad no es mayor, porque la Corte Suprema ha recogido este mismo criterio muchas veces, en el Código de 1906, en pronunciamientos de casación de forma.

Empero, a mí me parece que el legislador de la Reforma ha obrado de buen modo al explicitar tan categóricamente la necesidad de un análisis completo de la prueba, porque, en la práctica, es frecuente que los jueces sentenciadores omitan el análisis de mínimo rigor de la totalidad de la prueba rendida, siendo tal defecto excusado por la casación de la Corte Suprema, que, también, varias veces, ha relativizado gravemente su doctrina jurisprudencial, debilitando el carácter garantista de nuestro ordenamiento jurídico procesal.

IV.10.2. Segunda exigencia formal

La segunda cuestión formal es que el CPP exige, también en el art. 297, que la sentencia consigne cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, en una suerte de declaración de hechos probados, como es propio de otros sistemas jurídicos. Me parece que esta redacción es más feliz que la del N° 4º del art. 500 del Código de 1906, que aludía, en general, a los hechos de cargo y a los de descargo, lo cual ha admitido, en algunos casos, fallos relativamente vagos, sin que esto haya sido siempre censurado adecuadamente por la casación de la Corte Suprema.

IV.10.3. Tercera exigencia formal.

La tercera cuestión formal es que el CPP exige, también en el art. 297, que

el juez debe señalar determinadamente cuáles son los específicos medios de prueba en virtud de los cuales ha tenido por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias precitadas. Me parece necesaria, aquí, una digresión breve.

La prueba del juicio penal consiste, en resumen, en pruebas directas, como la confesión, la testimonial, usualmente la documental, y la observación de ciertos elementos materiales, así como en pruebas indirectas, como la pericial y los indicios, que son, en realidad, razonamientos, unos de expertos en cierta ciencia, técnica o arte, y otros, de letrados.

La prueba es indirecta, porque el juez debe recurrir a un razonamiento para la captación del hecho, que no le llega directamente. Pero la prueba indirecta tiene siempre sostén en una prueba directa, toda vez que la cadena del razonamiento siempre debe tener un hecho por principio, acreditable con prueba directa.

Pues bien, todo esto debe quedar claro en el fallo, en que debe señalarse a través de qué medios de prueba se tiene por establecido un hecho determinado, y, en el caso de la prueba indirecta, a través de qué medio se ha acreditado el hecho de base de la inferencia.

IV.10.4. Cuarta exigencia, formal y substantiva

La cuarta cuestión, también consignada en el art. 297, es formal y es substantiva.

En efecto, la ley exige que el enjuiciamiento de hecho razonable, que expresan los jueces del TJOP, explicando por qué a partir de un medio de prueba determinado debe concluirse en el establecimiento de un hecho también determinado, este juicio de razonabilidad, digo, "deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia". No hay mayores dudas acerca de qué significa esto, ni acerca de en qué principios se inspira.

Las expresiones legales significan que el razonamiento articulado por los jueces debe poder ser seguido, de principio a fin, sin lagunas racionales, esto es lo importante, sin lagunas racionales, por cualquiera persona lectora del fallo, por una persona dotada de entendimiento normal.

Esta norma se inspira, podríamos hablar latamente del tema, en las corrientes de la lógica argumentativa, que inspiran a las tendencias contemporáneas en la ciencia del derecho en general. No puedo extenderme en

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

ello. La lógica argumentativa tiene su cimiento en una base relativista, en cuanto da por admitido que al jurista le es imposible obtener y demostrar certeza acerca de la verdad pretérita. Eso no es posible y, por lo mismo, no puede ser exigido a la sentencia. Lo único que puede exigirse es que la decisión judicial se encuentre respaldada en un entendimiento racionalmente aceptable, entre los diversos entendimientos racionalmente aceptables que puedan concurrir en el caso concreto. No puede emitirse censura si el juicio no se comparte. Es el juez el que elige entre las alternativas aceptables, porque eso es todo lo que hay, alternativas de entendimiento aceptables, no existen las certezas absolutas.

Siendo esto así, lo que la ley quiere decir es que cualquiera persona de entendimiento normal, lectora del fallo, pueda seguir el razonamiento del juez y comprender por qué éste, a partir de tal medio de prueba, concluye en tal hecho. No se exige que todo lector concuerde en el entendimiento, basta con que sea un entendimiento aceptable, carente de lagunas racionales.

Entonces, esta exigencia de expresión de un juicio racionalmente aceptable tiene, a su vez, exigencias formales y substantivas.

Exigencias formales, en el sentido que el razonamiento debe expresarse en el fallo por medio de una proposición lingüística inteligible para el ciudadano medio.

Pero también las exigencias son substantivas, en el sentido que, precisamente, para que la fundamentación expresada carezca de lagunas racionales, es menester que los jueces, pese a obrar con libertad, sigan, como expresa el inciso primero del art. 297, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En lo que dice relación con los conocimientos científicamente afianzados, es poco lo que un abogado puede expresar, puesto que, precisamente, los métodos de análisis científico son desconocidos a los letrados, al menos a los letrados comunes, como quien esto expresa.

Al respecto, quisiera formular tan sólo algunos comentarios. Desde luego, cuando la ley habla de conocimiento científico, alude a una verdad experimentalmente demostrada y demostrable, en un campo en que las respuestas a las preguntas, para emplear el lenguaje de la informática, que está de moda, son binarias, son sí o no, y esta respuesta deriva de un análisis susceptible de comprobación cierta.

Seguidamente, cuando la ley agrega que tal conocimiento debe encontrarse afianzado, quiere decir una cosa y reconocer otra. Quiere decir que no basta con un dictamen pericial que se funde en un conocimiento científico relativamente nuevo, que no está afianzado en la comunidad científica. Y quiere reconocer, como es obvio, que las verdades científicas son también relativas, en el sentido que surgen ciertas tesis, que, andando el tiempo, se consolidan o no, y que, ulteriormente, pueden ser modificadas, matizadas, sustituidas. Dentro de esta relatividad, a efectos de nuestro sistema legal probatorio, importa el afianzamiento actual, a la época de la sentencia definitiva. Eso exigimos y con eso nos conformamos

También quiero expresar que el conocimiento científico, normalmente, arribará a la convicción judicial por medio de informes periciales. Es éste, en el Código de 1906, en mi opinión, el más peligroso de todos los medios de prueba. En efecto, los jueces están preparados para la crítica de la prueba testimonial, y les es posible, así, evitar los riesgos de mendacidad. Pero no lo están para la crítica de los informes periciales, que se expresan en documentos escritos. Así, la opinión del perito termina usualmente establecida en el fallo como una verdad de hecho, careciendo de suficientes obstáculos. Se encuentra aquí, en mi concepto, uno de los más notables avances de la Reforma, tanto en el sentido que los intervinientes pueden producir otros informes periciales susceptibles de ponderación judicial, como en cuanto los peritos deben concurrir al JO a exponer su informe y a responder a la interrogación crítica de los abogados, procedimiento que puede evidenciar, en su caso, tanto la carencia de preparación del perito, como la debilidad de los métodos de análisis y conclusiones que haya observado. Nada de esto era fácil en el sistema del Código de 1906.

En cuanto concierne a las máximas de experiencia, debe recordarse que se trata de un concepto formulado por primera vez por Stein, quien las define como "juicios hipotéticos, de contenido general, suministrados por la experiencia, los cuales, aunque ajenos al caso concreto, son deducidos de la observación de otros casos". No conozco, en Chile, desarrollos profundos acerca de las llamadas máximas de experiencia, que el CPP incorpora con fuerza tan rotunda entre nosotros, pero en otros sistemas, básicamente en el derecho europeo, el tema ha sido estudiado de modo acucioso.

Para otorgar alguna claridad acerca de esta materia, quiero partir de dos ejemplos de máximas de experiencia, que expresan sus dos categorías fundamentales en derecho probatorio.

El primero es el habitual de clase: "Si el imputado está físicamente hoy, a esta hora, en el Auditorium de la Universidad de Concepción, y ello es un hecho cierto, entonces no puede, en el mismo momento, estar en la Intendencia". Ergo, si alguien disparó hoy y a esta hora en la Intendencia, no fue, materialmente, el imputado, no fue uno de nosotros.

El segundo ejemplo lo extraigo de un caso real, ocurrido en España: "Si el imputado es un empresario aceitero, quien, durante el proceso de producción de aceite, realiza un procedimiento de extracción de la anilina, lo probable es que sepa que la anilina es un compuesto químico venenoso, porque lo probable es que la ejecución de la extracción obedezca a esa causa". Ergo, si no implementa un sistema de control de calidad de extracción de la anilina, y muere una persona, obra dolosa, o a al menos culposamente, en el homicidio.

Hay diferencias entre estas dos categorías de máximas de experiencia.

En efecto, puede demostrarse científicamente que si hoy estoy aquí, no puedo estar en otro lugar a la vez. Se trata de un conocimiento científico. ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre el conocimiento científico y la máxima de experiencia? Lo que ocurre es que, en esta categoría, la máxima de experiencia es, en realidad, un conocimiento científico, pero difundido y ordinario, derivable de la experiencia humana del hombre común, en términos tales que no es menester recurrir a la comprobación científica. Por ello, Stein dice que esta máxima de experiencia constituye un juicio hipotético y no una tesis, porque el juez no recurre, para establecer el hecho, a los métodos científicos de comprobación probatoria, bastándole su propio conocimiento. Esa es la única razón, pero, en realidad, la base está en un conocimiento científico, aunque vulgarizado. En esta categoría, la máxima de experiencia es un conocimiento científico, por decirlo así, de segunda clase.

En cambio, en el segundo ejemplo, el juicio es hipotético, porque involucra una opinión de probabilidad, que se afirma decisivamente a partir de la experiencia de los jueces, sobre la base de otros casos, pero no se trata de un conocimiento científico afianzado, toda vez que el juicio no es necesariamente cierto, o, a lo menos, su verdad no es científicamente demostrable. Por eso es hipotético. Lo que quiero decir es que, en esta segunda categoría, la máxima de experiencia admite un grado de probabilidades de veracidad, es un juicio hipotético de fuerte probabilidad, que, sin embargo, los jueces pueden considerar que está dotado de suficiente fuerza probatoria.

Finalmente, en lo que hace a las reglas de la lógica, el legislador alude claramente a las leyes abstractas que presiden el entendimiento humano. Siempre se ha entendido, por cierto, que se trata de las reglas fundamentales de la lógica.

De este modo, el enjuiciamiento de hecho debe ser:

a) congruente, en cuanto las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben ser concordantes entre sí, de modo que, de una parte, no pueden tener lagunas, y, de otra, no pueden ser contradictorias; y

b) inequívoco, en el sentido que el razonamiento no debe dejar lugar a dudas acerca de la razonabilidad de la conclusión; se insertan, aquí, los tradicionales principios de identidad, de contradicción y de tercero excluido.

Adicionalmente, el enjuiciamiento de hecho debe ser derivado, es decir, debe respetar la regla de razón suficiente, de modo que el razonamiento debe constituirse de inferencias razonables, establecidas cada una de ellas, en cadenas causales, a partir de otros hechos comprobados del mismo modo, hasta el punto en que el razonamiento parte de un principio; porque el principio no requiere de razón suficiente, en lógica.

Estas son, entonces, las exigencias substantivas de la posibilidad de reproducción del razonamiento que requiere el art. 297 para el enjuiciamiento de hecho.

IV.11. Convicción condenatoria

Por último, en cuanto al enjuiciamiento de hecho, el CPP recoge, en el art. 340, en términos similares al art. 456 bis del Código de 1906, la regla de convicción condenatoria, en el sentido que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Me gustaría, por cierto, extenderme en la doctrina de la duda razonable, así como en el análisis de la operación de las presunciones en el nuevo proceso penal, cuestiones, ambas, que revisten el máximo interés jurídico. El tiempo me lo impide.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

V. El enjuiciamiento jurídico de los hechos establecidos

Superada la etapa del establecimiento de los hechos, los magistrados deben abordar la etapa del enjuiciamiento jurídico de los hechos, materia en que tienen aplicación los principios propios de la Metodología de la Ciencia del Derecho, con las particularidades del Derecho Penal Substantivo.

¿Cuál es, entonces, la labor de razonamiento del juez en la sentencia definitiva?

En 1969, al TS de España le correspondió juzgar el caso de una joven que estaba penalmente acusada, sobre la base de una regla similar a nuestro art. 373 del CP, en razón de atribuírsele la conducta de haberse bañado en bikini en una concurrida playa de mar. La mujer quedó condenada por el delito de ultraje al pudor y a las buenas costumbres. Algo similar ocurrió en Chile, en el año 1972, en una playa nortina, con motivo de una dama que, urbi et orbi, evidenciaba su amor por un varón. Recurro a aquel ejemplo, porque en la próxima exposición, que tratará del recurso de nulidad, aludiré a él.

Pues bien, los jueces siguieron la clásica dinámica silogística.

Primero, por medio de actividades de percepción y experiencia, esto es, de mecanismos de prueba, establecieron el hecho que la joven, un día y hora determinados, vestida en bikini, se exhibió, en una playa de mar, concurrida por terceros. Se trata del enjuiciamiento del hecho al que ya nos hemos referido.

Segundo, definieron que este hecho establecido presentaba todas las singularidades subordinables en los conceptos distintivos o elementos típicos predefinidos en la regla legal que establecía, en España, el delito de ultraje al pudor y a las buenas costumbres, regla legal que, previamente, interpretaron con cierto sentido y alcance. Se trata del enjuiciamiento jurídico del hecho.

Tercero y en conclusión del silogismo, como la norma legal de base es, para el juez, norma de decisión, la joven debía recibir la sanción penal dispuesta por aquélla, que era privativa de libertad. Se tiene aquí la conclusión del enjuiciamiento jurídico del hecho, que forma parte de ésta.

Fíjense ustedes que, en cuanto al enjuiciamiento jurídico del hecho establecido, la ley procesal, en general, fija sólo dos reglas.

En primer lugar, en cuanto al abordaje posible de la calificación jurídica, ustedes saben que, entre nosotros, se ha dicho frecuentemente que la congruencia entre la acusación y la sentencia se limita al plano de los hechos, de modo que el juez, en principio, bien podría efectuar, en el fallo, una calificación jurídica distinta de la atribuida en la acusación. Así lo decía la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores, sobre la base del Código de 1906.

Algunas sentencias recientes, recogiendo tardíamente tendencias del derecho europeo, han concluido en que ello es así en la medida que el imputado haya tenido posibilidad de defenderse de esa nueva calificación jurídica, por ser ella avizorable a partir de los hechos contenidos en la acusación, y en la medida, también, que la sanción penal resulte equivalente o inferior. En cualquier caso, es materia que no está nada de clara en Chile. Pues bien, el CPP se hace cargo de este problema, en el art. 341, estableciendo, como regla general, que "la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación", acotación normativa que incluye tanto la cuestión de hecho, como la cuestión de calificación jurídica. Tal es la regla general.

Empero, los incisos siguientes salvan el problema y establecen que los jueces pueden otorgar a los hechos una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación, o apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes de responsabilidad no contenidas en ella, con tal que, durante, la audiencia, hubieren advertido a los intervinientes, de modo que éstos hayan podido debatir al respecto. De modo que, conforme a esta norma, la calificación jurídica puede ser diversa de la de la acusación, y, desde luego, puede ser más grave. No es un rasgo propio del sistema acusatorio, pero así es en nuestro CPP, algo híbrido en el orden de los principios.

Mas si uno o más de los jueces, durante la deliberación, esto es, ya cerrado el debate, advierten la posibilidad de una calificación jurídica distinta de la que es objeto de la acusación, que no ha sido debatida, entonces deberán, imperativamente, reabrir la audiencia, para que pueda debatirse a su respecto. Tengan en cuenta que esto no puede hacerse respecto de circunstancias agravantes. Cerrado el debate, no pueden ya considerarse circunstancias agravantes que no hayan sido objeto de la acusación o de advertencia en audiencia.

En segundo lugar, la ley prescribe, en la letra d) del art. 342, que la sentencia definitiva debe contener "las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias y para fundar su fallo", mejorando la redacción que contenía el art. 500 del Código de 1906.

VI. Generación de la sentencia definitiva

VI.1. Art. 339: Deliberación privada de los jueces

Con arreglo al art. 339, una vez que se ha declarado cerrado el debate del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el art. 338.3, pero siempre durante la audiencia de JO, los jueces pasarán a deliberar privadamente acerca del contenido de la sentencia definitiva, que es lo mismo que decir acerca del enjuiciamiento de hecho, del enjuiciamiento jurídico del hecho y de la aplicación de la consecuencia jurídica que corresponda a dicho enjuiciamiento jurídico, esto es, la condena o la absolución.

En cuanto a la definición de las decisiones, conforme al art. 19 del COT, deben observarse las normas de los acuerdos en las Cortes de Apelaciones, con algunas particularidades: a) sólo pueden participar en la deliberación y fallo los jueces que hubieren asistido a la totalidad del juicio oral; b) la decisión debe ser adoptada por la mayoría de los miembros de la sala; y, c) en caso de dispersión de votos, el juez que sostuviere la opinión más desfavorable al imputado debe optar por alguna de las otras, y, si hubiere desacuerdo acerca de cuál es la opinión más desfavorable, prevalecerá la opinión que cuente con el voto del presidente de la sala.

Debe dejarse constancia de la eventualidad de reapertura del debate de la audiencia (art. 341), en evento de posibilidad de cambio de calificación jurídica, la que puede surgir a propósito de la deliberación, como ya dijimos.

Conforme al art. 343, apenas concluida la deliberación privada, la sentencia definitiva debe ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado, por cada uno de los delitos imputados, indicándose los fundamentos principales tomados en consideración para arribar a las conclusiones decisivas respectivas.

Sólo en el evento que la audiencia del JO se haya prolongado por más de dos días y la complejidad del caso impida pronunciar la decisión inmediatamente, conforme al propio art. 343, el tribunal puede prolongar su deliberación privada por veinticuatro horas, comunicándolo a los intervinientes y fijando, de inmediato, la oportunidad en que dará a conocer la decisión.

En lo que dice relación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que, conforme a su específica naturaleza, sean inherentes al hecho punible, es decir, que tengan que ver con sus modalidades, se

aplican las mismas reglas precedentemente analizadas para los efectos de la decisión básica o fundamental de la sentencia. La cuestión de la concurrencia o inconcurrencia de las demás circunstancias modificatorias puede reservarse para el momento de determinación de la pena.

VI.2. Art. 344: Redacción del fallo

Conforme a esta regla, los jueces pueden, a la vez que comunicar la decisión básica, determinar pena en su caso, redactar el fallo y leerlo de inmediato. Pero también pueden diferir la determinación de pena y la redacción, hasta por cinco días, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura del fallo. Si esto no ocurre, debe fijarse nueva audiencia, para realizarse dentro de siete días de la comunicación primitiva, bajo sanción de nulidad del JO.

VI.3. Art. 345: Determinación de pena y cumplimiento

Dentro de los plazos de redacción, los jueces tienen la facultad discrecional de citar a los intervinientes a una audiencia, para deliberar acerca de los factores que tengan relación con la determinación de la pena y con las modalidades de cumplimiento, por ejemplo, a través de medidas alternativas. Esta audiencia, en su caso, no suspende el plazo de redacción.

VI.4. Art. 346: Audiencia de lectura de sentencia y notificación

Una vez redactada la sentencia, se la dará a conocer a los intervinientes y al público en general, en la llamada audiencia de lectura de sentencia, en la que ésta se entenderá notificada, tanto a asistentes como a inasistentes.

VII. Contenido substantivo de la decisión penal

VII.1. Las excepciones de previo y especial pronunciamiento

Debe recordarse que, con arreglo al art. 263, hasta la víspera de la APJO, por escrito, o al inicio de ésta, oralmente, el acusado puede deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, admitiéndose, en ese carácter: a) la incompetencia del JG; b) la litis pendencia; c) la cosa juzgada; d) la falta de autorización para proceder criminalmente; y e) la extinción de responsabilidad penal. Luego, conforme al art. 271, por regla general, estas excepciones deben ser debatidas y falladas por el JG en la APJO, en resolución que es apelable.

Sin embargo, hay dos casos en que estas excepciones pueden ser debatidas en el juicio oral, y, por ende, falladas en la sentencia definitiva que estamos analizando:

a) conforme al art. 265, el acusado puede abstenerse de plantear las excepciones de cosa juzgada y extinción de responsabilidad penal para discusión en la APJO, en cuyo caso puede más tarde plantearlas en el juicio oral; y,

b) tratándose de las mismas excepciones de cosa juzgada y de extinción de la responsabilidad penal, el juez puede acoger una o más de ellas y decretar el sobreseimiento definitivo, en la medida que los antecedentes de la investigación sean suficientes para justificar esa decisión; en todo caso contrario, el JG debe reservar el asunto para el debate del juicio oral, mediante resolución que es inapelable.

VII.2. Decisión penal

Obviamente, la decisión penal básica es la de absolución o condena de cada acusado, por cada delito imputado en la acusación.

En evento de sentencia condenatoria, surgen las decisiones de determinación de pena, medidas alternativas al cumplimiento de la pena, fijación de tiempo efectivo y abono, comiso o restitución de instrumentos o efectos de delito, y reconstitución, cancelación o modificación de documentos declarados falsos.

VII.3. Costas

Finalmente, conforme a los arts. 341 letra f) y 45, la sentencia definitiva debe contener el pronunciamiento sobre costas procesales y personales, con arreglo a las normas del Párrafo 7º del Título II del Libro I.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal[1]

Mario Rojas Sepúlveda
Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. La impugnación de la sentencia definitiva en el Código de 1906

Durante la generación del nuevo CPP, el régimen de impugnación de la sentencia definitiva constituyó una de las materias de más difícil decisión legislativa, tanto así que el texto promulgado corresponde a la proposición del Senado, concebida recién en segundo trámite constitucional, proposición que alteró substantivamente el proyecto del Ejecutivo, así como la idea previamente aprobada por la Cámara de Diputados.

Como sabemos, la cultura jurídica nuestra, en el ámbito procesal penal, derivada del Código de 1906, corresponde a la de un proceso jurisdiccional de doble instancia (arts. 510 y ss.), en cada una de las cuales puede y debe abordarse tanto el enjuiciamiento de los hechos, como su enjuiciamiento jurídico. La primera instancia está a cargo de un tribunal letrado y unipersonal, normalmente un juez de letras, y la segunda instancia compete a un tribunal letrado y colegiado, usualmente una Corte de Apelaciones. La doble instancia, que se construye a través del recurso de apelación, a más de la retrógrada institución de la consulta, es sin perjuicio de la potestad de la Corte de Apelaciones de casar de forma los fallos de los jueces letrados, surgida del art. 535, que remite al art. 775 del CPC.

El fallo de segundo grado, a su vez, puede ser objeto de impugnación para ante la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación, admisible en su especie de forma por doce clases específicas de infracción de leyes procesales, en que ha podido incurrirse tanto durante la tramitación del proceso, como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, vicios que define el art. 541 del Código de 1906, y, en su especie de fondo, por siete tipos determinados de aplicación errónea de la ley penal, vicios que define el art. 546 del mismo cuerpo legal.

---

[1] Texto de charla pronunciada por el autor el 9 de noviembre de 2001 en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público.
El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por el profesor de Introducción al Derecho de la Universidad del Desarrollo, Sr. Fernando Rojas Sepúlveda.

Por consiguiente, nuestro régimen recursivo presenta algunos rasgos distintivos clarísimos.

Primero, la doble instancia, que es de hecho y de derecho. Debe recordarse, a este efecto, que el art. 8º numeral 2º letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica establece, en cuanto garantía judicial mínima, el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Adicionalmente, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, en el mismo carácter, el derecho del acusado a que "el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior". Siendo así, la restricción del contenido posible del recurso, en tanto no viene asumida explícitamente por las convenciones internacionales de derechos humanos, es pasible del riesgo jurídico de infracción de la garantía judicial mínima. En cambio, la doble instancia, de contenido amplio, fáctico y jurídico, no enfrenta este temor.

Segundo, la circunstancia que del recurso de casación en el fondo, esto es, de la infracción de ley penal, conoce exclusivamente la Corte Suprema, a través de la Sala Penal. Por medio de este rasgo distintivo se busca que el recurso de casación en el fondo constituya no sólo un mecanismo de impugnación de parte, de protección de intereses individuales, sino, además, un modo de establecer la interpretación y aplicación uniforme de la ley, en obsequio de la igualdad ante ésta, que asegura a todas las personas, al menos en abstracto, el art. 19 numeral 2º de la CPE.

Y, tercero, que los hechos establecidos por los jueces de las instancias, por regla general, no pueden ser modificados por la Corte Suprema, porque, ante ésta, el debate es, exclusivamente, de derecho. Pero se trata, simplemente, de una regla general, que tiene excepciones importantes.

En primer lugar, en materia de casación de forma, si la Corte Suprema acoge el recurso, debe invalidar el fallo de segunda instancia, y, en ciertos casos, dictar la sentencia de segundo grado que crea conforme a la ley y al mérito de los autos (art. 544.3), en cuyo caso ejerce, sin duda, una competencia substitutiva plena de segunda instancia, de modo que dispone de las mismas facultades amplias de las Corte de Apelaciones, con lo que, siempre sobre la base del mérito de los autos, bien puede fijar los hechos de la causa con arreglo a su propia ponderación.

Y en segundo lugar, si bien es cierto que, en materia de casación de fondo, si se hace lugar a éste, la Corte Suprema debe normalmente respetar en su nuevo fallo de reemplazo los hechos que venían establecidos después de las instancias (art. 535 en relación con el art. 785 del CPC), es también

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

cierto que, además, puede, por vía de casación de fondo, conocer de la infracción de leyes reguladoras de la prueba, esto es, de ciertas normas de nuestro sistema probatorio que imponen a los jueces del fondo algunas conductas imperativas, sobre la base de exigencias objetivas, de modo que, por esta vía, puede anularse el fallo de segunda instancia y establecerse los hechos de una manera distinta a la que venía decidida en las instancias.

Cabe recordar que la eventual revisión de los hechos establecidos por las Cortes de Apelaciones, en la segunda instancia, así como por la Corte Suprema en los casos precitados, no planteaba mayores problemas técnicos, puesto que la prueba debía ser apreciada tal y como aparecía de las actas y documentos que obran en el expediente del caso, que reúne los resultados, como está de moda decir, de una especie de encuesta escrita. Siendo así, ninguno de los tres órganos jurisdiccionales que obran en el proceso penal se encuentra en ventaja, respecto de otro, en cuanto a la aptitud de ponderación de la prueba, desde que todos tienen a la vista el mismo expediente escrito, esto es, idéntico mérito de los autos, al que han debido estarse los jueces del fondo (art. 43 en relación con el art. 160 del CPC).

La caracterización del régimen de impugnación del fallo de nuestro Código de 1906 supone recordar, como una cuestión normativa muy singular del sistema, la amplísima competencia de los Tribunales Superiores, que no se limita al puro ámbito del recurso procesal planteado.

Así, la Corte de Apelaciones que conoce del recurso de apelación, conforme al art. 527, tomará en consideración las cuestiones de hecho y de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda el fallo de primera instancia. Adicionalmente, el tribunal de alzada, con arreglo al art. 528, puede siempre modificar el fallo en un sentido desfavorable al apelante, aunque éste sea el propio imputado. Finalmente, en cuanto a las Cortes de Apelaciones, ellas pueden casar de forma de oficio, porque así lo dispone el art. 535, en cuanto remite ampliamente al art. 775 del CPC.

De otra parte, conforme a los arts. 533 y 534, toda sentencia definitiva condenatoria que imponga una o más penas que excedan de un año de privación o restricción de libertad o que incidan en proceso que verse sobre delito a que la ley señale pena aflictiva, que no sea revisada por el tribunal de alzada por medio de apelación, debe serlo por la vía de la consulta, con las mismas potestades de revisión que son propias del recurso de apelación, ya recordadas.

En lo que hace, ahora, a la Corte Suprema, ésta puede casar de forma de oficio con la misma amplitud que se acaba de mencionar, en virtud de idénticas reglas; luego, puede casar en el fondo de oficio, con arreglo al art. 535, que remite al art. 785.2 del CPC, en la medida que deseche una casación en el fondo por defecto de formalización del recurso, limitación que, empero, la Corte Suprema ha interpretado con progresiva liberalidad; seguidamente, si casa en el fondo, la Corte Suprema puede imponer al imputado una pena más severa que la dispuesta por el fallo invalidado, aunque el recurso haya sido interpuesto por él mismo, porque así lo dispone el art. 548.1; de otra parte, si la Corte Suprema casa de forma, bien de oficio, bien acogiendo recurso, dispone de la misma competencia substitutiva y amplia de segunda instancia a que nos hemos referido al tratar de las potestades de las Cortes de Apelaciones.

Finalmente, por si no bastare, a todo esto se agrega que la Corte Suprema, en razón de lo dispuesto en el art. 79 de la CPE, tiene la superintendencia correctiva plena, de modo que, conforme al art. 540.1 del COT, actuando de oficio, puede modificar o invalidar cualquier clase de resoluciones judiciales, potestad que la Corte Suprema ha ejercido muchas veces en los últimos años en el orden penal.

Me he permitido recordar estos rasgos distintivos del régimen de impugnación de la sentencia definitiva en el Código de 1906, porque el nuevo texto legal promulgado, así como el análisis de las discusiones surgidas durante el proceso legislativo, demuestra que estos grandes temas, que se han descrito, rondaron por los cerebros de los miembros del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, generando graves dudas. Por ende, les pido que tengamos en cuenta los rasgos distintivos del sistema actual, mientras vamos revisando la normativa del nuevo CPP, de modo de constatar, paso a paso, cómo la Reforma ha transformado notablemente el régimen de impugnación de la sentencia definitiva, modificando, podríamos decir, nuestra cultura de las impugnaciones procesales, así como, igualmente, nuestra cultura de potestades de los Tribunales Superiores. En efecto, desde un sistema en que el régimen recursivo excede con mucho el ámbito de las impugnaciones de parte interesada, para constituir, en realidad, un sistema de estricto control del proceso penal, a cargo de los Tribunales Superiores, estamos transitando a un régimen nuevo, en que la impugnación se convierte en un sistema de verdaderos recursos procesales, a cargo y en interés de los intervinientes, privándose a los Tribunales Superiores de las exorbitantes facultades que han ejercido durante un siglo.

II. Normativa del recurso de nulidad

El CPP contiene un Libro III, destinado al tratamiento de los recursos procesales, que se divide en cuatro títulos. El Título I trata de las disposiciones generales de los recursos procesales, el Título II concierne al recurso de reposición, el Título III se refiere al recurso de apelación y es el Título IV el atinente a las normas especiales del recurso de nulidad.

De manera que, evidentemente, la normativa especial del recurso de nulidad se encuentra, básicamente, en el Título IV del Libro III, esto es, entre los arts. 372 y 387.

Empero, en la gradación normativa, hay que acudir, inmediatamente después de estas normas especiales, a las llamadas Disposiciones Generales que consagra el Título I del Libro III, entre los arts. 352 y 361, las cuales, en mi opinión, no contienen normas que se contradigan con las reglas del Título IV. En cuanto a esta remisión a las Disposiciones Generales del Título I del Libro III, hay que advertir, además, que éste contiene el artículo 359, acerca de prueba de causal de la impugnación, que es atinente, exclusivamente, al recurso de nulidad.

Seguidamente, después de estas Disposiciones Generales del Título I del Libro III, por imperio del art. 361, es necesario acudir, supletoriamente, a las reglas del Título III del Libro II. Como saben, el Libro II del CPP contiene la regulación del procedimiento ordinario, con sus fases de investigación, de APJO y de JO. Las normas a que se nos remite por el art. 361 son las reglas del JO, entre las que se encuentran, por citar algunas de las relevantes a este efecto, las del Párrafo 10º, atinentes a la sentencia definitiva, acto procesal de que hemos tratado en exposición anterior.

Sólo en defecto de las reglas de JO, podemos, en virtud del art. 52 del CPP, acudir a las normas del Libro I del CPC, en que encontramos reglas, por ejemplo, acerca de la vista de la causa, que tienen aplicación sólo en la medida que no se encuentren alteradas por los mandatos del CPP.

Finalmente, en este orden normativo, no podemos olvidar otras reglas del propio CPP que se relacionan con el recurso de nulidad. Así, el art. 399, que establece su admisibilidad respecto de la sentencia definitiva que compete dictar al juez de garantía en el procedimiento simplificado, cuestión que no debe mover a asombro, toda vez que, en ese contexto, el juicio es oral, con la salvedad que es substanciado ante tribunal unipersonal. Lo propio, respecto de la sentencia definitiva en el procedimiento de delito de acción privada, con arreglo al art. 405, en relación con el art. 399. Por

último, conforme al art. 450, el fallo del procedimiento de extradición pasiva es igualmente susceptible del recurso de nulidad, aunque con restricción de causales.

Hay, por último, otro precepto del CPP que concierne al recurso de nulidad, que se encuentra establecido en el art. 165, inserto en la normativa especial de la nulidad procesal penal, que concierne a preparación del recurso de nulidad, como se dirá en su momento, así como a aclarar que es éste el único medio legal que admite que el proceso penal se retrotraiga, en algunos casos, a una fase anterior, lo cual, en general, no puede ocurrir con motivo de la declaración de nulidad procesal penal.

III. Cobertura del recurso de nulidad

Pese a la lingüística un tanto ambigua del art. 372, punto que ha sido reparado por la doctrina, no cabe ninguna duda que la única resolución impugnable por medio del recurso de nulidad es la sentencia definitiva, sea que ésta se haya dictado en el JO del procedimiento ordinario (art. 372), en el JO del procedimiento simplificado (art. 399), o en el JO del procedimiento de acción penal privada (art. 405 en relación con el art. 399). Adicionalmente, es susceptible del recurso de nulidad la sentencia que resuelve acerca de la solicitud de extradición pasiva (art. 450).

La lingüística del art. 372 es relativamente ambigua, en cuanto dispone que el recurso de nulidad se concede para invalidar el JO y la sentencia definitiva, expresiones que permitirían concebir, en lectura ligera, la impugnación, por esta vía, de determinadas resoluciones dictadas durante el JO. Empero, a partir del saldo de la normativa, no cabe duda alguna que sólo pueden impugnarse las resoluciones judiciales que se han expresado previamente.

Es interesante acotar, en cuanto al procedimiento abreviado, que, conforme al art. 414, "la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnable por apelación", de modo que dicha resolución no puede ser objeto del recurso de nulidad. Seguidamente, la sentencia definitiva de segundo grado en el procedimiento abreviado, cuyo pronunciamiento compete a la Corte de Apelaciones, tampoco es susceptible de recurso de nulidad.

De otro lado, si se tiene presente que el recurso de nulidad constituye un cierto híbrido entre el recurso de apelación y el recurso de casación, empero con fuerte raíz en este último, es importante también acotar que en

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

el Código de 1906 eran impugnables por medio de casación de forma las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hicieren imposible su continuación, y, por medio de casación de fondo, las mismas sentencias, en la medida que fueren inapelables y que se hubieren dictado por Cortes de Apelaciones.

Así, v. gr., las resoluciones de primera instancia que dictan sobreseimiento definitivo (art. 408), las que declaran la inadmisibilidad de la querella por no ser constitutivos de delito los hechos expuestos en ella (art. 102), y la que niega a dar curso al juicio por encontrarse extinguida la responsabilidad penal del imputado (art. 107), eran susceptibles no sólo del recurso de apelación, sino, también, del recurso de casación en la forma, así como las resoluciones de segunda instancia que confirmaban esos pronunciamientos, o que los establecían por vía de revocación o de modificación del fallo de primer grado, eran susceptibles, para ante la Corte Suprema, tanto del recurso de casación en la forma, como del recurso de casación en el fondo (art. 535 en relación con los arts. 766 y 767 del CPC).

En cambio, en el nuevo CPP, no hay ninguna duda en orden a que esos pronunciamientos del juez de garantía (arts. 114, 250 y 271) no son susceptibles de recurso de nulidad de que podría eventualmente conocer la Corte Suprema, según se dirá, sino sólo del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones (arts. 115, 253, 271 y 370).

De este modo, el recurso de nulidad, en cuanto sucedáneo jurídico del recurso de casación, se constituye por el nuevo CPP como un instrumento bastante limitado en su cobertura. Si esta restricción es atinada o no, es cuestión que el tiempo dejará ver en el sentido que corresponda. A mí, en razón de la experiencia práctica, que me ha permitido observar en muchos casos ciertos errores de derecho ostensibles que transcurren llanamente por las dos instancias y que recién pueden superarse en la Corte Suprema, no me parece que la restricción, quizás defendible en teoría, sea razonable en la praxis.

IV. Objeto jurídico del recurso y desembocadura del proceso

Con arreglo al art. 372, el recurso de nulidad "se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta", de modo que, en evento de acogerse la impugnación, en el fallo del recurso, regulado por el art. 384, quedará declarada la nulidad, en ciertos casos, del juicio oral y de la sentencia definitiva dictada en él, y, en otros casos, sólo de la sentencia definitiva, manteniéndose la eficacia del juicio oral.

Me interesa despejar de inmediato una confusión en que es posible incurrir. Como se sabe, en los vicios que tornan procedente el recurso de nulidad puede incurrirse, alternativamente, durante la substanciación del juicio oral o bien en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, de modo que podría pensarse, en principio, en que si en el vicio se ha incurrido durante la tramitación del juicio oral, entonces habrán de invalidarse éste y la sentencia definitiva, y, en cambio, que si en el vicio se ha incurrido en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, entonces habrá de invalidarse sólo esta última.

Fíjense ustedes que esto podría pensarse no sólo por lógica lineal, sino también porque es éste el criterio que se sigue en el Código de 1906. En efecto, con arreglo al art. 544, en materia de casación de forma ocurre precisamente que si en el vicio se incurre en el pronunciamiento de la sentencia definitiva (causales 9ª, 10ª y 11ª del art. 541), entonces se invalidará el fallo recurrido y se dictará la nueva sentencia que el tribunal ad quem crea conforme a la ley y al mérito del proceso; y, en cambio, si en el vicio se ha incurrido durante la substanciación del juicio, entonces, conforme a los arts. 535 y 544, que remiten al art. 786 del CPC, se invalidará desde luego el fallo bajo examen y se retrotraerá el proceso hasta un estado anterior quedando desde luego anuladas las actuaciones judiciales posteriores al estado de retracción. Ahora bien, tratándose de la casación de fondo, conforme lo previene el art. 535, en cuanto remite al art. 785 del CPC, como en la errónea aplicación de ley penal se incurre en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, entonces es sólo ésta la que queda invalidada, aun cuando, recordemos lo que sabemos, la invalidación plena del fallo es sólo formal, porque, substantivamente, según dispone el propio art. 785 del CPC, la sentencia de reemplazo debe reparar el error de derecho en que se ha incurrido, pero debe atenerse "al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido", y, además, debe reproducir "los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste".

De modo que la cultura impugnativa a que estamos acostumbrados, con el Código de 1906, sigue el criterio lineal: si en el vicio se incurrió durante la substanciación del juicio, entonces quedan anulados el fallo y la parte que corresponda del proceso, y, en cambio, si en el vicio se incurrió en el pronunciamiento del fallo, entonces sólo éste queda anulado.

Este criterio cambia notablemente en el nuevo CPP, porque los arts. 384 a 386 regulan la materia de un modo diferente.

En primer lugar, la regla general consiste en que, en evento de acogerse la impugnación, entonces la Corte debe anular tanto el juicio oral, como la sentencia impugnada, sin que el criterio anulatorio de distinción coincida con el antiguo, o, dicho en otros términos, es perfectamente posible que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento de la sentencia, y, pese a esto, quede anulada no sólo la sentencia, sino adicionalmente el juicio oral.

En efecto, para que proceda sólo la nulidad de la sentencia, perseverando la eficacia del juicio oral, deben concurrir tres requisitos copulativos, el último de los cuales configura, a su vez, tres hipótesis alternativas: a) que la causal de nulidad no se refiriera a formalidades del juicio; b) que la causal de nulidad no se refiriera a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados; c) que la causal de nulidad incida en alguno de los siguientes tipos concretos de vicios: c.1) el fallo califica de delito un hecho que la ley no considera tal; o c.2) el fallo aplica una pena cuando no procediere aplicar pena alguna; o c.3) el fallo impone una pena superior a la que legalmente correspondiere.

Esta norma es muy rica en consecuencias y son muchas las situaciones que pueden plantearse. Empero, por ahora, fíjense ustedes que en todo caso en que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, entonces habrá de anularse tanto dicho fallo, como el juicio oral, por imposibilidad jurídica de cumplir con el tercer requisito de la regla legal de excepción del art. 385, de modo que deberá repetirse el juicio oral en su integridad.

Relativamente al mismo tema, si la sentencia es condenatoria, es perfectamente posible que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento del fallo y, de todos modos, deba anularse tanto éste como el juicio oral, por ejemplo, en el caso que se haya aplicado una pena diferente a la legalmente procedente, puesto que tampoco se cumple con dicho tercer requisito.

Esta novedad, pese a que resultaba completamente obvia a partir de los arts. 384, 385 y 386.1, el legislador la reitera y aclara, para que su voluntad quede completamente patente, en el inciso segundo de esta última regla: "no será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia".

En segundo lugar, como dijimos, en el Código de 1906 era posible anular el fallo y una parte del juicio, no necesariamente todo éste, puesto que, en el evento que en el vicio se hubiere incurrido durante la substanciación del

proceso, entonces, conforme a lo dispuesto en el art. 544, en cuanto éste remite al art. 786 del CPC, "la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso", sin incorporar restricción alguna, de modo que si, por ejemplo, se había omitido realizar en forma el acto de contestación de la acusación (art. 541 numeral 12º en relación con el art. 448), entonces podía retrotraerse el proceso hasta el estado de evacuarse en forma esa contestación, dividiéndose así el juicio plenario en dos secciones, puesto que éste había comenzado antes con la acusación de oficio y, en su caso, la adhesión o acusación particular del querellante.

En cambio, en la normativa nueva que estamos analizando, no es posible dividir en dos secciones el juicio oral, en términos tales que si procede invalidar, además del fallo, el juicio oral, siempre queda anulado todo éste, debiendo realizarse uno nuevo, como queda claramente establecido en los arts. 384.2 y 386.1, de manera que cuando esta última norma manda que la Corte deberá determinar el estado en que queda el procedimiento, lo manda con esta restricción de necesaria nulidad integral del juicio oral propiamente tal, refiriéndose sólo a cuestiones accesorias, como, por ejemplo, qué ocurre con la prisión preventiva del imputado, que bien puede haberse dispuesto sólo en la fase de juicio oral (art. 142.1).

En tercer lugar, en el sistema del Código de 1906, atendida la amplitud de la regla del art. 544, en cuanto remite al art. 786 del CPC, anulada por casación de forma la sentencia definitiva y parte del proceso, era perfectamente posible invalidar todo el juicio plenario y una parte de la investigación sumarial, reponiéndose la causa, por ende, al estado de ésta, a la investigación sumarial.

En cambio, en el sistema nuevo del CPP, no es posible, nunca, retrotraer el proceso ni a la fase de investigación, ni a la fase de preparación de juicio oral. El CPP es extremadamente consistente en este orden. Conforme al art. 161, como expresé en mi exposición anterior, el CPP predefine, de derecho, la validez de las actuaciones judiciales de la fase de investigación, en el sentido que impide reclamar la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral. Luego, al tratar de los efectos de la declaración de nulidad procesal penal, en el art. 165, el CPP previene que si en la APJO se declara la nulidad de actuaciones de la fase de investigación, nunca se reabrirá ésta, agregando, de otra parte, que ninguna nulidad declarada durante la audiencia del juicio oral permitirá retrotraer la causa a la fase de investigación y ni siquiera a la APJO. En similar orden, si bien el art. 165 dispone que con motivo del fallo del recurso de nulidad podrá retrotraerse la causa a una etapa anterior, ello es sólo en la medida que "correspondiere" y, con

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

arreglo a las normas de los arts. 384 a 386, sólo es jurídicamente posible declarar la nulidad del juicio oral, a objeto que se realice uno nuevo, pero no es posible regresar, ni a la fase de investigación, ni a la APJO.

Por lo demás, este criterio es muy coherente, desde que la revisión de los vicios que admiten el recurso de nulidad (arts. 373 y 374), ocurre que en todos ellos puede incurrirse durante la tramitación del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, con la salvedad, quizás, del vicio contemplado en la letra c) del art. 374, que puede plantear alguna duda.

V. Carácter extraordinario del recurso de nulidad y derivación de limitación de competencia

No es dudoso que el CPP configure al recurso de nulidad como un medio de impugnación extraordinario, tanto en razón de la limitación de resoluciones reclamables, cuestión ya analizada, como en razón de la limitación de causales de procedencia.

Como se sabe, un recurso es ordinario cuando la ley lo otorga con el objeto de reparar cualquier clase de error del fallo reclamado, bien *in procedendo*, bien *in iudicando*, y sea que se haya incurrido en él durante la substanciación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia.

Por ende, tratándose del recurso ordinario, cuya especie típica es el recurso de apelación, la medida de competencia posible del tribunal ad quem es, en abstracto, la misma medida de competencia posible del tribunal a quo, aunque dicha medida, en concreto, debe circunscribirse a la medida específica del contenido del recurso efectivamente deducido, limitación esta última que, como está dicho, no concurre en el Código de 1906.

Por el contrario, tratándose de un medio de impugnación extraordinario, como queda configurado en el CPP el recurso de nulidad, la medida de competencia posible del tribunal ad quem queda estrictamente limitada al conocimiento y fallo de las causales que lo tornan procedente y se han invocado en la impugnación. Es por ello que el art. 384, al tratar del fallo del recurso de nulidad, establece con palmaria claridad que éste debe pronunciarse acerca de las "cuestiones controvertidas", constituidas por "la o las causales" que se hayan invocado en el acto procesal de interposición, de modo que el legislador fija estrictamente la medida de competencia posible del tribunal ad quem, cuestión propia de todo recurso extraordinario.

VI. Nulidad oficiosa

Variando enteramente el sistema del Código de 1906, precedentemente descrito, el legislador de la Reforma, por regla general, no admite que el Tribunal Superior, cognoscente del recurso de nulidad, pueda ejercer de oficio las potestades de invalidación del juicio oral y de la sentencia definitiva o sólo de ésta, precisamente porque en el CPP, ahora, el régimen de la impugnación se concibe como un sistema de recursos procesales, a disposición de los intervinientes, para éstos y en interés de éstos, de modo que la competencia se limita al recurso de nulidad interpuesto y a las causales en que se lo ha fundado por el recurrente. No estamos frente a un sistema de control que competa ejercer a los Tribunales Superiores.

Esta regla general se sujeta a una sola excepción, prevista en el art. 379.2 conforme al siguiente texto: "Con todo, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que se hubiere deducido en favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el art. 374".

De manera que la potestad oficiosa se sujeta necesariamente a cinco condiciones, que deben concurrir copulativamente: a) que se hubiere deducido el recurso de nulidad; b) que lo hubiere sido en favor del imputado; c) que en el recurso se haya invocado un motivo de nulidad; d) que concurra un motivo de nulidad distinto del esgrimido por el recurrente; y e) que el motivo concurrente sea uno de los llamados motivos absolutos de nulidad, consagrados por el art. 374.

En torno a esta regla de excepción, me parece que tiene interés comentar algunas cuestiones:

1. Diversamente de cuanto acaecía en el Código de 1906 (art. 535 en relación con el art. 775 del CPC), la potestad anulatoria de oficio sólo puede ejercerse en la medida que la Corte se encuentre conociendo de un recurso de nulidad, de modo que no puede hacerse uso de ellas en el conocimiento de cualquiera incidencia, como lo sería, por ejemplo, el conocimiento en segundo grado de una cuestión accesoria planteada con motivo de la ejecución de la decisión civil del fallo (art. 472).

2. Desaparece el instituto que conocemos como el de la casación de fondo de oficio, precedentemente comentado, puesto que los motivos a que puede acudir la Corte para invalidar oficiosamente son, única y exclusivamente, los consagrados en el art. 374, que no cubren la errónea aplicación del derecho.

3. De la lectura del art. 379.2 queda la impresión que a esta potestad anulatoria oficiosa sólo puede acudirse en la medida que la sentencia haya sido condenatoria, puesto que supone que se hubiere deducido recurso a favor del imputado y es posible que tal haya sido la idea del legislador. Empero, esto no es nada de claro. Recuerden ustedes que el CPP, innovando respecto del Código de 1906, ha establecido, en el art. 67, el principio de independencia de la acción penal, respecto de la acción civil, de modo que la sentencia definitiva puede absolver en lo penal y, no obstante, acoger la acción civil, como ocurriría, por ejemplo, si se absuelve en virtud de la concurrencia de una excusa legal absolutoria criminal, como la prevista en el art. 489 del CP. De este modo, el imputado, que, como sabemos (art. 59), es el único sujeto pasivo posible de la acción civil en el proceso penal, bien ha podido plantear el recurso de nulidad en cuanto agraviado por la decisión civil, caso en el cual, en virtud de esta regla, puede terminar con su absolución anulada, debiendo repetirse el juicio oral.

VII. Causales generales del recurso de nulidad

Se encuentran establecidas en el art. 373, disposición que establece dos hipótesis anulatorias, la primera de ellas atinente a la infracción de garantías, y la segunda, a la errónea aplicación del derecho.

El enunciado general de esta regla merece comentario. El precepto establece que, frente a las dos hipótesis que consagra, "procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia", de modo que la norma parece implicar que, frente a esta clase de vicios, habrá de invalidarse tanto el fallo, como el juicio oral, el que habrá de repetirse. Empero esto no es así, porque la regla debe interpretarse de modo coherente y armónico con los arts. 384 a 386, preceptos ya analizados y que, como sabemos, establecen los casos de excepción en que la Corte habrá de anular sólo la sentencia y proceder a dictar otra en reemplazo. Siendo esto así, cuando la norma manda que "procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia", hay que entender que se trata sólo de la mención de la regla general en este orden.

VIII. Infracción de derechos o garantías

La causal concierne al caso en que "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", norma que admite varias consideraciones trascendentes:

1. Como se ha comentado tantas veces, en ocasiones de modo muy crítico, el CPP corresponde a un modelo garantista, quizás exageradamente garantista, y, por ende, se preocupa de cautelar eficazmente su fluido y pleno ejercicio. Es el principio garantista, en su máxima magnitud, el que se expresa en esta regla, en cuanto admite la nulidad del juicio oral y del fallo frente a la infracción de garantías. La voluntad del legislador es patente y no admite duda.

En el sistema del Código de 1906, en el proceso penal que diseña, el control de garantías es exiguo y ambiguo. En efecto, en el examen de apelación, el control de derecho de garantías, por amplio, resulta difuso e ineficaz; y, en casación, por la vía de forma sólo se protegen ciertas garantías específicas y no todas ellas, y, por la vía de fondo, siempre podrá decirse que las normas de garantías no son decisorias de la litis. Y, a más de todo ello, los jueces siempre pueden escudarse en la existencia de una norma legal, eventualmente contradictoria con las reglas de garantías, norma legal que, podrá decirse, en tanto no haya sido declarada inaplicable al caso por la Corte Suprema en virtud del art. 80 de la CPE, debería, en principio, aplicarse. Por consiguiente, el modelo del Código de 1906, como puede explicarse claramente en virtud de la data de su diseño normativo, al menos en sede de recursos procesales, no es protector de las garantías de que se trata.

En cambio, el CPP cambia de raíz este esquema, al erigir la infracción de garantías como un motivo específico de nulidad del juicio oral y del fallo, de modo que los órganos jurisdiccionales, de manera permanente, durante el juicio, habrán de preocuparse de una estricta aplicación de estas garantías.

2. Fíjense ustedes que, pese a que el CPP es garantista, no es siempre consistente en cuanto al tipo de derechos y garantías protegidos.

En efecto, la causal que analizamos concierne sólo a los derechos y garantías constitucionales y a los contemplados en tratados internacionales ratificados y vigentes, excluyendo a los derechos y garantías de rango meramente legal, que no puedan subsumirse en los primeros.

Para demostrar esta inconsistencia, cabe recordar que el art. 10 ordena al juez de garantía preocuparse, incluso de oficio, de las garantías judiciales de orden constitucional, convencional internacional y legal, esto es, las cubre a todas ellas. En evento de imposibilidad de ejercicio de todas ellas, como se sabe, concurre una causal especial de sobreseimiento temporal.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Luego, en materia de nulidad procesal penal, el CPP presume de derecho el perjuicio que es requisito de su declaración por inobservancia de formas procesales, en el art. 160, en evento de impedimento al pleno ejercicio de las garantías constitucionales y legales; adicionalmente, art. 163, en estos casos, se admite la declaración oficiosa de la nulidad procesal penal; y, en el art. 164, en estos mismos casos, impide el saneamiento de la nulidad procesal penal. Pues bien, como puede leerse claramente de la regla del art. 160, quedan excluidas de esta protección los derechos y garantías derivados de los tratados internacionales ratificados y vigentes. No me parece, en una interpretación sistemática, que ellas puedan entenderse incluidas en las reglas constitucionales por la vía del art. 5º de la CPE, porque el Código, en todo momento, las distingue y menciona expresamente.

Seguidamente, en el art. 277, ordena al juez de garantía, con motivo de la APJO, excluir del orden de producción en el juicio oral los medios de prueba que "hubieren sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales", originando un problema serio de hermenéutica legislativa, puesto que es preciso determinar el sentido y alcance del vocablo "fundamentales": ¿a qué garantías, entre las tres clases mencionadas, se refiere esta regla? Este mismo problema de interpretación se plantea en el inciso final del art. 334, en cuanto a las actuaciones, documentos y actas que la ley procesal penal prohíbe incorporar al juicio oral para la ponderación judicial.

3. La causal de la letra a) del art. 373 alude tanto a "derechos" como a "garantías", dualidad lingüística que obliga a interrogarse acerca de su implicancia jurídica.

A mí me parece que el único entendimiento lógico radica en acudir a la clasificación de la Teoría General de Derecho, que, sobre la base de Kelsen, luego seguido por muchos, como Zolo y Ferrajoli, distingue entre los derechos justiciables y no justiciables, o, lo que es lo mismo, entre derechos dotados de garantía secundaria y desprovistos de ella. Si el derecho es accionable en juicio, en cuanto el ordenamiento confiere acción jurisdiccional destinada a su protección, entonces constituye una "garantía", y, si ello no es así, se trata simplemente de un "derecho", aunque, en tal evento, en opinión de Zolo, se trate de un derecho virtualmente inexistente.

Siendo así, el legislador de la Reforma, en la letra a) del art. 373, quiso obviar la eventual restricción de causal que podría haberse deducido en el evento que se hubiere limitado a emplear el vocablo "garantías", limitación que sí empleó en los arts. 10, 276 y 334, ya comentados.

4. La referencia de la letra a) del art. 373 puede plantear problemas en cuanto alude a los tratados internacionales ratificados "que se encuentren vigentes", por ejemplo, en el caso de extinción por denuncia de convenciones internacionales, porque no aclara a qué época exige la vigencia, esto es, si la ubica a la época de la sentencia definitiva o a la época de fallo del recurso. Lo dejo simplemente anotado, porque pueden plantearse problemas con motivo de transformaciones políticas que conduzcan a la denuncia de tratados acerca de derechos y garantías.

5. En la infracción de garantías que conduce a la nulidad del fallo, conforme lo establece la letra a) del art. 373, ha podido incurrirse tanto "en la tramitación del juicio" como "en el pronunciamiento de la sentencia".

Siendo esto así, puede tratarse tanto de un vicio *in procedendo*, esto es, de uno cometido durante el procedimiento judicial, como de un vicio *in iudicando*, y, en este último caso, ha podido tratarse tanto de un derecho o garantía substantivo, como de un derecho o garantía de orden procesal que incida en el pronunciamiento del fallo. Esta circunstancia normativa nos permitiría abocarnos largamente a los derechos y garantías formales y substantivos que aseguran la CPE y diversos tratados internacionales, entre ellos, como los más caracterizados, la Convención de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, objetivo de suyo interesante, que el tiempo impide abordar.

Quiero simplemente dejar consignado que es probable que esta norma confiera espacio a un perfeccionamiento de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores en lo que dice relación, por ejemplo, con la garantía de reserva de ley en el orden penal, que consagra el inciso final del numeral 3º del art. 19 de la CPE, en cuanto se impide la aplicación de pena si no es por "conducta expresamente descrita" en la ley, norma que, como se sabe, suscita importantes discusiones en cuanto a los requisitos de la garantía, v. gr., en el evento que la ley penal remita a otras fuentes de derecho, como ciertas normas reglamentarias, o consagre elementos imprecisos de la conducta típica. Un perfeccionamiento jurisprudencial en este orden sería, sin duda, muy saludable.

6. No es cualquier infracción de derecho o garantía la que otorga pábulo al recurso de nulidad, desde que la letra a) del art. 373 exige, en la violación, el carácter de "substancial".

De modo que habrá infracciones denunciables en nulidad e infracciones que no son denunciables en esta sede, lo cual conduce a la necesidad de fijar el deslinde crítico, lo que no es fácil. Hay que advertir que este requi-

sito de gradación concierne a la infracción y no a la influencia en lo dispositivo. Sin embargo, me parece que es posible acoger, en este orden, para contribuir a resolver el problema, la doctrina y jurisprudencia que ha recaído en el numeral 26 del art. 19 de la CPE, norma que se conoce como cláusula de seguridad de los derechos constitucionales y que impide a la ley afectarlos "en su esencia", entendiendo que la infracción es "substancial" cuando afecta a la "esencia" o "núcleo" del derecho o garantía.

7. Es de mucho interés práctico hacer presente que, en el caso de esta causal de la letra a) del art. 373, al menos en cuanto en la "infracción substancial" se hubiere incurrido "en la tramitación del juicio", la nulidad no requiere que aquella violación influya en la parte dispositiva de la sentencia, porque este último requisito sólo se contempla para la causal general de la letra b) del mismo precepto, y, en cuanto a otros defectos, se exige en el art. 375, pero sólo en la medida que se trata de "errores de la sentencia recurrida".

La norma es feliz, porque en evento de infracción de derechos o garantías durante la tramitación del juicio, siempre habrá una influencia posible en el fallo, como dice la doctrina, aunque tal influencia sea difícilmente precisable o no se pueda definir en términos precisos y, recurriendo al vocablo de mi anterior exposición, "binarios".

8. Por último, la letra a) del art. 373 alude a infracciones ocurridas en la tramitación "del juicio". ¿Qué hemos de entender por el vocablo "juicio"?

A mí me parece claro que la ley alude sólo a la substanciación del "juicio oral", porque aquel vocablo no puede comprender la "etapa de investigación", desde que ésta no constituye "juicio".

También me parece claro, aunque con menos convicción y admitiendo que mantengo graves dudas, que la ley no se refiere, tampoco, a la APJO, por tres razones. Primero, porque si bien esta audiencia "prepara" el juicio oral, lo cierto es que no lo constituye. Segundo, porque la ley, en los arts. 384 a 386, sólo permite anular y repetir el juicio oral y no su preparación. Y, tercero, porque si durante el juicio oral se declaran nulidades, art. 165, ellas impiden retrotraerse a la APJO, de modo que la sistemática del CPP razona siempre sobre estas bases.

IX. Errónea aplicación del derecho

La letra b) del art. 373 establece la procedencia del recurso de nulidad en el evento que "en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho errónea aplicación del derecho que hubiere influido substancialmente en lo dispositivo del fallo".

Esta causal de nulidad trae a la memoria de la doctrina, acertadamente, en el contexto de nuestra cultura impugnativa, la institución del recurso de casación en el fondo, consagrado en el art. 546 del Código de 1906, de modo que, en general, es posible extraer cierto provecho de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, labrada durante un siglo. Por consiguiente, quisiera precisar algunos puntos y, seguidamente, referirme a las novedades que esta causal de nulidad presenta en el texto del nuevo CPP.

1. Conforme resulta de la clara letra del precepto, la causal de nulidad concierne a errores en que se haya incurrido "en el pronunciamiento de la sentencia", de modo que no es posible, a través de este motivo, incidir en defectos *in procedendo*, esto es, ocurridos durante la substanciación del proceso penal.

2. La ley exige que se haya incurrido en una "errónea aplicación del derecho", fórmula que, en primer lugar, viene a despejar una confusión en que la doctrina ha puesto énfasis.

En efecto, la antigua casación incide en vicios *in iudicando*, esto es, en aquellos defectos que se cometen en el acto procesal de juzgamiento propiamente tal, que analizamos substantivamente en mi exposición anterior. Pero es preciso tener en consideración, como enseña la doctrina especializada, que basta con que se incurra en defecto de norma decisoria de la litis, lo que no es lo mismo que decir, como se expresa con frecuencia y con ligereza, ley penal de fondo, porque la regla decisoria puede tener carácter substantivo o procesal.

En efecto, tal como lo analizamos en mi exposición anterior, el acto substantivo de juzgamiento se rige por determinadas normas procesales, atinentes tanto a los presupuestos sentenciales, como a la disciplina jurídico procesal del enjuiciamiento de hecho, del enjuiciamiento jurídico de los hechos y de la aplicación, en su caso, de la consecuencia jurídica punitiva. Basta, entonces, con que la norma de derecho infringida sea decisoria de la litis, cualquiera sea su naturaleza jurídica, procesal o substantiva. Esto que estamos diciendo, que es un concepto propio de la casación de origen francés, recogido igualmente en las normativas alemana e italiana, no era

tan claro en la casación de fondo del Código de 1906, desde que éste requería de errónea aplicación de la "ley penal", motivo que daba pábulo a alguna jurisprudencia para restringir la casación de fondo a la infracción de ley substantiva, excluyendo la ley procesal, aunque esta última fuere decisoria de la litis.

3. Como bien se sabe, al art. 546 del Código de 1906 no le basta con una infracción de ley, sino que exige que ésta consista en alguno de los específicos tipos de vicio *in iudicando* que consagra en siete numerales, seis de ellos atinentes a leyes decisorias y uno de ellos correspondiente a leyes reguladoras de la prueba, circunstancia que condujo a la Corte Suprema, varias veces, a declarar la inadmisibilidad de impugnaciones basadas en leyes decisorias de la litis que, no obstante serlo, no calzaban en dichos siete numerales, a lo que se agrega la orientación ritualista y formalista, tan reiteradamente criticada, que el Excmo. Tribunal emplea habitualmente en su hermenéutica.

Este criterio legislativo, que origina diversas disfunciones, desaparece del nuevo CPP, como consecuencia no sólo de esa crítica, sino, también, de la única instancia que compone el juicio oral, desde que la sentencia no es apelable. En el Código de 1906, a lo menos, la sentencia era apelable, de modo que las infracciones de leyes decisoria litis que no calzaran en las siete causales precisas del art. 546, podían haber sido denunciadas en apelación. En el nuevo CPP, al abrogarse la apelación de la sentencia definitiva, se imponía la eliminación de esta restricción, como ocurrió.

4. En lo que concierne al concepto de "errónea aplicación" de la norma de derecho, parece claro que cubre las hipótesis tradicionales de casación, esto es, aquella en que al caso no se aplica una regla que debió aplicarse, se aplica una norma inaplicable, o bien, seleccionándose correctamente la norma, se la aplica inadecuadamente.

5. Particular interés tiene la novedad legislativa, en cuanto a la letra b) del art. 374 le basta la infracción "del derecho", omitiendo la clásica restricción a "la ley", de manera que a la nulidad es bastante con que se haya aplicado erróneamente una norma constitutiva de "derecho", cualquiera sea la jerarquía y tipo de la fuente jurídica.

Sería en extremo ambicioso abarcar en esta exposición las diferentes consecuencias que conlleva la novedad legislativa que estoy comentando. Quiero simplemente referirme a la relevancia práctica que ella presenta desde la perspectiva de la norma reglamentaria, cuya denuncia en casación de fondo, pese a que se la pretendiera subsumir, probablemente con

acierto en muchos casos, en la ley reglamentada, fue siempre rechazada por la Corte Suprema, hasta donde tengo conocimiento de la jurisprudencia.

La cuestión no es menor, en más de una óptica. En la vida moderna, la norma jurídica reglamentaria adquiere una creciente y enorme importancia, de modo que es muy frecuente que los tipos penales aludan o conciernan a elementos que, en definitiva, quedan decididos por normas reglamentarias, de modo que la circunstancia de vedar la denuncia de su infracción, directa o indirecta, en casación de fondo, aunque resulte ser decisoria de la litis, es un criterio particularmente escaso de razonabilidad. En similar orientación, piensen ustedes en los llamados tipos penales abiertos, en que la descripción del legislador contiene un elemento típico normativo, en que, conforme a la doctrina más contemporánea, es preciso determinar la antijuridicidad de la conducta, análisis en que juegan todas las fuentes de derecho, entre ellas, la norma reglamentaria.

6. A la letra b) del art. 374 no le basta con la errónea aplicación del derecho, sino que exige que ella constituya la causa eficiente del contenido de la decisión del fallo, o, como establece el precepto, que aquélla "hubiere influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia". Es fácil advertir que, en este orden, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema permite encontrar una sólida base a partir de la cual puede aplicarse la exigencia legislativa, que no es novedosa.

No está de más, sin embargo, recordar tres cosas.

Primero, que la influencia debe ser "substancial", esto es, categórica, clara, concreta, de modo que, a no mediar el error, la decisión hubiere sido una diversa.

Segundo, que la decisión distinta ha de ser una que favorezca los intereses del recurrente, desde la perspectiva de las argumentaciones y peticiones que ha planteado en el juicio oral, puesto que si la decisión hubiere sido distinta, pero perjudicial a su posición procesal, entonces no concurre el agravio que el art. 352 exige como presupuesto de todo recurso procesal.

Y, tercero, que la influencia en lo dispositivo debe ser real y efectiva y no meramente posible, distinción que efectuamos recién, ya que la ley exige que el error en cuestión "hubiere influido". No basta la influencia meramente potencial. Me gustaría disponer de más tiempo para tratar de las consecuencias prácticas de esta variable, que son muchas.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

X. Motivos absolutos de nulidad

El art. 374, recogiendo una institución que es propia del derecho alemán, establece un conjunto de vicios, unos *in procedendo* y otros *in iudicando*, que denomina "motivos absolutos de nulidad", en el sentido que, frente a su concurrencia, "el juicio y la sentencia serán siempre anulados", de modo que la Corte, en principio, como se verá, no puede emitir una opinión discrecional acerca de si se trata o no de un defecto sancionable en esta sede.

Como cuestiones generales, interesa destacar que, pese al enunciado de la regla, tal como decíamos en torno al art. 373, no habrá siempre nulidad tanto del juicio oral, como de la sentencia, desde que, en el caso que regula el art. 385, sólo quedará anulado el fallo y se dictará otro de reemplazo. Piénsese, por ejemplo, en una sentencia condenatoria que viole la cosa juzgada penal (art. 374 letra g), en que es perfectamente posible que concurran las condiciones del art. 385.

Interesa también destacar que, pese a los perentorios términos del enunciado del art. 374, no siempre la nulidad será la consecuencia del vicio, pese a que concurra alguno de los mencionados en el art. 374, toda vez que, conforme al art. 375, "no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva". El legislador no ha sido muy feliz, desde que pareciera legislar antinómicamente en el art. 374 y en el art. 375. Sin embargo, en una interpretación sistemática, hay que entender que si en el motivo absoluto de nulidad se ha incurrido en la sentencia definitiva (que no es el caso de todos los que consagra el art. 374) y tal motivo no influyere en lo dispositivo, pues no habrá nulidad.

Este entendimiento es coherente con el que prima actualmente en la jurisprudencia alemana, que no tengo tiempo de abordar, así como con el que inspira a la jurisprudencia costarricense, que, como se sabe, es la nación latinoamericana en que el juicio oral ha tenido un desarrollo más exitoso.

Pero todavía falta hacer presente que es distinta la terminología del art. 375, respecto de la que emplea la letra b) del art. 373. En efecto, en este último caso la ley exige que el vicio "hubiere influido substancialmente en lo dispositivo", con lo que se requiere, como dijimos, que la influencia haya existido en términos tales que la decisión hubiere sido necesariamente una distinta de la adoptada. En cambio, al art. 375 le basta con que el defecto "influyere en la parte dispositiva", disminuyéndose, entonces, el rigor de la exigencia, lo cual tiene lógica, atendidos los tipos de vicios que consagra el art. 374. Lo demás quedará a la jurisprudencia, porque es obvio que esta regla planteará varios problemas.

XI. Defecto de competencia, integración, habilidad, acuerdo o asistencia

Este defecto, similar a los previstos en las causales de los numerales 7º, 8º y 9º del art. 541 del Código de 1906, aprovechará sin duda la jurisprudencia que a su respecto se ha dictado por los Tribunales Superiores.

Comentemos un par de novedades.

La alusión al juez de garantía no se explica por la participación de éste en cuanto contralor de la etapa de investigación, ni en la APJO, todo ello dentro del procedimiento ordinario, sino, exclusivamente porque, como hemos dicho, es susceptible del recurso de nulidad la sentencia definitiva que le compete pronunciar en el procedimiento simplificado y en el procedimiento de acción penal privada.

Finalmente, la ley cautela la exigencia en orden a que el juez que pronuncia la sentencia ha debido, previamente, asistir al juicio oral.

XII. Asistencia continuada al juicio oral

La causal de la letra b) del art. 374 está destinada a cautelar estrictamente la exigencia de asistencia continuada al juicio oral que imponen los arts. 284 a 286 a los jueces, el fiscal y el defensor.

XIII. Impedimento al defensor

Como en el sistema del nuevo CPP cobra especial relevancia el control de los jueces, denominado horizontal, esto es, a cargo de los intervinientes, entonces la causal de la letra c) del art. 374 está destinada a cautelar que el defensor haya podido ejercer efectivamente las facultades que el ordenamiento legal le otorga.

Como antes dije, esta causal presenta el problema hermenéutico, que dejo simplemente apuntado, en el sentido de resolver si concierne a defectos que hubieren podido ocurrir durante la etapa de investigación y en la APJO, o si sólo se refiere al juicio oral.

XIV. Publicidad y continuidad del juicio

La letra d) del art. 374 cautela estrictamente el cumplimiento de las normas sobre continuidad y publicidad del juicio oral, contempladas en los arts. 282, 283 y 289.

XV. Omisión de cumplimiento de requisitos de la sentencia

La letra e) del art. 374 sanciona con la nulidad a la sentencia definitiva que omitiere cumplir con requisitos legales, pero limitándolos a los dispuestos por las letras c), d) y e), del art. 342, esto es, a las consideraciones de hecho y apreciación probatoria, consideraciones de derecho y decisión.

A este efecto, puede aprovecharse buena parte de la frondosa jurisprudencia dictada en similar orden por nuestros Tribunales Superiores, a propósito de la causal del numeral 10º del art. 500 del CPP.

XVI. Congruencia fáctica y jurídica

La letra f) del art. 374 está destinada a cautelar las exigencias de congruencia fáctica y jurídica de la sentencia, materias que abordé latamente en mi exposición anterior.

XVII. Cosa juzgada

La letra g) del art. 374 tiene por objeto impedir la infracción de la regla de cosa juzgada.

A este respecto, es importante recordar simplemente la relación con la norma del art. 1.2, en el sentido que "la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

Fíjense ustedes que las expresiones de esta regla legal permiten resolver los problemas que la institución de la cosa juzgada penal había causado durante la operatoria del Código de 1906.

En primer lugar, no es cualquier clase de juzgamiento el que permite invocar la cosa juzgada, sino tan sólo la sentencia definitiva, sea ésta condenatoria o absolutoria, y el sobreseimiento definitivo. Se excluye, por ejemplo, el pronunciamiento acerca de extradición pasiva y el fallo de un recurso de amparo.

En segundo lugar, no es cualquier clase de sobreseimiento definitivo el que permite operar a la cosa juzgada, lo cual digo en principio, porque la regla me merece dudas, sino que debe tratarse de un sobreseimiento definitivo personal, que incida en una persona determinada, criterio que se orienta en la línea de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, que me parece en extremo discutible. Bajo este entendimiento, se exclu-

ye, por ejemplo, la autoridad de cosa juzgada de la causal de sobreseimiento definitivo de la letra a) del art. 250.

Y, en tercer lugar, hay claridad en el sentido que los requisitos de operatoria de la excepción de cosa juzgada penal inciden en la identidad de persona y de hecho punible. Esta última cuestión plantea todos los problemas propios de la determinación de identidad del hecho, a que aludí en mi exposición anterior, y que ha debido resolver la Corte Suprema en muchos casos. Por ejemplo, tratándose de un sujeto condenado por el delito de amenazas, que, luego, en virtud de la misma conducta suya, es condenado por tentativa de homicidio. O el problema del sujeto condenado por un juzgado de policía local por conducción bajo influencia alcohólica, que luego, en razón de la misma conducta suya, es condenado por el delito de manejar en estado de ebriedad causando daños o lesiones. En fin, hay muchos ejemplos discutibles que se han presentado en la amplia casuística.

XVIII. Procedencia por exclusión de pruebas

Como ustedes recordarán, es al juez de garantía a quien compete resolver acerca de la exclusión y reducción de pruebas, conforme a los arts. 276 y 277, sobre la base de criterios analizados en su momento. El juez de garantía define los medios de prueba que deberán rendirse efectivamente en el juicio oral por medio del auto de apertura del juicio oral (art. 277 letra e). Pues bien, esta resolución, salvo en un caso por el fiscal, no es susceptible de recurso, y, por otra parte, su contenido no puede ser alterado por el tribunal de juicio oral, salvo el caso del art. 336.

Empero, el art. 277 se encarga de hacer constar que todo ello es sin perjuicio de la procedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva del juicio oral, de modo que si la decisión sobre exclusión o reducción infringe, por ejemplo, las mínimas garantías de prueba, procederá el recurso de nulidad en razón de lo previsto en el art. 373 letra a).

XIX. Invariabilidad de causales

Conforme al art. 379.2, una vez interpuesto el recurso de nulidad, no es posible invocar nuevas causales de invalidación, criterio que no es novedoso entre nosotros, tratándose de un recurso extraordinario.

XX. Preparación del recurso

Conforme lo dispone el art. 377, sólo en el evento en que el vicio que es objeto del recurso de nulidad incide en una norma legal de carácter proce-

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

sal, es condición de admisibilidad del recurso que quien lo entabla hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto en cuestión.

También encontraremos importante asidero en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores, bastante frondosa en este orden. Recordemos, simplemente, que con arreglo al inciso final del art. 165, "la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado".

El art. 377 consagra las situaciones excepcionales en que no es exigible a la admisibilidad la preparación previa del recurso de nulidad, en términos similares a los que conocemos en nuestro actual ordenamiento, agregando dos motivos novedosos: a) cuando se tratare de alguno de los motivos absolutos de nulidad del art. 374; y b) cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto.

XXI. Interposición del recurso de nulidad

Conforme al art. 372.2, el recurso de nulidad debe interponerse siempre por escrito, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral y dentro del plazo, que es fatal, de diez días, contado desde la notificación de la sentencia definitiva.

Luego, con arreglo al art. 378, el escrito de interposición debe consignar sus fundamentos y las peticiones concretas que se someten al fallo del tribunal, debiendo expresarse separadamente la fundamentación de cada causal de nulidad.

También aclara el art. 378, convenientemente, que puede invocarse una pluralidad de causales, bien en forma conjunta, bien en forma subsidiaria. La norma es loable, porque resuelve claramente un problema que venía causado por una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de casación, de legalidad bastante dudosa.

XXII. Efectos de la interposición de recurso

La materia se halla regulada por los arts. 379.1 y 355, aplicándose este último supletoriamente. En síntesis, si la sentencia recurrida es condenatoria, se suspenden sus efectos. En todo otro caso, no se suspende la ejecución de la decisión.

XXIII. Admisibilidad y concesión por el tribunal a quo

Con arreglo al art. 380, una vez interpuesto el recurso de nulidad, corresponde al tribunal a quo resolver acerca de su admisibilidad, pero la inadmisibilidad sólo puede decidirse por interposición extemporánea o por no ser susceptible del recurso la decisión impugnada.

La decisión de inadmisibilidad es recurrible de reposición dentro de tercero día. En mi opinión, si esta decisión es adoptada por un juez de garantía, es además apelable (art. 370 letra a), debiendo plantearse la apelación en subsidio de la reposición. En cambio, si la decisión es adoptada por un tribunal de juicio oral, es inapelable (art. 364).

En todo otro caso, el recurso debe ser concedido, art. 381, y el tribunal remitirá a la Corte que corresponda copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia de juicio oral o de las actuaciones determinadas que se hayan impugnado y del escrito de interposición.

XXIV. Tribunal competente

Conforme a lo dispuesto por el art. 376, la competencia para conocer del recurso de nulidad corresponde, por regla general, a la Corte de Apelaciones respectiva.

Excepcionalmente corresponde a la Corte Suprema en los siguientes casos:

a) si el recurso se fundare en la causal prevista en la letra a) del art. 373;

b) si el recurso se fundare en la causal de la letra b) del art. 373 y respecto de la materia de derecho que es objeto del mismo existen distintas interpretaciones sostenidas en diferentes fallos de Tribunales Superiores; pero, en este caso, art. 378.3, el recurrente debe indicar con precisión los fallos correspondientes y acompañar copia de ellos o de sus publicaciones en texto íntegro;

c) si el recurso se fundare en una pluralidad de causales y una de ellas corresponde a la competencia de la Corte Suprema;

d) si se han deducido varios recursos contra la misma sentencia y al menos uno de ellos corresponde a la competencia de la Corte Suprema.

Esto es sin perjuicio de lo que dispone el art. 383.

XXV. Ingreso del recurso al tribunal ad quem. Apertura de plazo

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 382, una vez ingresados los antecedentes a la Corte, ésta debe abrir un plazo de cinco días, que es fatal, para que los demás intervinientes: a) soliciten declaración de inadmisibilidad; b) formulen observaciones por escrito; o c) se adhieran a él; esta adhesión debe contar con los mismos requisitos de la interposición y su admisibilidad se resuelve de plano.

XXVI. Decisión de admisibilidad del tribunal ad quem

Una vez transcurrido el precitado plazo fatal, el tribunal ad quem debe pronunciarse, en cuenta, acerca de la admisibilidad del recurso de nulidad, pudiendo declararlo inadmisible en los siguientes casos: a) interposición extemporánea; b) insusceptibilidad del recurso de la resolución impugnada; c) carencia de preparación del recurso; d) carencia de fundamentos de hecho y de derecho; y e) carencia de peticiones concretas.

XXVII. Eventual abstención de decisión de admisibilidad

En el evento que el recurso se hubiere deducido para ante la Corte Suprema, el art. 383 consagra ciertas situaciones en que debe abstenerse de decidir sobre admisibilidad, debiendo remitir, al efecto, los autos a la Corte de Apelaciones respectiva:

a) si el recurso se fundare en la letra a) del art. 373 y la Corte estimare que, de ser efectivos sus fundamentos, concurriría un motivo absoluto de nulidad del art. 374;

b) si el recurso se fundare en la letra b) del art. 373 y la Corte estimare que no existen interpretaciones divergentes o que, existiendo, la divergencia no es determinante para la decisión de la causa;

c) si lo dicho concurre en algún caso de pluralidad de causales o de recursos.

XXVIII. Eventual producción de prueba en audiencia

Conforme a lo dispuesto en el art. 359, el recurrente puede rendir prueba acerca de los hechos constitutivos del motivo de nulidad planteado en el recurso, pero siempre que la haya ofrecido en el escrito de interposición.

En tal caso, la prueba debe producirse en la audiencia de vista del recurso de nulidad, conforme a las reglas que rigen para su recepción en el juicio oral.

XXIX. Pronunciamiento del fallo del recurso de nulidad

Conforme a lo dispuesto por el art. 358, una vez concluido el debate en la vista del recurso, la Corte pronunciará su sentencia de inmediato o en un día y hora que será anunciado a los intervinientes en la misma audiencia, plazo que, conforme a lo dispuesto en el art. 384.1, no puede exceder de veinte días. El fallo será redactado por el ministro que la Corte designare al efecto y la disidencia o prevención por su autor.

XXX. Ambito de decisión del recurso

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 360, la Corte debe limitar su pronunciamiento a las solicitudes de los recurrentes, quedándole estrictamente vedado extender su decisión a cuestiones no planteadas por los recurrentes o más allá de las peticiones concretas formuladas por éstos.

Esta regla general tiene sólo dos excepciones: a) el caso de ejercicio oficioso del art. 379, ya estudiado; y b) el caso que exista pluralidad de imputados y un solo recurrente y los fundamentos del recurso no sean personales del recurrente, en cuyo caso el fallo aprovechará a los demás; pero si los otros imputados han recurrido también y no hubieren planteado el fundamento respectivo, entonces no se aprovechan del fallo.

XXXI. Prohibición de reforma empeorando

Con arreglo al art. 360, si un solo interviniente recurre, la Corte no podrá modificar el fallo en su perjuicio. Si otros recurren, evidentemente podrá ocurrir ese perjuicio, pero dentro del ámbito del recurso respectivo.

XXXII. Contenido del fallo del recurso de nulidad

Según lo dispone el art. 384, el fallo debe tener los siguientes contenidos: a) exposición de los fundamentos que sirvieren de base a su decisión; b) pronunciamiento acerca de todas las cuestiones controvertidas, a menos que el recurso fuere acogido, en cuyo caso basta una causal de nulidad; y c) declaración de si es nulo o no el juicio oral y la sentencia o si sólo es nula la sentencia, en el caso del art. 385.

XXXIII. Casos de nulidad de sentencia y procedencia de fallo de reemplazo

Ya hemos analizado los casos en que sólo debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida, debiendo la Corte proceder a dictar sentencia de reemplazo.

En este evento, en la medida que sólo puede concurrir en tanto la causal de nulidad no se refiriere a los hechos y circunstancias que se dieren por probados, parece evidente, aunque la ley no lo dispone expresamente, que el fallo de reemplazo debe estarse a esos hechos y circunstancias establecidos en el fallo anulado.

Es evidente, también, que al fallo de reemplazo le afecta la disciplina procesal, de hecho y de derecho, de que se trató en la exposición anterior.

En los demás casos, la Corte debe anular tanto la sentencia recurrida, como el juicio oral, y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para la repetición del juicio oral. Hay que repetir el juicio oral y dictar un nuevo fallo.

La nueva sentencia que se dicte no es susceptible de recurso alguno, a menos que la anulada haya sido absolutoria y la segunda haya sido condenatoria, en cuyo caso procede el recurso de nulidad, conforme a las reglas generales.

Ahora bien, ¿cuál es el efecto del contenido del fallo de nulidad en el fallo del segundo juicio oral? La ley no lo aclara y el punto es dudoso. Me reservo el análisis para otra ocasión, en la que espero tratar, también, de la posibilidad jurídica de impugnación del establecimiento de los hechos por medio del recurso de nulidad, cuya supuesta imposibilidad, difundida ampliamente por la publicidad oficial de la Reforma, en mi concepto, no se ajusta a derecho, constituyendo una doctrina equivocada, de graves consecuencias.

Por último, el fallo del recurso de nulidad no es susceptible de recurso alguno.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

¿Son necesarias las reformas procesales?

Héctor Oberg Yáñez
Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Para mantener el orden y claridad en el ámbito jurídico es necesario establecer ciertos requisitos de modo, lugar y tiempo que se conocen con el nombre de formas procesales. Estas son, entonces , la disposición con que el acto aparece al exterior; en otras palabras, la revelación hacia fuera de su existencia.

A simple vista , pudiera creerse que la forma sólo sirve para hacer engorroso un camino procesal, que debiera ser expedito y rápido para los justiciables, pero no es así. En efecto, ellas facilitan el proceso y la permiten al juez acceder a la verdad con una mayor garantía. Asimismo la preexistencia de las formas procesales avala una defensa igualitaria, ya que se conocen al iniciarse el proceso, y cada vez que se ha querido menoscabar este aspecto, en mérito de una supuesta celeridad, lo ha sido en desmedro de la defensa. Ya lo dijo Montesquieu: "Si examináis las formalidades de la justicia con relación al trabajo que tiene un ciudadano para hacer devolver su bien o para obtener la satisfacción de cualquier ultraje, encontraréis que son excesivas; pero si las examináis con relación a la libertad y seguridad de las personas, las encontraréis, sin duda, demasiado pocas; y entonces comprenderéis que las molestias, los gastos, las dilaciones y aun los peligros mismos de la justicia son el precio que paga cada ciudadano por su libertad".

Ha sido el paso de la defensa privada a la defensa regulada por el Estado lo que trajo como consecuencia el surgimiento de las formas judiciales, y que se traducen en aquel principio formativo del proceso conocido con el nombre de formalismo. Reconociendo que la existencia de este formalismo inviste la calidad de ser un pilar básico del Derecho Procesal, no es menos cierto que deviene en uno de los mayores obstáculos que impiden su progreso y el mejoramiento de la administración de justicia. En efecto, cuando se establece una formalidad atendiendo a los imperativos de un momento histórico determinado, es evidente que ella cumple su rol; pero posteriormente no sirve, porque el tiempo ha transcurrido y surgen otras necesidades. Tal formalidad, por ende, ha caducado, pierde su eficacia y

valor, porque ya no responde a las realidades sociales, económicas y tecnológicas del momento en que se demanda su aplicación.

Todo proceso requiere de formas. Su ordenación legal es una garantía de la libertad individual, en cuanto limitan la actividad del individuo y de las partes en juicio y del propio órgano jurisdiccional. Es, pues, la forma una garantía de libertad de quienes sufren las inconsecuencias del proceso: las partes. Es a ellas a quienes incumbe su defensa, de ser violadas por el contrario o por el juez, y a éste, contra las partes, si la forma en el caso concreto lleva una finalidad indisponible (Carlos A. Ayarragaray).

Para lograr la lealtad en el debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión es necesario que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas .

En consecuencia, el proceso junto con ser el instrumento apto y forzoso para la satisfacción de pretensiones y tutela de intereses, señala las formas a través de las cuales se estudiará y dará satisfacción o no a la pretensión o interés, y a las que deberán someterse, rígida e inevitablemente, tanto el órgano jurisdiccional, sea que ejercite y sostenga o no la acción en interés de la sociedad, como igualmente los litigantes o interesados en el ejercicio y sostenimiento de su respectiva pretensión, hasta que recaiga pronunciamiento judicial sobre los fundamentos de la acción ejercitada.

Tales formas deben traducirse en la ejecución de ciertos actos específicos por los sujetos de la pretensión y por el tribunal, a fin de dar movimiento al proceso y poner en movimiento la función o actividad jurisdiccional; por ello, esas formas y los actos en que se traducen constituyen el contenido mismo del proceso, es decir, el PROCEDIMIENTO, definido por Chiovenda como el conjunto de "actos de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante los cuales la litis "procede" desde su comienzo hasta su resolución".[1]

La definición anterior tiene la virtud de mostrarnos el rasgo fundamental del procedimiento, cual es su desarrollo continuado y progresivo dirigido a poner término al proceso; pero, a nuestro juicio, es incompleta, ya que solamente se refiere a los actos de procedimiento que se realizan en un proceso contradictorio.[2] De allí, entonces, que creamos más conveniente

[1] Giuseppe Chiovenda: *Instituciones de Derecho procesal Civil*, Tomo III, pág. 115. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

[2] En sentido similar a Chiovenda, nuestra Corte Suprema ha declarado que "la función jurisdiccional está constituída por actos procesales que corresponden a una tramitación específica, destinada a la comprobación por los medios legales de una situación jurídica sujeta a controversia, la cual una vez declarada, produce cosa juzgada". (*Revista de Derecho y Jurisprudencia.* Tomo LXV, 2ª Parte. Secc. 4ª, pág. 2).

prescindir de quienes realicen los actos, pues, quienesquiera que sean, procedimiento habrá siempre que exista un proceso, y entender el procedimiento, en términos generales, como la serie sucesiva de actos, predeterminados por la ley, que se desarrollan, bajo las formas por ella señaladas, a través de la función jurisdiccional y mediante el proceso, a objeto de proveer a la satisfacción de un interés tutelado por el derecho con una decisión obligatoria del órgano de la jurisdicción.

Refiriéndose a la importancia de las formas en el proceso, expresa Carnelutti que "todo acto del hombre es el producto de la fusión de tres elementos: causa, voluntad y forma. En el diverso régimen de los actos jurídicos, según las varias zonas del derecho, cada uno de estos elementos asume una diversa importancia en el conjunto. Pertenece al saber común que, por lo que hace a los actos procesales, la mayor importancia corresponde al último. No se exagera al reconocer en el proceso el reino de la forma. Ello no es más que uno de los signos del carácter esencialmente público del derecho procesal. De ahí que el problema de los actos sea en el campo del proceso sobre todo un problema formal".[3]

Y, en realidad, este formalismo en el proceso es no sólo conveniente, sino, además, necesario, ya que limita el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el sentido de evitar el arbitrio judicial en la conducción del proceso, al señalarle al juez, determinada y obligatoriamente, la manera de dirigirlo hasta el término legal de los actos de procedimiento; por otra parte, limita también la actividad de los sujetos del interés cuya satisfacción se pretende, al señalárseles precisamente cómo deberán realizar los actos que son de su cargo para obtener eficazmente el pronunciamiento de la autoridad judicial en relación con el contenido y fundamentos de la acción ejercitada.

En general, y en lo que toca a los actos procesales que se realicen en ejercicio de la potestad jurisdiccional, podemos decir que el problema de la determinación de las formas bajo las cuales deben ser ellos ejecutados se reduce a precisar si tales actos deben ser necesariamente realizados a través de una forma concreta señalada por la ley, o pueden serlo igualmente bajo otras que también sean eficaces. Compartimos, en este sentido, el pensamiento de Chiovenda al expresar que "cuando un determinado efecto pueda alcanzarse de varios modos y la ley designa el modo de alcanzarlo, este modo asume por ley el carácter de FORMALIDAD. Es como una ficción jurídica, por la cual aquel determinado efecto no puede ya alcanzarse más que en un determinado modo y se considera como no alcanzado si se busca de un modo diverso".[4]

---

[3] Francesco Carnelutti: *Estudio de Derecho Procesal*, Vol. I., pág, 108. Ediciones Jurídicas Europa-América, B. A., 1952.

[4] Ob. cit., Vol. II, pág. 153. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Pero, también a este respecto, nos interesa la forma a que deben someterse los actos procesales de los sujetos de una pretensión, y les es perfectamente aplicable lo expuesto por Chiovenda, en cuanto corresponde al órgano jurisdiccional, en su labor de conducir el proceso a su fin a través de actos que produzcan efectos jurídicos, velar por que tales sujetos adapten su conducta en él a las pautas de procedimiento establecidas por la ley, evitando de ese modo el desorden y la anarquía en las formas mediante las cuales debe perseguirse en un proceso la satisfacción del interés pretendido, como también la incertidumbre en los titulares de dicho interés acerca de la manera cómo el tribunal respetará sus derechos y llegará a pronunciarse sobre ese interés.

En efecto, uno de los deberes que el uso de su potestad jurisdiccional impone a los jueces es el de cuidar que se guarden las formas de procedimiento, porque ellas han sido establecidas para que los actos procesales produzcan los efectos jurídicos que la ley quiere y el proceso cumpla la finalidad que el derecho desea. Una pretensión determinada solamente podrá ser válidamente satisfecha si los actos mediante los cuales se llegó a satisfacerla son actos jurídicos, esto es, si han producido efectos jurídicos; y los producirá cuando en su realización se hayan respetado las formas que los regulan, tanto por el juez como por los sujetos de esa pretensión.

Como lo expresa Carnelutti, "el mínimo de la regulación jurídica de un acto es su regulación formal; un acto puede no estar regulado respecto de cualquier otro de sus caracteres, pero en cuanto a la forma, si ha de ser un acto jurídico, debe estar regulado".[5] En consecuencia, como quiera que las formas de procedimiento han sido establecidas con el objetivo final de garantizar a los individuos que sus actos procesales producirán efectos jurídicos, porque así lo necesitan aquellos desde que han recurrido al proceso para que se les tutele un interés, tales formas deben ser protegidas por el órgano jurisdiccional cuya es esa misión de tutela.

"La ley procesal –señala Santa Cruz– ha constituido todo un sistema armónico de requisitos y formalidades necesarios a cada acto procesal y al proceso en su conjunto. Ha otorgado especiales efectos jurídicos a los juicios, a los actos que en ellos inciden, a las sentencias que les ponen término; pero no puede concebirse que ellos produzcan todos sus efectos sino a condición de que se presenten bajo las formas y requisitos que la ley estableció para ellos. De otro modo, los preceptos de la ley procesal que imponen la observancia de las formalidades necesarias a cada acto dejarían de tener obligatoriedad".[6]

---

[5] *Instituciones del Proceso Civil.* Vol I., pág. 472. Ediciones Jurídicas Europa-América. B. Aires, 1959.

[6] Víctor Santa Cruz Serrano: *Las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno,* pág. 9. Santiago, 1942.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Y es natural que ello tenga que ser así, mas no de otro modo, puesto que hay un interés de la sociedad toda en que las pretensiones de sus miembros sean resueltas de una manera justa, lo que solamente se conseguirá cuando los actos que constituyen el proceso sean desarrollados bajo las formas que la ley haya señalado, ya que las normas que las regulan y reglamentan son fundamentalmente de orden público, y, por consiguiente, su aplicación no puede quedar sometida al arbitrio de los litigantes o interesados o, muy especialmente, aun del mismo órgano jurisdiccional.

Ahora bien, con bastante razón nos dice, sin embargo, Podetti que "las formas, como tales, presuponen rigidez como garantía de los derechos que tutelan, pero esa rigidez debe ser atemperada por cierta flexibilidad o adaptabilidad y limitada por sus fines. La seguridad que debe otorgar el formalismo no debe ahogar a la justicia, que es su objetivo y su fin".[7] El exceso de reglamentación puede producir injusticia *–summum jus summa injuria–*, idea ya avanzada por los romanos, no obstante el carácter esencialmente formalista de su derecho, es el significado de las palabras del maestro argentino. En definitiva, pues, tocará al juez adaptar o suavizar la rigidez de la forma en un caso concreto, cuando ella ponga en peligro el desarrollo normal de la actividad jurisdiccional y el fin perseguido por la forma misma y el proceso.

Así, por ejemplo, y para nuestros tribunales, creemos aplicable el predicamento anterior a través de la doctrina sentada por la Corte Suprema al declarar en un proceso criminal que "en el ejercicio de la función jurisdiccional, corresponde a los tribunales de justicia la misión fundamental de hacer la interpretación oficial de la ley, fijando el espíritu de la legislación, adaptándola a las necesidades sociales y extendiendo su poder regulador a los problemas que surgen con posterioridad a su dictación, con el objeto de restablecer el equilibrio en los intereses de la sociedad cuando éstos se vean violentados y también para prevenir dichas alteraciones".[8]

Con razón se ha dicho, entonces, que "lo que sí es susceptible de crítica es un formalismo excesivo, o sea, cuando la forma pierde sus objetivos de garantía ya señalados y se transforma en un obstáculo para el normal desenvolvimiento de la actividad procesal. Ello ocurre cuando en un determinado ordenamiento se van perpetuando ciertas prácticas que constituyeron el fruto de las condiciones políticas, sociales y religiosas imperantes en una época pasada, pero que ya no se dan en la comunidad actual".[9]

---

[7] Ob. cit., pág. 26.

[8] *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXV. 2ª Parte. Sec. 4ª, pág. 2.

[9] Carlos Pechi C.:"La participación del juez en el Proceso Civil. Su aplicación en el Código de Procedimiento Civil chileno".Trabajo publicado en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la U. de Concepción*, Año XXXV, abril-junio de 1967, N° 140, pág. 37.

Si recordamos la vigencia de nuestras primeras leyes de procedimiento, muchas de ellas pertenecientes al derecho español, veremos que la observación última no deja de ser afectiva.

Sin embargo, creemos que dichas condiciones no son la única causa del exceso de formalismo, ya que también puede ocurrir que, por una celosa y rígida sujeción de un juez a las formas procedimentales, sin consideración a determinadas circunstancias imperantes o a ciertas necesidades de carácter social, que permitirían la adaptación o suavización de la forma sin apartarse de su texto, se cometan abusos de poder o injusticias o se desvirtúe el objetivo tenido en vista por el legislador al establecerla; en otros términos, que se contravenga el espíritu de la norma que la reglamenta o contiene sin infringirse, además, su texto. Se presenta esta situación cuando, al tratarse de determinar por el juez el alcance y extensión de la forma para imponerla en un caso dado, según sostiene Carnelutti, "la atención sobre este tema la absorbe totalmente el **medio** empleado para manifestar la voluntad, o en general, el pensamiento, por lo que se descuidan, al menos desde el punto de vista teórico, el aspecto del **tiempo** y del **lugar**, que constituyen otros tantos modos de ser del acto, y que deben, por tanto, comprenderse en la noción de la forma , o por lo menos vincularse a ella".[10]

En tal caso, el acto o actos que se llevan a efecto por imperativo de la personal adhesión o respeto del juez a una forma determinada, no se encontrarán legalmente viciados, pues la norma que señala aquélla habrá sido literalmente respetada por el magistrado. Aun más, el proceso habrá mantenido su uniformidad y continencia al seguir exactamente el procedimiento de la manera señalada por la ley y no de otra; pero ello habrá sido a costa del sacrificio del espíritu de la forma, que no podrá cumplir su verdadera finalidad.

Por la inversa, tampoco es aceptable el extremo opuesto, esto es, la interpretación libre y elástica de una forma por el juez, basado en que ello administra una verdadera justicia. Carnelutti parece mostrarse partidario de esta forma de interpretación cuando expresa que "hay relaciones entre finalidad y forma del acto que la ley está en condiciones de prever; entonces para mayor garantía de la consecución de dicha finalidad, se prescribe una forma determinada; en tal caso, la adopción de esa forma es suficiente para que el acto sea eficaz. Cuando falte una prescripción hecha en tal forma, es necesario y suficiente que se cumpla el acto como la experiencia aconseja para que consiga la finalidad".[11] En cambio, Chiovenda no parti-

[10] *Estudios...*, pág. 109.
[11] *Estudios...*, pág. 110.

cipa de esa opinión, al señalar que "la naturaleza y finalidad de un acto de procedimiento no bastan para determinar su esencia; de otro modo se llegaría con demasiada facilidad a encontrar equivalentes de las formas procesales".[12]

En este caso, la solución que el mismo Chiovenda propone es que "en la aplicación de las normas formales, como en la de todas las normas jurídicas, debe preferirse la interpretación que más rigurosamente se nos presente conforme a los principios sugeridos por la lógica y por el sistema, que al menos son fijos, constantes y objetivos, y no caer en ciertas vagas tendencias equitativas, que, con el pretexto de combatir el formalismo o de adaptar elásticamente las formas a la sustancia, abren a menudo el camino –a través del sentimiento subjetivo de la justicia profesado por el intérprete– a las pasiones y a la arbitrariedad".[13]

En consecuencia, cualquiera sea el que se presente de los dos eventos citados, es obvio que tales actitudes judiciales no pueden ser amparadas por el derecho, pues ellas bien han podido ser la consecuencia de una interpretación equivocada o errada del juez o de un uso arbitrario de la potestad jurisdiccional, y por lo cual se ha causado al o a los sujetos que intervienen en el proceso un gravamen ilegítimo, que se contrapone absolutamente a la finalidad que el derecho ha asignado a aquél.

A objeto, pues, de evitar ambos extremos, los jueces deben tener en cuenta que de su interpretación del precepto que contiene la forma procesal, dependerá que el proceso cumpla el fin que lo origina y aquel precepto tenga los efectos que el legislador espera, para que sea respetado y cumplido. Siguiendo el consejo de Cardozo, debe considerarse que "toda norma que funciona bien, produce un título jurídico que será reconocido. Sólo que al determinar cómo funciona, no debemos examinarla con criterio demasiado estrecho. No debemos sacrificar lo general a lo particular. No debemos tirar al viento las ventajas de la consistencia y la uniformidad para hacer justicia en cada caso".[14]

Por lo tanto, la existencia de una rígida forma de procedimiento establecida en un precepto legal aplicable obligatoriamente a determinado proceso, impone al juez la obligación ministerial, en uso de las facultades que su potestad jurisdiccional le confiere, de interpretarla y aplicarla en el sentido que mejor armonice con las circunstancias en que se desenvuelve ese pro-

---

[12] *Instituciones...*, pág. 119.
[13] *Instituciones...*, pág. 119.
[14] Benjamín N. Cardozo: *La Naturaleza de la Función Judicial.* Pág. 81. Edic. Arayú, Buenos Aires, 1955.

ceso, con el espíritu de ese precepto y con el espíritu general de la legislación y equidad, para que dicha forma cumpla realmente con la finalidad de garantía que la ley le asignó al establecerla y el proceso constituya siempre el instrumento dinámico que se adapte a cualquier cambio, de manera de seguir siendo el medio apto para la tutela y satisfacción de los intereses que el derecho ampara. No obstante, y como lo expresa Chiovenda, "está prohibida la investigación que guió al legislador, si debe conducir a actuar aquella intención de un modo diverso. La historia nos enseña que la formalidad es necesaria para la certeza de los procedimientos, y nosotros debemos aceptarla como algo inevitable, de la misma manera que aceptamos como inevitables los términos perentorios".[15]

En virtud de las anteriores consideraciones, el formalismo procesal cobra su mayor importancia en cuanto limita o controla la actividad del órgano jurisdiccional y le señala precisamente los actos que debe desarrollar, el procedimiento que debe observar, para que la función jurisdiccional constituya verdaderamente una garantía efectiva de los derechos individuales, entre los cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el derecho de todo individuo a que se satisfaga o rechace su pretensión sólo después de un proceso en el que se guardaron las formalidades legales. En este sentido, la conservación de ellas, por rígidas que sean en ciertos casos, es la única garantía cierta para ese derecho, y si es preciso adaptarlas a la necesidad de dirigir y resolver un proceso justo, el juez debe actuar dentro de los marcos de garantía ya señalados. Por ello, expresa Cardozo que "la uniformidad deja de ser un bien cuando se transforma en uniformidad en la opresión. El interés social a cuyo servicio está la simetría o certeza debe, por ello, ser equilibrado por el interés social a que sirven la equidad, la probidad u otros elementos del bienestar social".[16]

A la postre, en cuestión de la forma que debe revestir el proceso no hay una solución absoluta. La mejor será aquella que sea más apropiada para facilitar el cumplimiento de los objetivos del proceso, dejando de lado aquellas otras complicadas y absurdas o que importen el establecimiento de prácticas viciosas que desvirtúan los textos legales, y que llegan a producir una desorientación hasta en las personas más ilustradas. Y no se piense que reformas parciales importan una solución al problema, pues, como lo ha sostenido Carlos Ayarragaray, hay que "condenar las reformas truncas, parciales, hijas de la improvisación, cuando no de resquemores y del afán de figuración. Convencidos estamos que el ambiente palaciego conspira contra la realización de una buena política procesal. Ahí mercadean los seudos procesalistas, quienes, careciendo de las ideas esenciales apropia-

[15] *Ensayos....*, pág. 153.
[16] Ob. cit., pág. 89.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

das a una buena organización de justicia, determinan la sucesión de las leyes, y que no conducen a una orgánica, juiciosa y provechosa orientación. Si unimos a ello la rigidez tribunalicia y su apego a las normas vigentes, tendremos la explicación de la razón de nuestro retardo en entrar en las vías del respeto y del triunfo del formalismo bien entendido".

Empero mediante la existencia de nuevas formas es posible llegar a sanear el proceso, dándole un prestigio y autoridad acorde con la época en que se vive, defendiendo así la libertad, que es de todos y no de unos y otros.

Tal vez en estas últimas ideas contenidas en el párrafo precedente, y para parecer innovador, el legislador se ha inclinado aparentemente por el aformalismo en la ley del Ministerio Público y en el Código Procesal Penal.

Es así como en el art. 6° inc. 3° de la ley en referencia, se indica que: "Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones". Conviene sí tener presente sobre el particular que el Ministerio Público "en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales", de manera entonces que goza en su actividad de una total libertad, no encontrándose constreñido, como sucede con los jueces, a una normativa formalista. Más aún, el C. Procesal Penal en el Libro I, Título II, párrafo 6° regula el "Registro de las actuaciones judiciales", vale decir, de aquellas que se realizan "por o ante el juez de garantía y el tribunal del juicio oral en lo penal...", y de ellas se levanta un registro, y éste se lleva a cabo por cualquier medio apto para producir fe y que garantice la conservación y la reproducción de su contenido. Se insiste en este párrafo en sus diversos artículos en el registro de las actuaciones, de las sentencias y demás resoluciones, así como en el registro del juicio oral y de las observaciones especiales que puedan formular los intervinientes. Lo anotado, entonces, implica que el registro deberá ser mayoritariamente escrito, ya que la escrituración es el medio por excelencia para producir la fe demandada por la ley, a la vez que se garantiza su conservación y reproducción. Con todo, dentro de este campo libertario formal, se reconoce que el registro del juicio oral debe demostrar el modo en que se desarrolla la audiencia de estilo, "la observancia de las formalidades previstas para ella...", y volvemos así al reino de las formas.

A manera de conclusión puede sostenerse, entonces, que no hay en esta legislación procesal penal un aformalismo, si no más bien un informalismo atenuado.

Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos

Fernando José Rabat Celis
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Hemos sido testigos, tanto por la profusa información aparecida durante el último tiempo en los medios de comunicación social, así como por la experiencia adquirida en nuestro ejercicio profesional, que en la actualidad la judicatura de menores, salvo honrosas excepciones, se encuentra sumida en una profunda crisis.

Creemos encontrar una de las causas de dicha crisis en las diversas reglas aplicables al procedimiento que rigen las materias en que intervienen menores de edad, siendo de admitir que el procedimiento, en general, está recogido principalmente en la Ley 16.618, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de marzo de 1967.

Estimamos que la Ley 16.618, en lo que se refiere a la concesión y ejercicio de los recursos procesales, es tremendamente restrictiva, lo cual impide que los Tribunales Superiores de Justicia ejerzan, durante la tramitación del pleito, un control constante y efectivo respecto de la corrección del procedimiento y de la legalidad de las resoluciones que durante él se dictan, quedando en general reducida la competencia de nuestras Cortes a conocer de los procesos sólo una vez que se ha dictado sentencia definitiva en ellos.

Como de costumbre ocurre en nuestro país, se ha planteado que la solución a los problemas que aquejan a la judicatura de menores se encuentra en una modificación legislativa, especialmente en la creación de los llamados Tribunales de Familia. Si bien estimamos que tal cambio será profundamente beneficioso, no nos cabe duda que para verlo en funcionamiento deberemos esperar aún varios años más.

En razón de lo anterior, creemos que una solución real a las dificultades que se perciben en los procedimientos de menores, **al menos en lo que se refiere al cuidado personal de los hijos**, se encuentra en una interpretación judicial correcta del artículo 227 inciso 1° del Código Civil, la que será precisamente la tesis que plantearemos en este artículo.

Situación actual del procedimiento en los juicios de menores

En general, a aquellos asuntos que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 16.618, sean de competencia de los jueces de letras de menores, se les aplicará el procedimiento contemplado en los artículos 34 y siguientes de la misma ley.

Existen, en todo caso, algunas excepciones, como son, a modo de ejemplo, el procedimiento referido a la adopción, conforme lo dispone la Ley 19.620, o los asuntos regidos por la Convención Internacional sobre Aspectos Civiles del Secuestro de Niños, y la regulación del derecho a mantener una relación directa y regular del menor con sus padres, de acuerdo a lo dispuesto por el actual artículo 48 bis de la Ley 16.618.

En síntesis, dispone el artículo 34 de la referida ley que **en los asuntos contenciosos** se aplicará el procedimiento sumario señalado en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, con las siguientes modificaciones:

1. El comparendo de estilo y la prueba de testigos tendrán lugar el día y hora que señale el tribunal;

2. No puede decretarse la sustitución del procedimiento conforme a las normas del juicio ordinario;

3. La sentencia definitiva sólo debe contener los requisitos que para las sentencias interlocutorias exige el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil;

4. Las notificaciones se practicarán, en forma en general, por el secretario del tribunal o por carta certificada;

5. La prueba será apreciada por el juez en conciencia, gozando, además, de amplias facultades para requerir todo tipo de información; y

6. Sólo son admisibles los recursos de queja y de apelación en contra de la sentencia definitiva. Además, es procedente el recurso de reposición cuando la resolución tenga la naturaleza jurídica de un auto o de un decreto.

Para aquilatar debidamente los problemas e injusticias que acarrea la aplicación de este procedimiento, señalaré a continuación sólo tres ejemplos

que, a mi juicio, ilustrarán al lector, con toda claridad, en la necesidad de los cambios jurisprudenciales que proponemos.

Estos ejemplos son:

1. Por aplicación del artículo 37 de la Ley 16.618, sólo son objeto de recursos procesales en un juicio de menores, los decretos, los autos y las sentencias definitivas, **dejando a las sentencias interlocutorias que, entre otros efectos, establecen derechos permanentes a favor de las partes**, como resoluciones dictadas en única instancia, sin que siquiera se pueda solicitar a quien la dictó que la revise.

2. La Excma. Corte Suprema, en una jurisprudencia actual, a nuestro juicio del todo errada, ha resuelto que son inadmisibles los recursos de queja intentados en contra de una sentencia pronunciada por las Cortes de Apelaciones en materia de menores, no obstante haber texto expreso de ley que concede el recurso y de haberse concedido a una de las salas especializadas de la Corte Suprema el conocimiento de dichos recursos.

3. En los juicios sobre entrega de un menor, se puede producir una situación altamente perjudicial para los intereses de éste. En efecto, en estos procesos se demanda la entrega de un niño quien se encuentra bajo el cuidado de una persona determinada. Si el tribunal accede a la demanda, el menor deberá ser entregado al actor, pudiendo el demandado deducir recurso de apelación, el que se concederá **sólo en lo devolutivo** (artículo 37 inciso 2° de la Ley 16.618). Si, luego, la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso, **revoca la sentencia definitiva**, entonces el menor **tendrá que volver al cuidado del demandado**.

De esta manera, en esta clase de procedimientos, puede ocurrir que un menor –pensemos en un infante– puede cambiar, en virtud de una decisión judicial, a lo menos en tres oportunidades la persona que lo tenga a su cuidado, con graves consecuencias para su integridad psíquica.

En resumen, queda de manifiesto que el procedimiento contemplado en la Ley 16.618, lejos de satisfacer el interés superior del niño y de respetar el debido proceso, ocasiona una serie de iniquidades que, como lo diremos a continuación, a nuestro entender pueden ser rectificadas, al menos en lo que se refiere al cuidado personal de los hijos.

Procedimientos aplicables a los asuntos que versen sobre el cuidado personal de los hijos

Estimamos que en los juicios relativos a la tuición o al cuidado personal de los menores, **el procedimiento aplicable es el juicio sumario contenido en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil**, y **no** el procedimiento sumario con las modificaciones incorporadas por los artículos 34, 35, 36 y 37 de la Ley 16.618.

En apoyo de esta tesis, se encuentran los argumentos que señalamos a continuación:

I. La especialidad

1. En aquellas materias que son de competencia de un juez de menores, conforme lo dispone el artículo 34 inciso 2° de la Ley 16.618, y siempre que se trate de un asunto contencioso, deberá aplicarse el procedimiento sumario, con las modificaciones expresadas en el mismo cuerpo legal.

Es ésta la **regla general** aplicable a todos aquellos asuntos en que exista controversia y que sean de competencia de los Tribunales de Menores, salvo que en otra ley se disponga un procedimiento especial.

2. En lo que se refiere al cuidado personal de los hijos, existe una **regla particular o especial** y, por lo tanto, ***ella es aplicable con preferencia*** a lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, conforme lo ordena el artículo 13 del Código Civil.

En efecto, el artículo 227 inciso 1° del mismo Código, modificado por la Ley 19.585, que entró en vigencia en el mes de octubre de 1999, dispone: "En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes".

3. El artículo 227 recién transcrito, como se dijo, contiene una **regla especial**, tanto en lo relativo a la ***materia***, como en lo que dice relación con el ***procedimiento aplicable*** a los asuntos en que se trate del cuidado personal de los hijos, reglas que lo distinguen de los demás pleitos en que intervengan menores de edad.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

A. Especialidad en cuanto a la materia

1. El artículo 227 se aplica sólo "*a las materias **a que se refieren los artículos precedentes***".

La referencia a "los artículos precedentes" debe entenderse hecha a los artículos 224 a 226 del Código Civil, esto es, precisamente, a todo lo relativo al cuidado personal del menor, a qué se extiende éste y quién lo ejerce. Es decir, todos los demás asuntos relativos a los menores, tales como el derecho a mantener una relación directa y regular con los padres, la autorización para salir del país, el derecho de alimentos, etcétera, no están incluidos entre las materias contenidas en el artículo 227 y, por lo tanto, como se dirá más adelante, ellas sí se tramitan conforme el procedimiento establecido por la Ley 16.618.

2. A la misma conclusión –en cuanto a la especialidad de la materia a que se refiere el artículo 227 inciso 1° del Código Civil– se llega si en su interpretación se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, toda vez que:

a. El artículo 226, vigente con anterioridad a la reforma de la Ley 19.585, disponía que "el juez procederá **para todas estas resoluciones** breve y sumariamente, oyendo a los parientes".

La expresión "estas resoluciones" estaba referida a los antiguos artículos 222 a 225 del Código Civil, los que regulaban el cuidado personal y la crianza de los entonces hijos legítimos.

b. En la tramitación del proyecto de la Ley 19.585[1], específicamente en su discusión en el Senado de la República, el actual artículo 227 estaba redactado en los términos siguientes: "El juez procederá ***en los asuntos relativos al cuidado personal de los hijos***, breve y sumariamente".

De lo anterior, se sigue con toda claridad que la intención del legislador fue que el artículo 227 inciso 1° **sólo fuera aplicable** a aquellas materias que dijeren relación con la comúnmente llamada tuición de los hijos.

En suma, queda demostrado que el artículo 227 del Código Civil, en cuanto a la materia que él regula, ***es una norma especial***, ello porque sólo rige y se aplica a aquellos asuntos relativos al cuidado personal de los hijos, y no en los demás asuntos en que intervengan o tengan interés los menores de edad.

[1] Diario de Sesiones del Senado, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión número 12ª, página 1650.

B. Especialidad en cuanto al procedimiento

1. El artículo 34 de la Ley 16.618 establece el ***procedimiento general*** aplicable a todos los juicios de menores. Cuando en estos procesos existe legítimo contradictor, entonces se aplica el procedimiento sumario con varias modificaciones, como son aquellas ya referidas y que dicen relación con la prueba testifical, la fecha del comparendo de estilo, las notificaciones, los medios de prueba y la interposición de los recursos procesales.

2. En cambio, el artículo 227 del Código Civil establece un ***procedimiento especial,*** distinto al anterior, aplicable sólo en aquellos pleitos en que lo discutido diga relación con el cuidado personal del menor.

3. Para proceder del modo recién señalado, debemos tener en consideración los siguientes antecedentes:

a. El artículo 227 señala que *"el juez **conocerá breve y sumariamente**"*.

A este respecto, el profesor Mario Casarino[2] enseña que el legislador, entre las fórmulas que emplea para dar a entender que **desea que una determinada acción se ventile de acuerdo con el procedimiento sumario, se encuentra justamente aquella en que se ordena proceder breve y sumariamente**.

De este modo, el legislador ha utilizado en forma precisa la expresión "breve y sumariamente", queriendo significar con ello únicamente que estos asuntos deben tramitarse y resolverse conforme a las normas del juicio sumario y no otras.

b. Para sustentar la afirmación anterior, basta con examinar el artículo 680 número 1 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "el procedimiento de que trata este Título... deberá aplicarse, además: N° 1: A los casos **en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga**".

Nótese, desde ya, que esta disposición está redactada en términos ***imperativos,*** ya que utiliza los vocablos *"**aplicará**" y "**deberá**"*, de manera tal que cuando el legislador emplea la expresión "breve y sumariamente", debe el juez, en forma necesaria, aplicar el procedimiento sumario a la materia de que se trate.

---

[2] *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil,* Mario Casarino Viterbo, 4ª edición actualizada, tomo V, año 1985, página 48.

Por otro lado, el inciso 1° del artículo 680 en comento, establece la regla general en cuanto a la aplicación del procedimiento sumario, en el sentido de que éste tendrá lugar en "los casos en que la acción deducida requiera por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz". El mismo inciso 1° contiene una excepción, en orden a que no se recurrirá al juicio sumario cuando exista "una regla especial".

Es importante destacar que la excepción referida, cuya interpretación debe ser restrictiva, sólo tiene lugar cuando se trata de la regla general contenida en el inciso 1° del artículo 680 precitado y **no respecto de las demás situaciones enumeradas en dicha norma**, por lo que sería errado concluir que el procedimiento establecido en los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618 es precisamente un caso de excepción al artículo 680 tantas veces referido.

c. El mismo artículo 227 inciso 1° del Código Civil dispone que el Juez ***"deberá oír a los hijos y a los parientes"***.

De este modo, la llamada audiencia de parientes se establece como **un trámite esencial** en los juicios de tuición.

Pero, a su vez, importa una **variante radical** respecto de los demás juicios regidos por los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, **ya que en ninguna de estas disposiciones el legislador estableció la audiencia de parientes**, ni como trámite esencial ni como simple diligencia de prueba. Así las cosas, es posible colegir que al establecerse la audiencia de parientes como un trámite obligatorio en los juicios de tuición, lo que el legislador persigue es alterar las normas de procedimiento contenidas en la Ley 16.618.

Por otro lado, el **artículo 42 del Código Civil** señala quiénes se entenderán comprendidos dentro del concepto de parientes y la forma en que ellos serán citados, ***remitiéndose a este respecto a las normas del Código de Enjuiciamiento Civil*** y, en particular, al artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, el que determina la forma en que se citará a los parientes.

Nótese a este respecto, que **el artículo 689 precitado se encuentra incluido precisamente dentro del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, el que se refiere justamente al juicio sumario**, con lo cual aparece con toda nitidez que es éste el procedimiento a que deben sujetarse los conflictos a que dé origen el cuidado personal de un hijo.

4. En consecuencia, atendida la especialidad en cuanto al procedimiento, resulta evidente que el legislador ha querido que los juicios sobre el cuidado personal del menor se tramiten conforme a las reglas establecidas

para el **procedimiento sumario "normal"**, ello porque el artículo 227 del Código Civil exige que el juez conozca en forma "breve y sumaria", lo que reconduce esta materia al artículo 680 número 1 del Código de Procedimiento Civil; y porque al referirse el artículo 227 del Código de Bello a la audiencia de parientes, debemos recurrir a lo dispuesto en el artículo 42 del mismo Código, el que nos transporta a lo señalado en el artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, ubicado justamente en el título en que se regula el juicio sumario, todo lo cual nos permite obtener una interpretación del artículo 227 en perfecta correspondencia y armonía con las demás disposiciones legales citadas.

5. Confirma el criterio de la especialidad, la circunstancia de que, si bien el Código Civil regula una serie de materias en que tienen interés o que dicen relación con menores, ***sólo en el caso del artículo 227 ha señalado el procedimiento aplicable a dicho asunto.***

En efecto, a modo de ejemplo, el artículo 229 del Código Civil nada dice respecto de cómo se substanciarán los conflictos surgidos con ocasión del derecho a mantener una relación regular y directa con los padres; ni en los artículos 321 y siguientes del mismo Código se hace referencia alguna al procedimiento a seguir en los juicios de alimentos.

En consecuencia, aparece de manifiesto que respecto al cuidado personal de los hijos, **el legislador ha cambiado la técnica legislativa, ya que sólo en este caso en particular**, y no en los demás contenidos en el Código Civil relativos a los menores, **ha señalado qué procedimiento se aplicará**. Por ello, el artículo 227 es también especial.

II. Argumento de interpretación lógica

1. El artículo 26 número 1 de la Ley 16.618 señala que a los jueces de menores les corresponderá conocer acerca de **quién ejercerá la tuición de un menor**.

2. A raíz de lo anterior, si no existiera el artículo 227 del Código Civil, no cabría duda que el procedimiento aplicable a los juicios de tuición sería aquel contemplado en la Ley de Menores, ***y no habría sido necesario ni tendría sentido el artículo 227*** ya referido, toda vez que, como de hecho ocurre en las demás materias relativas a los menores recogidas en nuestro Código Civil, no se habría hecho referencia alguna al procedimiento aplicable, por cuanto, en dichos casos, la intención del legislador fue que ellos se ventilaran conforme al procedimiento de la Ley 16.618.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

3. Pero en lo relativo al cuidado personal de los menores la situación es diametralmente distinta, ya ***que el legislador expresamente hizo referencia al procedimiento aplicable*** a esta materia, de lo cual se sigue que su intención fue precisamente sustraer estos juicios del procedimiento de la Ley 16.618.

4. Es evidente que las diferentes disposiciones de un cuerpo legal deben interpretarse de manera tal que ellas **puedan tener un efecto práctico**. Así, entonces, si llegáramos a la conclusión, errada a nuestro juicio, de que en esta materia el procedimiento aplicable es el de la Ley 16.618, el artículo 227 inciso 1º del Código Civil **no tendría sentido alguno** y, por lo tanto, **esa interpretación debe desecharse desde el momento en que ella nos lleva a un absurdo**.

III. El interés superior del menor

La Ley 19.585 introdujo en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico civil el principio del interés superior del menor.

Así, desde un punto de vista judicial, el artículo 242 inciso 2º del Código Civil dispone que "en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo". De este modo, al interpretarse las normas en que estén involucrados menores de edad, debe considerarse, en forma primordial, el interés de éste.

No cabe duda que todos los asuntos en que intervienen menores de edad son relevantes, pero, entre ellos, hay unos más importantes que otros.

Tal vez, el más sustancial sea el referido al cuidado personal de los hijos, ya que éste importa una relación constante y diaria con el menor, que repercutirá en su educación y formación futura.

Es por ello que el legislador ha querido extremar la aplicación del principio del debido proceso y, en particular, la exigencia del racional y justo procedimiento.

Estimamos que **este resguardo que persigue el legislador** se obtiene de mejor manera aplicando a estas materias el ***juicio sumario normal,*** ya que en éste existe un control constante del Tribunal Superior, por la vía de los recursos procesales, respecto de las actuaciones del inferior, lo que evita la consumación de una serie de actuaciones contrarias a derecho.

Así, por ejemplo, de aplicarse el juicio sumario "normal", la apelación que se deduzca en contra de la sentencia definitiva deberá concederse en ambos efectos, de acuerdo al artículo 691 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil; o, en conformidad a la misma norma, podrán interponerse recursos procesales en contra de las sentencias interlocutorias; o deducirse recursos de apelación, en forma subsidiaria, en contra de un auto o de un decreto en los casos en que lo permite el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

A mayor abundamiento, el principio del interés superior del menor como elemento de interpretación sistemático se encuentra recogido en una serie de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes en el país, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 34) y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), todos los cuales disponen que al menor debe dársele una protección especial, la que, como ha quedado dicho, nos parece que se logra de mejor forma aplicando a esta clase de juicios las normas contenidas en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

IV. Otros antecedentes

1. Por su versación en los temas planteados en este artículo, nos parece muy ilustrativo citar la opinión de don Eduardo Fuchslocher[3]. En efecto, este autor sostiene que **son de tal magnitud las modificaciones que introduce la Ley 16.618 al juicio sumario**, que en realidad ***el procedimiento de la Ley de Menores no puede ser asimilado, bajo ningún aspecto, al juicio sumario.***

Agrega este autor que "las cosas son por lo que en esencia son, y no por el nombre que le da el hombre o la ley. Por mucho que se dijese que tal acción se tramitará conforme al juicio ejecutivo, si la ley cambia sus características esenciales, como la de suprimirle el procedimiento de apremio o de embargo, por mucho que se le caratule de ejecutivo, será cualquier otro procedimiento, menos ejecutivo".

En mérito de lo anterior, se sigue entonces que cuando el artículo 227 del Código Civil utiliza las expresiones "breve y sumariamente", se está remi-

[3] *Derecho de Menores*, Eduardo Fuchslocher Petersen, tomo II, año 1970, pp. 277 y 279.

tiendo al procedimiento contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y no a la Ley 16.618, ya que esta última ley establece reglas tan especiales, que no puede decirse que ella contemple un procedimiento sumario, sino que, simplemente, la Ley de Menores contempla un proceso "sui géneris", sin forma de juicio rígido, atendida la materia.

2. Por otro lado, el mismo profesor Fuchslocher[4] sostiene que "la ley de Menores ***no ha establecido una forma fija e invariable de procedimiento*** que ha de seguirse ante estos tribunales en las diversas materias de que conocen".

En consecuencia, el procedimiento contemplado en la Ley 16.618 **no es único ni imperativo**, ya que nada impide que el legislador, para algunas materias especiales relativas a los menores, como ocurre, por ejemplo, con el cuidado personal de los hijos, establezca un procedimiento diverso que el contemplado en la Ley 16.618, de manera tal de obtener un resguardo más efectivo de sus derechos.

3. Por último, en sus *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, don Luis Claro Solar[5], al comentar el antiguo artículo 226 del Código Civil, el que disponía que "el juez procederá para todas estas resoluciones, breve y sumariamente, oyendo a los parientes", estima que el origen de esta norma se encuentra en que "el legislador creyó necesario anticiparse a consignarlas aquí, ***en silencio de las leyes procesales*** que regían a la época de la promulgación del Código Civil".

De esta afirmación del profesor Claro Solar, se sigue que, con la dictación de las diversas leyes de menores y, en particular, con la publicación de la Ley 16.618, se produjo una derogación tácita del artículo 226 del Código Civil, toda vez que esta disposición contiene una regla procedimental que no puede conciliarse o que se contradice con aquella recogida en el artículo 34 de la Ley 16.618.

Si se acepta esta tesis, entonces no cabe duda alguna que con la introducción, por la Ley 19.585, del artículo 227 del Código Civil, se ha producido, sólo en lo relativo a las materias referidas al cuidado personal de los hijos, una derogación tácita, esta vez de los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, por el referido artículo 227 inciso 1° del Código Civil.

---

[4] Fuchslocher, op. cit., página 295.

[5] *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas*, Luis Claro Solar, Editorial Jurídica de Chile, Volumen II, Tomo III, página 178.

Conclusión

En la actualidad, la judicatura de menores pasa por un momento en que son necesarias profundas innovaciones que aseguren de un modo real y efectivo los derechos de quienes se encuentran sujetos a la competencia de dichos tribunales.

En todo caso, con la entrada en vigencia de la Ley 19.585, y, en especial, con la modificación del artículo 227 inciso 1° del Código Civil, es posible salvar en parte los problemas a que nos hemos referido, ello porque en todos aquellos asuntos en que se vea envuelto el cuidado personal de los hijos, el juez de menores deberá aplicar el procedimiento sumario contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con lo que se logrará una participación constante y activa de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes, por intermedio de la interposición de los recursos procesales, podrán velar por la corrección del procedimiento y por la legalidad de la resoluciones que durante él se dicten.

Análisis Jurisprudencial

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

Universidad del Desarrollo
Santiago – Concepción

Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.

Corte Suprema, 13 de agosto de 2001

COMENTARIO:
Cecily Halpern Montecino
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y UNIVERSIDAD DE CHILE
Directora de Carrera Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. LA CAUSA

EXCMA. Corte Suprema
Trece de agosto de 2001

Vistos:

Por sentencia de veinticuatro de octubre del año pasado, escrita a fojas 117 y siguientes, la juez de primer grado acogió, sin costas, la demanda formulada por don Luis Espinoza Cortés y don Sergio Cortés Villalobos, en contra de la empresa Sociedad Minera El Molino Ltda. Así, considerando que el despido del señor Espinoza es injustificado, condena a la demandada al pago de las indemnizaciones correlativas y al de las cotizaciones adeudadas, pero en el caso del señor Cortés, aceptó la caducidad sólo de la acción de despido inmotivada alegada por la parte empresarial y, por ende, sólo la condenó al pago de las cotizaciones previsionales. Esta misma sentencia desestimó la pretensión de los actores de pago de las remuneraciones devengadas, a contar de la data de sus despidos hasta que el empleador acredite el entero pago de las cotizaciones previsionales.

Apelada esta resolución por ambas partes, la Corte de Apelaciones de La Serena, por fallo de veintiséis de enero del año en curso, que se lee a fojas 136 y siguientes, la confirmó, con declaración, pues indicó que la demandada queda, además, obligada al pago de las remuneraciones de ambos trabajadores demandantes, durante todo el período posterior al despido ocurrido el día 29 de febrero de 2000 y hasta que éste sea convalidado mediante el entero pago de las cotizaciones previsionales, conforme lo dispone el artículo162 del Código del Trabajo.

Contra esta sentencia el apoderado que representa a la Sociedad Minera el Molino Ltda., interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo, los cuales se trajeron en relación, como se lee a foja 165.

Considerando:

I. Del recurso de casación en la forma:

Primero: Que como anteriormente se dijo en la parte expositiva, el apoderado que representa a la demandada interpone recurso de nulidad formal en contra del fallo de segundo grado, para lo cual ha hecho valer las causales de los números 4º, 5º y 9º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esta última en relación con lo preceptuado por el artículo 795 Nº1 y 2º del mismo texto procesal.

Segundo: Que, en primer lugar, la recurrente desarrolla en su escrito de nulidad la causal novena del artículo 768, es decir, que durante la tramitación de la causa se ha faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad, en este caso porque en primera instancia no se demandó y emplazó a su representada, la Sociedad Minera El Molino Ltda., sino que a una tercera extraña llamada Sociedad El Molino Ltda. y, en consecuencia, todas las actuaciones realizadas en el proceso le son inoponibles, entre las cuales se cuenta el llamado a conciliación, el que es obligatorio en este tipo de causas.

Tercero: Que el problema propuesto deberá rechazarse por falta de preparación, pues de haber existido el vicio que ahora invoca la demandada, éste se produjo en la primera instancia sin que fuera alegado o reclamado por ella en tiempo y forma, como lo exige el artículo 769 del Texto Procesal Civil.

Cuarto: Que, a mayor abundamiento, es del caso precisar que el vicio denunciado no se da en la especie, por cuanto si bien el actor incurrió en una inexactitud al indicar el nombre de su empleador, la sociedad demandada tomó en definitiva cabal conocimiento del pleito, en su oportunidad y en su domicilio, por medio de su representante legal, tanto es así que incluso evacuó el trámite de la contestación de la demandada.

Quinto: Que la segunda situación alegada por la parte empresarial consiste en que el fallo recurrido ha sido dado en ultra petita, porque los actores no han accionado pidiendo la nulidad del despido, única forma de acceder al beneficio contemplado en el inciso 5º del artículo 162 del Código del Trabajo, esto es el pago de las remuneraciones que se devenguen con posterioridad a la fecha del despido, mientras el empleador no acredite el pago de sus cotizaciones previsionales.

Sexto: Que este capítulo del recurso deberá correr la misma suerte, es

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

decir, debe desestimarse, porque los demandantes al pedir expresamente en el libelo de demanda que se condenara a su empleador al pago de las remuneraciones correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y demás que se generen durante la secuela del juicio, en tanto no se cancelen las cotizaciones previsionales adeudadas, en virtud de lo prescrito en el artículo 162 del Texto Laboral, han solicitado los efectos propios fijados por el legislador en la indicada norma; más aún, si la demandada, al evacuar el trámite de la contestación de la demanda, nunca formuló reproche a esta prestación pedida por los actores, por el contrario alegó el cabal cumplimiento de su obligación como empleador en el pago de las cotizaciones.

Séptimo: Que, en tercer lugar, el apoderado de la parte empresarial sostiene, al pedir la nulidad formal de la sentencia atacada, que ella no se encuentra extendida legalmente, para lo cual se ha hecho valer la causal contemplada en el artículo 768 número 5º del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 458 Nº 7 del Código del Trabajo, en razón de que falta la decisión de uno de los asuntos controvertidos, como lo es la excepción de caducidad de la acción respecto del actor Cortés.

Octavo: Que es del caso indicar que tal asunto se encuentra resuelto por los jueces de mérito, ya que la caducidad de la acción de despido injustificado del actor Cortés fue acogida por el fallo de primer grado y el de segundo es confirmatorio en este punto y, en consecuencia, también debe rechazarse el recurso por esta causal.

Cuestión diferente es que la sentencia sea favorable a este trabajador, en cuanto pide el pago de cotizaciones y de remuneraciones por el tiempo posterior al despido, mientras su patrón no justifique el pago íntegro de las imposiciones previsionales, ya que tales situaciones no tienen plazo de caducidad, sino que de prescripción, en el artículo 480 de Código del Trabajo, la que no fue alegada por la demandada.

II. Del recurso de casación en el fondo:

Noveno: Que, el abogado que representa a la sociedad demandada señala en su escrito que contiene el recurso de nulidad en el fondo, que los jueces del grado al dictar el fallo impugnado han incurrido en error de derecho por dos razones o capítulos.

Décimo: En primer lugar expone que los falladores han conculcado el inciso 5º del artículo 162 del Código del Trabajo, en relación con el artículo

1681 del Código Civil, ya que sin que los actores hubieran demandado la nulidad del despido por no pago de las cotizaciones, única forma de acceder y obligar a su representada a seguir pagando las remuneraciones de los trabajadores despedidos, han otorgado esta prestación.

Undécimo: Que en mérito de lo ya indicado en los razonamientos quinto y sexto de la presente resolución, esta causal no puede prosperar.

Duodécimo: Que, en segundo lugar, la recurrente sostiene que también los sentenciadores cometieron infracción de ley al acoger la demanda interpuesta por Sergio Cortés, la cual no podía prosperar ya que su acción había caducado; así, señala como transgredido el inciso 1º del artículo 168 del Texto Laboral, en relación con los artículos 48 y 49 del Código Civil.

Decimotercero: Que para rechazar este capítulo del recurso, basta tener presente lo ya dicho en el fundamento octavo de esta sentencia.

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo previsto en los artículos 764, 766, 767 y 769 del Código de Procedimiento Civil, SE RECHAZAN los recursos de casación en la forma y en el fondo, deducidos en lo principal de fojas143, contra la sentencia de veintiséis de enero del año en curso, que se lee a fojas 136 y siguiente.

Sin perjuicio de lo antes resuelto, esta Corte estima del caso precisar que la obligación impuesta a la empresa demandada, en la sentencia que se revisa, consistente en el pago de las remuneraciones a favor de los actores, que se hubieran devengado con posterioridad al despido, con motivo de la aplicación del inciso 5º del artículo 162 del Código del Trabajo, es sólo por el lapso máximo de seis meses; lo anterior, en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar en dicho plazo esta indemnización, pues, de esta manera, se guarda, además, una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3º del artículo 480 del mismo texto legal, acerca de esta misma materia.

Regístrese y devuélvase.

Nº 1.100-01
Pronunciado por los ministros señores Mario Garrido M., Marcos Libedinsky T., José Benquis C., Urbano Marín V. y el abogado integrante señor Fernando Castro A. No firma el abogado integrante señor Castro, por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo.

Firmado: Marcela Paz Urrutia Cornejo. Secretaria Subrogante.
Santiago, 13 de agosto de 2001.

II. COMENTARIO

En similar sección del número 4 de esta misma revista, correspondiente al mes de julio del año 2001, en referencia a una sentencia que aplicó las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.631 al artículo 162 del Código del Trabajo, hacíamos una crítica a la mencionada ley por dejar numerosos cabos sueltos e interrogantes, las que atentaban en contra del principio de la certeza jurídica.

En efecto, como se sabe, dicha ley impone la obligación de pago de todas las cotizaciones previsionales como condición previa al término válido de la relación laboral por parte del empleador. La circunstancia de no cumplir con dicha obligación implica que la terminación del contrato de trabajo no produce efecto alguno y que el trabajador tiene derecho a todos los beneficios remuneratorios emanados de su contrato de trabajo.

Si el empleador no cumple con su obligación, para que dicho efecto se materialice, es decir, para que el empleador tenga que pagar las remuneraciones posteriores al despido, el trabajador debe demandar de la nulidad de la terminación del contrato. Para ello, tiene el plazo de seis meses, contado desde la suspensión de sus servicios, conforme lo dispone el artículo 480 inciso 3° del Código del Trabajo.

En dicho artículo se formulaba la interrogante de cuál sería el efecto en relación con la vigencia del contrato, si el trabajador dejaba transcurrir el plazo de seis meses sin presentar la demanda. Se expresaba en dicha oportunidad que era dable sostener que el aludido efecto se "saneaba" con el transcurso del plazo de prescripción, pero que, como se trata de una prescripción, lo anterior debía ser formalmente alegado por el empleador frente a una demanda extemporánea, ya que se trata, como se dijo, de una prescripción y no de una caducidad.

La sentencia en comentario vino, en cierto sentido, a ratificar dicho pensamiento, al establecer que "la obligación impuesta a la empresa demandada, en la sentencia que se revisa, consistente en el pago de las remuneraciones a favor de los actores, que se hubieren devengado con posterioridad al despido, con motivo de la aplicación del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo "**es sólo por el lapso máximo de seis meses**".

La Excelentísima Corte funda su resolución solamente en la argumentación adelantada por nosotros en el trabajo del año 2001 publicado en esta revista, señalando que "lo anterior, en razón de **una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar en dicho plazo**

esta indemnización, pues de esta manera se guarda, además, una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3° del artículo 480 del mismo texto legal, acerca de esta misma materia".

Si bien hubiese sido deseable un razonamiento más lato y consistente por parte de la Excelentísima Corte, la resolución que se comenta tiene de positivo que ella ha venido a sentar un razonable precedente, en lo que a la exigibilidad de la obligación del empleador de pagar remuneraciones se refiere, cuando el término del contrato no ha producido efectos por causa del no pago de cotizaciones previsionales, límite que no figura en la Ley Nº 19.631, actualmente incorporada al artículo 162 del Código del Trabajo, de la cual emana la obligación en comento.

La Corte fundamenta su fallo en **los principios de la equidad y la certeza jurídica**; sin embargo, no nos cabe duda de que ella tuvo especialmente en consideración el hecho de que la relación laboral que se obligaba a mantener por el mandato de la ley en comentario, era meramente ficta, y que era prudente y justo establecer un límite a la sanción legal de carácter pecuniario aplicable al empleador en los supuestos por ella misma señalados. Podría haber invocado también, si ése fue el razonamiento, el principio laboral de la primacía de la realidad.

Debe, asimismo, destacarse que este fallo califica jurídicamente de "indemnización" a este beneficio, lo cual tiene consecuencias jurídicas importantes, que dado el objetivo del presente trabajo, no desarrollaremos en esta oportunidad.

No obstante, cabe la duda si lo señalado por la Corte es rigurosamente sustentable frente a una acción judicial concreta del trabajador, entablada en tiempo y forma, en la que se resuelva que el despido es efectivamente nulo o no produce el efecto de poner término al contrato, dado que **existe texto expreso de la ley** en el sentido que el despido sólo se convalida con el pago de las imposiciones adeudadas y que el empleador debe pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo **durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación al trabajador.**

Por lo anterior, es dable pensar que corresponde al legislador hacerse cargo de las dificultades que el texto de este precepto legal ha generado y dictar una ley al efecto, de modo de liberar al Poder Judicial de la responsabilidad de proceder a interpretaciones que no se corresponden al tenor literal del precepto.

Es probable que, si así no se hace, algunas personas tiendan a sostener que se le deberían pagar al trabajador todas las remuneraciones a que hubiere tenido derecho hasta la sentencia definitiva ejecutoriada que declarase la nulidad del despido o hasta la convalidación del mismo, lo cual sólo se produce con la comunicación al trabajador del pago efectivo de la deuda previsional.

Sucesivas sentencias de los jueces de primera instancia han adoptado el criterio contenido en este fallo y han reiterado las argumentaciones en él recogidas para fundamentar su resolución, sin enriquecer las razones fundantes de la decisión judicial analizada.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención

Pedro Pablo Vergara Varas
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Se ha sostenido con descuidada generalidad que la excepción de prescripción adquisitiva debe ser siempre alegada por el demandado por vía de reconvención, esto es, demandando en el mismo juicio al actor, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 314 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En concreto, se sostiene que si el demandado se defiende de la acción reivindicatoria intentada en su contra, oponiendo como defensa la prescripción adquisitiva, debe además accionar en contra del reivindicante.

Este aserto, sostenido con esa generalidad, constituye un evidente error. No es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva sólo se pueda hacer valer por vía de reconvención.

El tema se ha discutido desde largo tiempo, y la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado, mayoritariamente, en el sentido que debe alegarse la prescripción adquisitiva como acción. Un fallo reciente publicado en *La Semana Jurídica* (edición del 20 de mayo de 2002) insiste en este predicamento, basado, creemos, más en una tradición repetida desde hace años en la cátedra de Derecho Civil, que en un estudio meditado sobre este problema. En efecto, la aludida publicación se refiere a un fallo en este sentido en los siguientes términos: *"La prescripción adquisitiva persigue la declaración de dominio, ya que es un modo de adquirir la propiedad y en tal virtud, por su naturaleza misma, es una cuestión de lato conocimiento y es por ello que no puede estar incluida en lo preceptuado en el artículo 310 del*

Código de Procedimiento Civil. Dicha norma legal se refiere más bien a la extinción de las acciones judiciales que emanan de las obligaciones. Así, se hace improcedente la excepción de prescripción adquisitiva alegada en esta instancia al amparo de la disposición legal aludida, y más aún cuando ésta no está declarada ni se pide su declaración" (Corte de Apelaciones Rancagua, sentencia de 11 de agosto de 2001, Rol Nº 16.769. La Corte Suprema declaró inadmisible recurso de casación, el 30 de abril de 2002, Rol Nº 375-01). *La Semana Jurídica.* Edición del 20 de mayo de 2002.

1. La base de la afirmación en comento está en el artículo 2513 del Código Civil, el cual exige, para hacerla oponible a terceros, que la sentencia que declara la prescripción sea inscrita en el Conservador de Bienes Raíces. De esta norma se ha colegido que no basta con que dicha sentencia rechace la acción intentada; es necesario que el fallo respectivo haga la declaración pertinente y ordene la inscripción prevista en la norma citada.

2. Se agrega por quienes afirman la necesidad de deducir reconvención, que en conformidad a lo dispuesto por el artículo 728 del mismo Código Civil, es necesario que se cancele la inscripción anterior, todo lo cual requiere de una sentencia que declare el derecho y no de la que simplemente niegue lugar a la reivindicación.

3. Creemos que en estas afirmaciones se esconde un error, ya que la regla enunciada no es generalmente efectiva. El tema debe analizarse desde dos perspectivas:

a. la prescripción como mera defensa en el juicio, y

b. la prescripción como acción encaminada a obtener la inscripción y cancelación antes referida.

a. como mera defensa:

1. En el primer caso, esto es, cuando el demandado se limita a oponer a la reivindicación la excepción de prescripción, y acredita los supuestos de hecho de ésta, esto es, haber poseído por el lapso que la ley determina y sin clandestinidad, el tribunal debe, necesariamente, acoger la excepción y, consecuentemente, rechazar de este modo la acción reivindicatoria.[1]

[1] En este punto, cabe recordar que hay casos de posesiones inútiles, esto es, que nunca llevan a adquirir por prescripción, ni siquiera extraordinaria. Ver Rodríguez Grez, Pablo: *De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena.* Editorial Jurídica de Chile. Año 1994.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

2. La prescripción es un modo originario de adquirir el dominio, y por lo tanto, al tribunal sólo le cabe constatar o verificar su existencia. El fallo del tribunal, que declara la prescripción, no es el modo de adquirir ni el título, sino sólo un medio para dar publicidad y hacer oponible el fallo a terceros, según expresamente lo dispone el artículo 2513: "pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción".

3. Sostenemos que no es procedente que el tribunal de la instancia, declarando en el fallo que concurren los requisitos necesarios para declarar o constatar la prescripción, pueda negar lugar a la excepción opuesta –prescripción adquisitiva–, basándose simplemente en el argumento que el demandado no interpuso, a su vez, la acción encaminada a obtener que se declare la prescripción. La única carga procesal del demandado es la de defenderse, y no la de convertirse en demandante o actor.

4. En consecuencia, si el demandado se excepciona con la prescripción, y ésta es debidamente acreditada, cumpliéndose los requisitos necesarios para constatarla, el juez debe acoger la excepción y consiguientemente, rechazar la demanda. Lo que ocurre es que esta sentencia ***sólo será oponible entre las partes***, y no servirá para ***acreditar*** la prescripción, a diferencia de lo que ocurre con aquella que se inscriba en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

5. Puede ocurrir, además, que el demandado sea poseedor inscrito de la propiedad. En ese caso, menos tendría sentido exigirle que, para defenderse de la reivindicación, deba impetrar acción de prescripción, ya que ello llevaría a que se procediera a una nueva inscripción de dominio en su favor, sin cancelarse la anterior. Ello concluiría en que una misma propiedad quedara inscrita dos veces en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, cuestión que violenta el sistema registral chileno y particularmente el artículo 728 del Código Civil.

b. la prescripción encaminada a obtener la inscripción de dominio:

Aquí la situación es distinta. El demandado no es poseedor inscrito del inmueble, pero está habilitado legalmente para reclamar que ha adquirido el dominio por prescripción, y así lo hace.

En este caso, el demandado, para obtener los *"beneficios"* que le concede el artículo 2513 citado, debe, además de oponer la excepción de prescrip-

ción, accionar en contra del demandante, para lo cual debe reconvenir, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 314 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Acogida la demanda reconvencional, se agotará definitivamente el derecho del demandante, puesto que se cancelará su inscripción, y se inscribirá la sentencia, la que hará las veces de escritura pública. De otro modo, la sentencia no serviría al demandado para acreditar su derecho de dominio. De ahí que sea necesario que el demandado se convierta en actor y demande, por la vía de la reconvención, la declaración de haber prescrito en el dominio. La sentencia que se dicte tendrá efecto declarativo, y al inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces, se hará oponible *erga homes*, como ocurre con todos los derechos reales.

En conclusión:

1. Sólo en este último caso es necesario que el demandante alegue la prescripción como acción, pero no para efectos de que pueda acogerse su excepción, sino para cumplir con los fines previstos en el artículo 2513 del Código Civil.

2. Tampoco sería procedente que, por no haberse alegado la prescripción como acción, deba acogerse la acción reivindicatoria intentada.

3. Si el demandado es poseedor inscrito, no cabe que alegue por la vía de la reconvención la prescripción, puesto que ello concluiría en que la propiedad se inscribiera dos veces a nombre de una misma persona.

Actividades de las Facultades

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago)

Primer semestre 2002

Fabiola Vergara Ceballos
Coordinadora de Carrera
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Al igual que en años anteriores, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo se ha preocupado del desarrollo de actividades complementarias a las curriculares del pregrado.

Es así como ha dirigido sus esfuerzos a estrechar lazos con su alumnado, a la vez que, por medio de las actividades de extensión y postgrado, ha seguido consolidando su presencia en la sociedad, demostrando tener un proyecto educativo serio y coherente.

A continuación, un resumen de las más destacadas del primer semestre del año 2002:

I. Admisión 2002

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo se ha consolidado como una entidad seria y con excelencia académica, lo que se reflejó en los resultados del proceso de admisión del año 2002, en los que se observó un notable mejoramiento en los puntajes de ingreso.

II. Inauguración del año académico

El jueves 4 de abril la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, inauguró su año académico 2002, oportunidad en la que, además, se distinguió a los alumnos con rendimiento académico sobresaliente de cada año y se hizo entrega del "Premio Roberto Dávila Díaz" al alumno que, durante **toda su trayectoria estudiantil, obtuvo el mejor rendimiento académico.** En esta ocasión la distinción recayó en la egresada Srta. Patricia Bohn Berenguer.

Esta ceremonia, encabezada por el presidente del Consejo General de Abogados de Chile, Sr. **Sergio Urrejola Monckeberg**, el Rector de la Universidad del Desarrollo, Sr. **Ernesto Silva Bafalluy**, el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. **Pablo Rodríguez Grez**, y la Directora de la Carrera de Derecho, Sra. **Cecily Halpern Montecino**, contó además con la participación del Asesor Presidencial de Cultura, Sr. Agustín Squella Narducci, quien dictó una clase inaugural sobre la "Etica del Abogado". A continuación transcribimos el texto del *Discurso inaugural* del año académico 2002, palabras del decano sr. Pablo Rodríguez Grez:

Como se ha hecho ya tradicional, inauguramos el presente año académico premiando a los estudiantes más destacados de cada promoción, como forma de expresarles nuestro reconocimiento por el esfuerzo realizado y proyectar su ejemplo hacia las futuras generaciones. Particular importancia asignamos al "Premio Roberto Dávila Díaz", que se confiere al mejor egresado de la carrera y que tiene por objeto preservar la memoria de un gran juez, que ocupó en la judicatura los cargos más elevados y que se desempeñó como profesor de esta casa de estudios superiores. Queremos destacar, muy especialmente, su vocación académica, que, unida a su amor por la justicia, hicieron de él un hombre excepcional para todos quienes hemos dedicado nuestra vida a la actividad académica y al ejercicio del derecho.

No existen tareas más excelsas que la enseñanza y la administración de justicia, la primera en cuanto compromiso de trasmitir los conocimientos y las experiencias adquiridas a través de los años, la segunda como instancia de solución de los conflictos que surgen en la convivencia social. Los profesores y los jueces tienen, entonces, una inmensa responsabilidad, porque a través de ellos se perpetúa y profundiza el conocimiento y se conquista la paz social, clausurando el uso de la fuerza bruta como último recurso de imposición irracional. Roberto Dávila asumió ambas responsabilidades y consiguió ser un gran profesor y un gran juez. Emulando a García Lorca, en su celebre discurso en el Ateneo de Madrid, podría decirse de él que fue un hombre más cerca de la justicia que de la fría letra de la ley, más cerca de la emoción que del rigor, más cerca del perdón que del castigo. Por eso queremos que este premio perdure en el tiempo y constituya un timbre de orgullo para quienes lo conquisten en el futuro.

Nuestra Facultad está empeñada en la construcción de un proyecto de enseñanza jurídica distinto de los modelos actualmente en boga. Este proyecto se asienta en tres ideas matrices, aún poco divulgadas: creemos que los grandes principios o "espíritu general de la legislación", como los

DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

llamó Bello en su Código Civil, son más importantes que las instituciones y las normas y que debe dárseles primacía como fuente formativa de los abogados del siglo que comienza. Creemos que una Facultad de Derecho debe dotar al estudiante de una concepción global de lo jurídico, cualquiera que ella sea, siempre que abarque una explicación clara sobre qué es el derecho, cuál es su misión fundamental, cómo funcionan las potestades que éste instituye, de qué manera influyen en él los valores, cómo se autogenera su estructura, cuáles son las exigencias para que sea eficaz, y de qué modo participan los imperados en las reglas que les afectan y que deben acatar. Finalmente, creemos que el derecho debe estudiarse con entusiasmo y vivirse con pasión, esto último implica trasmitir al estudiante el amor por el orden, la paz y la seguridad, las ventajas del vivir en un estado de derecho, la posibilidad real de intervenir en la gestación de todos los mandatos que nos alcanzan, y de participar directa e indirectamente en el destino y la conducción política de la sociedad. "La lucha por el derecho", a que se refería Rudolph von Ihering en una sus obras más célebres, es cada día más necesaria y apremiante y, por qué no decirlo, las experiencias históricas han expandido sus fronteras, haciendo a los abogados, en buena hora, militantes de la causa de la libertad cuando ella se ejerce en el marco de las normas y bajo el imperio de una autoridad limitada también por ellas: las normas jurídicas.

Esta ceremonia es una oportunidad propicia para dejar sentadas estas y otras reflexiones, para nosotros trascendentes. Es por eso que hemos invitado al destacado profesor Agustín Squella, cuyo pensamiento y textos de estudio constituyen un constante aliento para estudiantes y profesores. Él se referirá a un problema cada día más apremiante: la ética profesional, sin la cual toda nuestra actividad pierde sentido y se transforma en la negación de los valores más sensibles para el abogado. Quiero agradecer, muy sinceramente, su presencia en la certidumbre de que, como siempre, contribuirá poderosamente en la noble tarea de la formación jurídica.

Para terminar, nuestro agradecimiento a las autoridades de la Universidad por confiar en la tarea que estamos realizando, a los estudiantes por su adhesión al proyecto que queremos construir, a los profesores y ayudantes por compartir nuestras inquietudes y hoy, especialmente, a los alumnos premiados, porque ellos han dado respuesta al reto de ser cada día mejores y a la aspiración de esta Universidad de hacerlos, en el mejor sentido de la palabra, "buenos abogados".

Muchas gracias.

III. Actividades estudiantiles

1. Recepción del Primer Año

La bienvenida a los alumnos que ingresaron este año a la carrera se realizó en el centro de eventos Los Almendros.

Junto al profesor Sr. Juan Ignacio Canales, los alumnos trabajaron en equipo, compartieron y se divirtieron durante un día, lo que les permitió conocerse y consolidar su unión como curso.

Al finalizar la jornada, el Decano, Sr. Pablo Rodríguez Grez, les dio a conocer su proyecto estudiantil, instándolos a sumarse a él con entusiasmo.

2. Visita al Congreso Nacional

Al igual que el año pasado, se realizó una visita al Congreso Nacional, asistida por los profesores Sr. Ernesto Silva Méndez y Rodrigo Arellano Falcón.

3. Encuentros con alumnos

Siguiendo la línea que se trazara hace 3 años, en el sentido de dar atención personalizada a los alumnos, las autoridades de la Facultad realizaron desayunos y reuniones masivas con cada nivel de la carrera.

Estos encuentros, desarrollados en un ambiente de plena confianza y respeto mutuo, permitieron conocer la percepción de los alumnos respecto al funcionamiento docente y administrativo de la carrera.

Esta experiencia se repetirá en el segundo semestre, con el objeto de evaluar las soluciones adoptadas a los problemas planteados en estas reuniones.

4. Tutorías

Se ha mantenido el sistema de tutorías de los alumnos, toda vez que la experiencia indica que son una efectiva instancia para abordar los problemas personales que los afectan.

5. Reuniones con académicos de la Facultad

Con el propósito de estructurar el desarrollo de las actividades académicas del año 2002, se efectuaron reuniones con todos los profesores y ayudantes del pregrado, como también con los Directores de los distintos Departamento de la Facultad.

6. Concurso de ayudantes

Este año se abrió concurso público para la designación de los ayudantes correspondientes a las cátedras de primer y segundo año, el que se hizo extensivo a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales, y abogados de las distintas universidades chilenas.

Al finalizar el primer semestre académico, la Facultad está complacida por la calidad de los ayudantes designados, quienes han asumido con responsabilidad y entusiasmo esta obligación docente.

7. Jornadas de debate

En el mes de junio se iniciaron las "Jornadas de Debate", en las que participaron los alumnos de los distintos niveles de la carrera, tanto en la selección de los temas como en la elaboración de argumentaciones y defensas.

Los temas abordados por los participantes fueron:
- Marketing político
- Conflicto árabe-israelí.

IV. Clínica Jurídica

La Clínica Jurídica de la Universidad del Desarrollo, durante el año 2002, ha continuado su labor de asesoría jurídica gratuita a los vecinos de la comuna de Renca, tramitando causas en diversos juzgados de la Región Metropolitana.

Su labor ha sido ampliamente reconocida a nivel comunal, lo que se refleja en la gran demanda de asistencia y orientación.

V. Página web

La página web se ha convertido en otra herramienta para mejorar el sistema de enseñanza. A través de ella, nuestros profesores se comunican con los alumnos, poniendo a su disposición el material de clases, lecturas obligatorias y complementarias, calificaciones, pautas de corrección y demás información pertinente.

VI. Congreso de ayudantes

El porvenir de toda universidad está indisolublemente ligado a la formación y perfeccionamiento de sus ayudantes. Consciente de esta realidad, la Universidad del Desarrollo decidió reanudar los encuentros anuales de ayudantes de derecho, que otras casas de estudio han organizado con anterioridad.

Es así como ha convocado al VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho, referente, en esta oportunidad, a la "Responsabilidad ante el Derecho. Perspectiva histórica, dogmática y filosófica". La participación está abierta a todos los ayudantes, de cualesquiera cátedras de Derecho impartidas por universidades chilenas.

Este Congreso se realizará entre los días 24 y 27 de julio del año en curso.

VII. Clases magistrales

1. En el mes de mayo, el presidente de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Sr. Jorge Dahm, se reunió con los alumnos de la carrera de Derecho para compartir experiencias y reflexiones en torno al funcionamiento y rol de los Tribunales de Justicia de nuestro país.

2. El destacado jurista argentino, profesor titular de la Universidad de Buenos Aires y Nacional del Litoral, Sr. Jorge Mosset Iturraspe dictó una conferencia en la que expuso sobre el tema "Responsabilidad Post-Contractual" y "Los Contratos Administrativos –en particular el de Obra Pública– a mitad de camino entre el Derecho Público y el Derecho Privado-Civil".

Esta conferencia se incluyó en las actividades de los Diplomados en el Nuevo Derecho que imparte esta Facultad.

3. El profesor universitario Sr. Germán Sepúlveda, en reunión con los alumnos del primer año de la carrera, se abocó al análisis de la historia y evolución de la universidad en Chile.

VIII. Postítulos

Durante el año 2002, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo está impartiendo dos Diplomados en el Nuevo Derecho, de alta relevancia e interés entre los profesionales.

Dichos programas tienen una duración de 8 meses y son impartidos en régimen vespertino.

1. **Diplomado en el Nuevo Derecho de la Empresa.** Su objetivo es el estudio del Nuevo Derecho de la Empresa, comprendiendo aspectos de Derecho Tributario, Derecho Laboral, las nuevas tendencias en la Contratación Comercial, el Derecho del Mercado de Valores, los Delitos Económicos, el Derecho del Comercio y Contratación Internacional y la Inversión Extranjera.

2. **Diplomado de Concesiones de Obras Públicas.** El se aboca al estudio del nuevo derecho de las concesiones de obras públicas y su aplicación en relación con los aspectos de responsabilidad administrativa, financiera, medio ambiental, de seguros, etc. El objetivo específico es el análisis del régimen jurídico del contrato de concesión, con todos los alcances de la nueva normativa de las concesiones de obras públicas.

IX. Seminario

El jueves 15 de mayo la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, realizó en el Aula Magna de la Universidad el seminario "Quiebre Institucional en Chile (1970-1973)", ocasión en la que los señores **Arturo Fontaine**, abogado, periodista y profesor universitario; **Cristián Gazmuri**, historiador y profesor universitario (***intervención que se transcribe a continuación***); y **Gonzalo Vial**, abogado, historiador y profesor universitario, analizaron, desde una perspectiva histórica, este importante tema.

NOTAS SOBRE LAS CAUSAS DE LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CHILENA EN 1970-1973.

Exposición de don ***Cristián Gazmuri*** *en seminario "Quiebre Institucional en Chile", Universidad del Desarrollo, mayo 2002*

El orden de la exposición será el siguiente: primero me referiré a cómo veo la gestación de la crisis en una perspectiva más prolongada y, agregaría, más profunda (a partir de 1920); para seguir con las causas que veo más próximas en el tiempo o, si se quiere, dentro de un ciclo coyuntural más breve. Por cierto que ambos procesos están imbricados, primero secuencialmente y en sus etapas finales de manera sincrónica, llegando a retroalimentarse.

1. La gestación de la crisis en una perspectiva temporal mediana (coyuntura larga) a partir de 1920

Desde la Independencia llegó hasta nosotros la cultura política francesa y luego las ritualidades sociales que obnubilaron a nuestra oligarquía y a la naciente clase media. También llegaron las ideas y formas económicas liberales de origen británico y bastantes elementos de la modernidad naciente en Italia, España, Alemania, etc.

En propiedad, se puede decir que nuestra oligarquía había incorporado plenamente la cultura de esa modernidad hacia fines del siglo XIX y que desde allí ésta resbalaba hacia los estratos medios y bajos de la población. No se daba este proceso en un panorama de conflicto; el sector social medio e incluso el sector bajo se amoldaban, imitaban y trataban de integrarse a los patrones culturales de la oligarquía o, al menos, no se rebelaban contra éstos.

Fue hacia 1910 (por poner fecha a un fenómeno que no es fácil de fijar en el tiempo) que otra modernidad de origen tan europeo como la anterior, pero de contenido diferente, comenzó a penetrar en la cultura de la clase media chilena. Fue la cultura característica de la intelectualidad europea de fines de siglo la que ahora comenzó a influir. Cultura crítica, por cierto, de los moldes oligárquicos, de las ideologías y ritualidades sociales que éstos contenían; del ethos cultural católico y el orden valórico burgués o alto burgués. Y, en lo político-social, de la sociedad jerarquizada que existía entonces en Chile. Como expresiones concretas de esta "nueva" modernidad llegada a Chile nacieron la FECH en 1906, la FOCH en 1909, y, a partir de 1906, el Partido Radical se transformó en la expresión política de esta clase media reformista, convirtiéndose, hacia 1920, en el eje de la vida política de Chile.

Tenemos pues la primera coyuntura de crisis socioeconómica y política del

siglo veinte chileno, la primera "crisis de dimensión histórica"[1] de este siglo. En concreto, la conmoción provocada entre 1920 y 1932 por la lucha y luego la afirmación social, cultural y política de la clase media en pugna contra la oligarquía.

La crisis de 1920-1932 tuvo un final afortunado. El nuevo orden que se estableció tenía elementos para ser estable y al mismo tiempo la posibilidad de abrir nuevos horizontes al resto de los chilenos –todavía la mayoría numérica de la población– que aún permanecía bajo el "peso de la noche". La estabilidad se logró; el tiempo que fue desde 1932 a 1973 han sido los 40 años más estables y tranquilos de la historia de Chile republicano; ni guerras externas ni internas; escasos hechos de sangre o motines de tipo político, regularidad en el funcionamiento de los mecanismo institucionales; en suma, una sociedad que parecía tener dominados sus conflictos, lo que no era así en realidad, pues éstos, latentes, ciertamente existían. Esto fue así porque durante esos 40 años el "sistema" no logró incorporar a la mayoría que había quedado fuera del "compromiso" de 1932. Acuerdo entre la oligarquía, que conservó mucho de su poder político-social y económico, y la clase media, que lo adquirió, pero que incluyó sólo a sectores relativamente pequeños del proletariado organizado y dejó fuera a otros mucho más numerosos, sobre todo en el mundo rural. La apertura hacia estos postergados se iría produciendo en forma muy lenta y reducida fundamentalmente al plano político, como veremos. Y ésa sería una de las causas de la crisis de la democracia chilena que estamos analizando aquí, la de 1973.

En cifras, la situación fue la siguiente: entre los años 1932 y 1970 el producto nacional per cápita creció en un porcentaje de alrededor de un 1.6 por ciento anual (hay que tener en cuenta que fue un período de gran crecimiento demográfico). Pero, además, este crecimiento favoreció fundamentalmente sólo a algunos sectores de la población nacional. Esto no significa que no hubiera, en absoluto, repartición de la riqueza, la que accedió, ya como remuneraciones o bien como servicios, no sólo a sectores medios, sino también a trabajadores organizados.[2] Fue la época de la creación, por el Estado o con su ayuda, de empresas destinadas a satisfacer servicios esenciales para vastos sectores de la población (Empresa Nacional de Electricidad S.A., ENDESA; Empresa Nacional del Petróleo, ENAP; Compañía de Acero del Pacífico, CAP; Banco del Estado de Chile, con sucursales en ciudades pequeñas y pueblos; servicios urbanos; cajas de retiro; Servicio Nacional de Salud, etc.).

---

[1] Por "crisis de dimensión histórica", o simplemente "crisis histórica", entendemos el fenómeno crisis vivido por un sistema social "de dimensión histórica" (actor de la gran historia; capaz de "hacer" historia). En estricto rigor todas las crisis son históricas, porque ocurren dentro de la historia; pero la que llamamos "crisis histórica" constituye un hito en ésta; la "marca".

[2] De un total de 125.927 trabajadores sindicalizados existentes en 1938 (menos de 10%) se pasó a 551.086 en 1970 (19,4%).

Bajó también el analfabetismo y mejoraron los índices de salud, mortalidad y promedio de vida de la población de manera continua y sustancial.[3]

En fin, hacia 1964 la Reforma Agraria y la Promoción Popular constituyeron un intento de mejorar la suerte de aquellos grupos que no habían sido beneficiados por el desarrollo socioeconómico hasta ese momento y que todavía constituían más de un tercio de la población de Chile: el campesinado y la marginalidad urbana.[4]

Sin embargo, este crecimiento y nivelación económico-sociales fueron sin duda insuficientes. Es posible que los índices básicos pudieran haber mejorado más, aunque quizá no mucho más.[5] *En todo caso, es un hecho que en Chile hacia 1970 aún existía mucha pobreza, quizá un 50% de la población eran pobres.*

En particular, hacia 1970 la población campesina, todavía misérrima, era aún un 24 por ciento[6] *del total nacional.*

Existían además otros grupos que en estos años habían descendido en el nivel de su calidad de vida, como los marginales urbanos, por ejemplo; la mayoría, ex campesinos que al emigrar a la ciudad en muchos casos perdieron no sólo su cultura tradicional, sino también algunos modestos beneficios económicos concretos que el régimen paternalista imperante en los campos les aseguraba.

No sabemos con certeza ni existen criterios bien definidos respecto a cuántos eran los marginales urbanos en ese año 1970, pero en todo caso representaban un porcentaje importante de la población total (quizás hasta un 15 por ciento).[7] *Es así como hacia 1970 Chile podía exhibir el tercer o cuarto ingreso per cápita de América Latina,*[8] *pero sectores muy grandes habían permanecido, parcial o totalmente, fuera del sistema, quizá un 50% por ciento de todos los chilenos.*

En otra perspectiva. Estos cuarenta años que fueron desde 1932 a 1973 han sido llamados la República Mesocrática. Efectivamente, durante este tiempo la clase media gobernó Chile, adquirió bienestar y status económico social y se autoafirmó en sus valores. Todos los Presidentes de la República que tuvo el país durante esos años, a excepción de algunos gobernantes de muy breve desempeño durante la crisis de 1920-1932, fueron de origen social medio. La

---

[3] Mariana Aylwin y otros: *Chile en el siglo XX*. Ed. Emisión, Santiago, 1985, p. 306.
[4] Cfr. Censo de 1952, 1960 y 1970.
[5] El promedio latinoamericano demuestra que era difícil esperar un crecimiento mucho mayor de un país aislado, al ser las condiciones continentales relativamente similares.
[6] Censo de 1907 y 1920.
[7] Sólo los "mapas de la extrema pobreza" realizados en la década de 1970 dan criterios de una cierta objetividad al respecto.
[8] Cfr. Mariana Aylwin et. al.: op. cit., p. 14.

gran mayoría de los integrantes de los gabinetes y los parlamentarios eran de la misma extracción media. La economía, que dejó progresivamente de ser agraria desde los años 1930, para transformarse en industrial y comercial, pasó también a ser controlada en gran medida por personas de origen social medio. Más todavía, nació, o, mejor dicho, se asentó en Chile esa cultura post burguesa europea, ya mencionada, que fue casi monopolizada por hombres de origen social medio. Algunos de éstos se transformarían en grandes figuras de relevancia mundial. Los casos más notorios son los de Gabriela Mistral y Pablo Neruda.

En cuanto a la institucionalidad política, después de la crisis de 1920-1932 en Chile se había afirmado una democracia de tipo liberal, la que respondiendo a la esencia doctrinal de este sistema, se fundamentaba en la transacción entre partidos y formación de consensos mayoritarios. Este orden había permitido la consolidación de partidos políticos con base en la clase media y el nacimiento y crecimiento de otros de raigambre mayoritariamente popular y de ideología socialista.

El Chile mesocrático se caracterizó por la estabilidad, regularidad institucional, respeto a la ley y a las personas, respeto a las libertades y derechos formales de todos, pero, en particular, por un estilo político caracterizado por la búsqueda de consensos y transacciones entre los diversos actores formales del sistema. Estilo que tuvo sus mejores representantes en los gobiernos radicales de Pedro Aguirre Cerda, Juan Antonio Ríos y Gabriel González Videla.

Fue en estas circunstancias que se comenzó a gestar la segunda grave "crisis histórica" del siglo veinte chileno.

Si la esencia de la primera coyuntura de crisis a que nos acabamos de referir fue la pugna de la clase media por integrarse al "sistema" representado por la nación chilena moderna, la segunda tuvo como eje el intento de incorporación a ese sistema y a sus beneficios de los grupos que habían quedado fuera en el ordenamiento resultante de la crisis de 1920-1932: como ya lo hemos dicho, el sector campesino (su mayoría al menos) y los grupos marginales urbanos (40 por ciento, aproximadamente, de la población nacional), a los que debe sumarse, para este efecto, también el sector del proletariado, que no había conseguido del sistema sino beneficios y derechos insuficientes para sostener una calidad de vida adecuada, hasta llegar a ese 50% que hemos mencionado más arriba como los excluidos del sistema.

Incorporarlos activamente a la vida nacional y entregarles los beneficios en calidad de vida que proporciona la modernidad había sido (al menos relativamente) una preocupación de todos los gobiernos chilenos de la República

Mesocrática, y en particular los que integraron partidos de izquierda, sus tradicionales abogados políticos, pero, como hemos dicho, sin éxito.

Pero fue en la década de 1950 cuando el problema se convirtió en un verdadero desafío nacional, asumido, en diversas perspectivas, por todas las más importantes fuerzas políticas y también instituciones fundamentales de la sociedad chilena, notoriamente por la Iglesia Católica. Esta última, abandonando sus tradicionales posiciones conservadoras, llegó a ser una fuerza poderosa a favor de cambios estructurales que permitiesen el mejoramiento de la calidad de vida de los amplios sectores marginales.

Así, en una perspectiva histórica amplia, si la crisis de 1920-1932 fue la de la incorporación de la clase media al sistema social chileno en condiciones que mejoraban considerablemente; la de 1973 derivó del intento, muy decidido a partir de la década de 1950, de lograr lo mismo con los otros sectores que continuaban postergados hacia el medio siglo. Esto no se logró. El proceso implicaba, en primer término, la posibilidad de conseguir un crecimiento económico rápido; un cambio de estructuras ancestrales muy asentadas e importantes en la sociedad chilena, en particular, en el mundo agrario, y –en conformidad con las doctrinas auspiciadas por los "técnicos" de la época y especialmente los de la CEPAL– reformas profundas de la estructura económico-social del país; así como también una alteración cultural en que muchos valores y actitudes mentales de los sectores dirigentes tradicionales chilenos,[9] pero no sólo de ellos, serían puestos a prueba. Porque no faltaron, desde 1950 en adelante, entre los propios sectores medios, grupos crecientes que se sentían atemorizados por la modernización política, social o económica del país a favor de los postergados, la que asociaban al desorden y a la incertidumbre, así como a la penetración de valores ajenos al "alma nacional", concepto que se manejaba con una facilidad que no se compadecía con lo difícil de definirlo.

Por otra parte, y a pesar de lo anterior, no es aventurado afirmar que en la década de 1950 la gran mayoría de las elites del país estaban por cambios estructurales que permitieran la mejora de la calidad de vida de los postergados. Y así lo manifestaron, apoyando a gobiernos que ofrecían esta meta.

El proceso se complicaría aun más por factores nacionales e internacionales, ideológicos y de intereses. Por una hiperemotividad que envenó la lucha política con mesianismos, odiosidades e intransigencias y, finalmente, por la aplicación, no pocas veces, de recetas con técnicas erradas para lograr los fines propuestos.

[9] Recordemos que en una fecha históricamente tan reciente como 1932 el presidente del Partido Conservador, Héctor Rodríguez de la Sotta, señalaba: "cuán absurdo es el sufragio universal, la mayor imbecilidad que han inventado los hombres" (discurso de Héctor Rodríguez de la Sotta, presidente del Partido Conservador, ante la Convención General del Partido, en 1932).

2. La gestación de la crisis en la coyuntura corta (1950-1970)

Abandonaremos el somero análisis de mediano plazo que hemos hecho, para preocuparnos ahora de la coyuntura corta de la crisis (unos 20 años).

Siendo así, la clave de la coyuntura corta fue, a nuestro juicio, la conjunción de dos procesos políticos o político-sociales.

El primero de estos dos procesos fue el desfase que se produjo después del año 1950, aproximadamente, entre la evolución de la democracia política chilena, por una parte, y por la otra, su lento y precario desenvolvimiento económico y social que hemos visto. En otras palabras –como las cifras lo indican– la cantidad de votantes hábiles aumentó de un 17,6 por ciento en 1952 a un 36,2 por ciento en 1970; y la participación electoral, de un 15,2 por ciento a un 30,0 por ciento. Sin embargo el producto geográfico bruto, per cápita, sólo aumentó en un tercio y aun así estaba mal distribuido. En 1968 (...) "el ingreso medio de los hogares más ricos era 23 veces superior al de los hogares más pobres".[10]

Tenemos pues que durante el período que fue desde 1952 hasta 1970-1973, Chile experimentó una ampliación y profundización de su democracia política, pero el ritmo de crecimiento socioeconómico permaneció relativamente lento y los problemas fundamentales mencionados más atrás no se resolvieron. De modo que la gran cantidad de chilenos postergados pudieron hacer sus derechos políticamente..., pero el desarrollo del país no permitía satisfacer sus demandas.

El segundo proceso político que condujo a la crisis de 1970-1973 estuvo estrechamente conectado con el primero, y creo que fue, parcialmente al menos, un resultado de aquél: la división del espectro político chileno en tres grupos bien definidos, "tres tercios", cada uno con un proyecto histórico comprehensivo y cerrado sobre sí mismo.

Más todavía –como se sabe– estos "tres tercios" tenían electorados relativamente similares.

Estos dos procesos debilitaron muy profundamente la democracia chilena durante los veinte años anteriores a 1973. De hecho hicieron imposible la existencia de un juego político democrático regular.

Veamos el primero de estos procesos con más detalle. La democracia chilena fue bastante restringida hasta fines del Gobierno de Carlos Ibáñez (1958).

---

[10]Atilio Borón: *La evolución del régimen electoral de Chile*; Roberto Zahler y otros: *Chile 1940-1975, treinta años de discontinuidad económica* (Los datos están tomados del INE, Ballesteros y Davis y Odeplán).

Hacia 1952 –año de elección de Ibáñez como Presidente de la República– sólo el 17,6 por ciento de todos los chilenos podían votar y ese porcentaje estaba copado mayoritariamente por los sectores medios y altos. Más todavía, existía aún cohecho generalizado, particularmente en las zonas campesinas. De hecho, todo el sistema electoral presentaba vacíos y vicios de bastante magnitud. Pero esta realidad comenzó a variar desde fines de la administración Ibáñez y continuó cambiando durante el Gobierno de Alessandri, al aprobarse una serie de leyes destinadas a ampliar el universo electoral y corregir sus defectos. Durante el gobierno de Eduardo Frei también se actuó en este sentido.

Así, hacia 1970 podía votar un 36,2 por ciento de los chilenos, incluyendo los analfabetos. Porcentaje alto si se tiene en cuenta que el total de la población potencialmente electora ese año era de alrededor de un 40 por ciento.

La principal consecuencia de estas reformas electorales fue que, a través de la presión electoral y política en general, los sectores sociales bajos y sus voceros pudieron imponer sus demandas al sistema con fuerza incomparablemente mayor a como lo habían hecho antes. La mayor parte de estas demandas tuvieron, como es obvio, un carácter socioeconómico. Pero Chile seguía siendo un país subdesarrollado y no había capacidad para satisfacerlas. Para hacerlo, habría sido necesario un desarrollo muy acelerado y aun así la relación demanda-satisfacción habría mostrado, por muchos años, un grave desequilibrio.

Fue de este modo que el perfeccionamiento y ampliación de la democracia política y el relativamente lento crecimiento económico del país que seguía siendo subdesarrollado hacia 1970, no permitieron un perfeccionamiento de la democracia en lo social y económico, sufriéndose el desfase que afectó gravemente la estabilidad de esa democracia. En otras palabras, existía la herramienta política para demandar soluciones socioeconómicas, pero no existían las herramientas económicas para implementarlas.

Siendo así la situación hubo factores que tendieron a agravarla o, si se quiere, a acentuar el desfase:

1) El carácter mismo de la situación favorecía a los partidos políticos que prometían rápidas soluciones para las nuevas demandas,[11] *vale decir, los que estaban por reformas estructurales o revolucionarias: la Democracia Cristiana y los partidos de izquierda socialista. Consecuentemente, estas organizaciones implementaron programas de gobierno que contemplaban, haciendo uso de la reforma drástica, la satisfacción en gran escala de las demandas socioeconómicas de las mayorías. Llegaron al poder, pero una vez en el gobierno –tanto la Democracia Cristiana como la Unidad Popular– no pudieron llevar*

[11] Mariana Aylwin y otros: op. cit., pp. 251-253.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

adelante todas las iniciativas que pretendían o, al menos, en la forma y al ritmo que habían ofrecido en su discurso, creando frustración y descontento.

2) Me parece que la reforma agraria y los intentos de promoción de los sectores marginales urbanos –iniciativas que pretendían solucionar graves problemas estructurales largamente postergados y que se transformaron en objetivos privilegiados para los gobiernos "restructuradores"– tuvieron como "efecto secundario" la irrupción súbita en la arena política de una masa sin una cultura política democrática asentada. Esto contribuyó sin duda a desestabilizar el juego democrático, ya que esta masa era en extremo permeable a dejarse ilusionar por utopías o simple demagogia.

3) Por otra parte, la ola ideológica revolucionaria que se expandió por Latinoamérica como consecuencia de la revolución cubana produjo sus efectos en Chile. En su afán de no ser dejados atrás por la historia, los diferentes partidos y grupos socialistas radicalizaron sus posiciones de cambio influidos por la utopía cubana que parecía abrir una gran esperanza para el continente.

4) En fin, el desfase a que nos referimos hizo ver a los grupos de presión que representaban a la oligarquía que la democracia política –ahora muy amplia– se había tornado peligrosa. Ya hacia fines del gobierno de Frei comenzaron los contactos entre esa derecha y las Fuerzas Armadas[12], las que –por otra parte– también eran presa de expectativas económicas no satisfechas y veían en los desórdenes producto de la situación que describimos un factor que afectaba la seguridad nacional.

Resumiendo, el afán de llegar a una democracia socioeconómica conspiró en Chile contra la democracia política existente. Efecto que se vio agravado –ironías de la historia– por la propia ampliación y perfeccionamiento de ésta. Sin embargo, me parece que este problema por sí solo no habría conducido hacia la crisis y desaparecimiento –al menos temporal– de esa democracia política. Entremos a ver, pues, la que he esbozado como la segunda causa política coyuntural cercana de la crisis de 1970-1973 y años siguientes.

El segundo proceso político o político-social que (en la coyuntura corta) condujo a la crisis de 1973 fue la división del espectro político chileno en tres grupos bien definidos (los "tres tercios"), cada uno con un proyecto histórico comprehensivo y excluyente (las "planificaciones globales" de que hablara Mario Góngora).[13] Situación que se vio agravada por el hecho de que cada uno de estos grupos tenía una base electoral más o menos equivalente.

---

[12] El año 1967 fue encarcelada nuevamente la directiva del Partido Nacional por este motivo.

[13] Mario Góngora: *Ensayo sobre la nación de Estado en Chile durante los siglos XIX y XX*, Eds. La Ciudad, Stgo., 1981.

Como se afirmó, además, estos proyectos debían implementarse como un todo y de manera rápida. La evolución política de los años sesenta y comienzos de los setenta decantó este panorama hasta el punto de que los tres sectores a que nos referimos, con sus respectivos proyectos históricos, coparon casi enteramente el ámbito político chileno.

Evidentemente esta segunda causa está estrechamente ligada a la primera, y fue, a mi juicio, al menos parcialmente, su consecuencia. La presión de cúpula y de base por el cambio ayudó a que éste se intentara de modo integral, rápido y, finalmente, utópico,[14] *produciéndose la tendencia comprehensiva y excluyente en cada uno de los proyectos mencionados.*

Fue después de 1964, cuando por las características mismas del momento político que entonces se presentó, que esta brecha se hizo insalvable. Se dio entonces la posibilidad de la consolidación del proyecto democratacristiano, lo que significaba una derrota cuasi definitiva de la izquierda marxista y un golpe de muerte para la derecha tradicional chilena. El clivaje se profundizó, sometiendo a la democracia chilena a una tensión que finalmente no pudo resistir. En otras palabras, fue entonces cuando el mundo político chileno abandonó la lógica de la política –la búsqueda de consensos mínimos mediante transacciones– para ser reemplazada por la lógica del enfrentamiento: la búsqueda de la derrota del adversario que pasó a ser "enemigo",[15] *anunciando así el desenfreno de irracionalidad que veríamos después de 1970, y, más aún, después de 1973.*

Por cierto que algunos acuerdos políticos puntuales se lograron entre los tercios, aun después de 1964, pero fueron demasiado pocos y demasiado esporádicos para invalidar el esquema básico de enfrentamiento, característico de este segundo proceso. Entre los más importantes de estos acuerdos cabe destacar la Reforma Agraria y las leyes del cobre, particularmente este último, que logró aunar a la totalidad del espectro político chileno. Pero ello no significó, ni remotamente, la posibilidad de acercar los diversos proyectos históricos en su globalidad.

En primer lugar, observemos cuál fue la evolución de esa derecha durante los años que nos preocupan.

---

[14] Como se sabe, una de las características de las utopías es proponer proyectos socio-políticos cerrados y excluyentes.

[15] Esta idea de los tres sectores con proyectos comprehensivos en lucha es, en cierta medida, una variante de aquella de las "planificaciones centrales" planteada por Mario Góngora en su *Ensayo sobre la nación de Estado en Chile durante los siglos XIX y XX* (1982). La idea de los "tres tercios" es más antigua. Ya era casi un lugar común en las elecciones presidenciales de 1970.

3. La derecha: de la defensa de intereses tradicionales a la revolución modernizadora

No hay duda que hasta 1964 este tercio era el menos estructurado formalmente.

A mi juicio, esto era así no tanto porque estuviese dividido en dos partidos políticos: Liberal y Conservador, sino porque la mayoría de quienes dirigían ambas agrupaciones eran difusamente liberales en materia política y algo más marcadamente en sus ideas y prácticas económicas. Este liberalismo vago conspiraba contra la organicidad propia de un partido político moderno: de hecho, la derecha se seguía aglutinando en torno a grandes caudillos, en esta época, Jorge Alessandri. Las tendencias genuinamente conservadoras,[16] *que también existían en la derecha chilena, tendían a despreciar la actividad política contingente y limitaron su influencia a círculos más o menos estrechos (como el que giraba en torno a Jaime Eyzaguirre). Por contraste, los miembros del Partido Conservador –en su mayoría al menos– eran liberales en el hecho.*

La pérdida del apoyo oficial de la Iglesia Católica también influyó en el debilitamiento ideológico del Partido Conservador.

El peligro de desaparición –como fuerza política, pero más todavía como sector social– vino a alterar la fisonomía de esta derecha casi tácitamente liberal. Fue después de la gran derrota sufrida en las elecciones parlamentarias de 1965, cuando el Partido Conservador sólo tuvo el 5,3 por ciento de los votos y el liberal un 10,05 por ciento, que la ideología y estilo político de la derecha chilena cambiaron. Los antiguos partidos Liberal y Conservador se fusionaron en una nueva colectividad: el Partido Nacional (marzo de 1966), organización política moderna, más militante y estructurada en función de la defensa de los intereses económicos y sociales de la derecha, más que de tradiciones culturales. En lo ideológico, el Partido Nacional conservó de los partidos Liberal y Conservador de los últimos tiempos, y aun más acentuado, el liberalismo económico. En cambio el liberalismo político que los había caracterizado se debilitó.

Por estos mismo años (Gobierno de Frei) tomó importancia dentro de la derecha chilena un pequeño grupo de tecnócratas, el que en un primer momento

[16] En el Chile de la República Mesocrática (1932-1970) los grupos conservadores eran más bien intelectuales y religiosos que propiamente políticos. Entre ellos cabe mencionar el del tradicionalismo hispanista y católico, cuya figura central fue Jaime Eyzaguirre, que reunió en torno a sí a un grupo juvenil de elite hacia los años 50. Otras figuras importantes, como intelectuales y religiosos de tendencia conservadora, han sido los sacerdotes Juan Salas y Osvaldo Lira. Algo diferente es el caso del historiador Mario Góngora, uno de los intelectuales de más relevancia de Chile contemporáneo; aunque católico tradicionalista y conservador en su edad madura, no tenía la actitud militante de un Jaime Eyzaguirre o un padre Osvaldo Lira. En todo caso, ninguno de los nombrados, excepto en su juventud, intervinieron en política contingente.

no tuvo un pensamiento estructurado en materia política, por lo menos explícito. Estos fueron los llamados "Chicago Boys", que se iniciaron como académicos en la Escuela de Economía de la Universidad Católica de Chile y que hicieron postgrados en la Universidad de Chicago.[17] *Los "Chicago Boys" aportaron la ideología de ultraliberalismo económico a la derecha chilena; ideología que pudo avenirse sorpresivamente bien con la progresión autoritaria del Partido Nacional. Pero más todavía con el gremialismo.*

Este fue el tercer grupo que hubo de integrar esta "nueva derecha", que también nació y se expandió por los mismos años entre los alumnos de la Universidad Católica. Los gremialistas, bajo el discurso del apoliticismo, sostuvieron en un comienzo ideas próximas al franquismo, para ir derivando luego, después de 1973, ya bajo el Gobierno Militar, hacia la idea de una "democracia protegida". En materia económica, abandonaron, aun antes, todo corporativismo para adoptar el liberalismo modelo "Chicago Boy".

Con éstos, los gremialistas entraron de hecho en una alianza de provecho mutuo. Ligazón que no es de extrañar, desde el momento que se trataba de personas que defendían los mismos intereses y que mantenían numerosos vínculos sociales e incluso de parentesco. Del gremialismo surgiría la segunda generación de "Chicago Boys".

4. La izquierda socialista: la radicalización a ultranza

Ya se ha mencionado que la izquierda chilena había sufrido un proceso de radicalización a partir de fines de los años cincuenta.

Desde los comienzos de la República Mesocrática, hacia 1932, la izquierda chilena estuvo compuesta de dos partidos primordiales de tendencia socialista.[18] *El Partido Socialista, cuyos líderes fueron casi siempre de origen burgués, y el Partido Comunista de Chile, con más tradición proletaria y seguidor estrecho de las estrategias y posturas de la Unión Soviética.*

El Partido Socialista, aunque frecuentemente dividido, fue bastante moderado hasta mediados de los años cincuenta, y apoyó o participó en varios gobiernos, en particular los encabezados por los Presidentes radicales (1938-1952).

---

[17] Al respecto véase: Sofía Correa: "Algunos antecedentes históricos del proyecto neoliberal en Chile (1955-1958)". Rev. *Opciones* N° 6, mayo-agosto 1985. La autora demuestra la conexión que hubo entre grupos empresariales chilenos y la gestación del acuerdo entre la UC y la Universidad de Chicago.

[18] En lo que reflejaba una división que por esa época se daba a nivel mundial.

En tanto el Partido Comunista, a pesar de su ligazón desde su origen (1922) con el Komintern, después del VII Congreso de la III Internacional, se integró, con socialistas y radicales, en lo que fue el Frente Popular chileno, manteniendo desde entonces, con la excepción relativa de un período a comienzos de la Guerra Fría, una actitud –al menos formalmente– democrática. Sin embargo su discurso y proyecto histórico siempre fueron marxista-lenninistas.

Fue la Revolución Cubana, que aparecía en un comienzo como un luminoso camino antiimperialista y revolucionario, la que catapultó a los partidos de izquierda tradicionales (y a otros grupos que fueron naciendo o desgajándose del centro político) hacia las soluciones políticas revolucionarias violentas. En realidad esta tendencia radicalizante se había iniciado años antes, pero la Revolución Cubana fue el catalizador emotivo, y en parte intelectual, de la nueva actitud.

Quizá no sea sorprendente que haya sido el Partido Socialista el más afectado por la nueva situación. Este no seguía directrices internacionales y su actitud respondía a un latinoamericanismo más genuino, idealista y espontáneo que el de los comunistas.

El hecho fue que en la década de los sesenta, a pesar de seguir participando dentro del sistema democrático, los socialistas también estaban llamando a una toma revolucionaria del Estado.[19]

Una buena muestra de lo que afirmamos fue el comportamiento de su líder, luego candidato a la Presidencia y finalmente Presidente de la República, Salvador Allende, quien, el año 1966, estuvo presente en la primera reunión continental de OLAS (Organización Latinoamericana de Solidaridad), organización internacional promovida por Cuba, cuyo objetivo era impulsar la guerrilla en América Latina.

El Partido Comunista también se mostró receptivo a la vía insurreccional, después de la elección presidencial de Frei en 1964. Pero su actitud no fue tan radicalizada como la del Partido Socialista. Se limitó a fomentar "tomas" de terrenos agrícolas y urbanos, y a "no descartar" el camino revolucionario violento hacia el control del Estado. Por otra parte el Partido Comunista entró también en la línea de la Revolución Cubana, más todavía cuando ésta se incorporó en la de la Unión Soviética, más o menos forzadamente.

En una actitud parecida a la de la nueva derecha (pero unos cinco años antes), esta nueva izquierda no podía ni quería llegar a entendimientos y ni siquiera a una coexistencia pacífica con los otros dos sectores del espectro

[19] En el Congreso de Chillán (que sostuvo el PS el año 1967).

político chileno. Otro dirigente socialista, Aniceto Rodríguez, hizo esta actitud bien explícita después de la elección presidencial de 1964, cuando afirmó que negarían "la sal y el agua" al gobierno de Frei Montalva. Las bases del Partido Socialista parecían entonces aún más exaltadas que Rodríguez.[20]

Desde la campaña presidencial de 1964 la brecha abierta entre los sectores reformistas y/o revolucionarios del mundo político chileno llegó a ser insalvable. División que se probó, con el tiempo, desastrosa y que fue una de las causas directas de la caída del régimen de la Unidad Popular en 1973 (fracaso de las conversaciones Allende-Aylwin).

5. El centro político cambia de signo

El Partido Demócrata Cristiano era el tercer sector con un proyecto histórico comprehensivo para el futuro de Chile. Incluso, por tener una base ideológica plenamente compartida (por lo menos hasta 1967) y equipos técnicos homogéneos, era, quizá, de los tres tercios el más monolítico.

Pero lo singular y verdaderamente importante, desde nuestro punto de vista, con respecto al Partido Democráta Cristiano y el problema de la segmentación extrema del universo político chileno anterior a la crisis de 1970-1973, es el hecho que, desde mediados de los años 1960, la Democracia Cristiana había reemplazado al Partido Radical en una doble forma. Primero, como el mayor partido político de Chile, y segundo, en cuanto a ser un partido de centro por excelencia, destinado a ejercer el rol de pivote en el juego político chileno.

Desde 1936 (más o menos) el Partido Radical había impuesto un estilo político en Chile. Este se fundaba en la transacción y la búsqueda del consenso. Para ello mantuvo alianzas con partidos de derecha e izquierda, incluyendo al Partido Comunista mientras estuvo en el Gobierno.

Pero, en 1952, cuando el general Ibáñez fue elegido Presidente de la República, el Partido Radical ya estaba en plena declinación. A pesar de algunos notables logros socio-económicos mientras fue Gobierno (en particular a favor de los sectores medios), sus bases ideológicas inspiradas desde 1906 en el Socialismo de Estado alemán y el programa del Partido Radical francés, estaban obsoletas. También su estilo político, basado en la transacción, estaba vastamente desacreditado por el indudable abuso que de éste se hizo. Como afirma N. Lechner, el Partido Radical se había transformado en un partido de "clientela".[21]

---

[20] Véase. M. Aylwin y otros, op. cit., p. 260.
[21] N. Lechner: *El sistema de partidos en Chile,* FLACSO, 1985, pp. 24, 25.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

Esta caída de la popularidad del Partido Radical y su estilo político transaccional,[22] fue la principal razón de la elección democrática del ex dictador Carlos Ibáñez en 1952. Este había prometido "barrer" con la "politiquería" de componendas y gobernar por sobre los partidos políticos.[23]

A pesar del rápido fracaso de Ibáñez, desde entonces quedó flotando en el ambiente político chileno la idea de que la transacción política y búsqueda de consensos mínimos eran el camino hacia la corrupción democrática, la decadencia de la vida pública y la falta de voluntad eficaz en materias de gobierno. Por desgracia no fueron muchos los que recordaron que también eran elementos indispensables para la subsistencia de toda democracia.

En todo caso, cuando concluyó el Gobierno de Ibáñez el Partido Radical no recobró su antigua importancia política. Lo reemplazaría a corto plazo la Democracia Cristiana en el doble papel que hemos mencionado.[24]

Pero el Partido Demócrata Cristiano era un actor político muy diferente en términos de ideología, estrategia y estilo político. No daba gran importancia a la necesidad de conseguir consensos mínimos con otros sectores del espectro político. Y la necesidad de transar las propias posiciones como forma de respetar los derechos de los adversarios políticos fue considerada muy frecuentemente como traición a los propios ideales y no como un elemento consubstancial a la vida política. El hecho fue que la Democracia Cristiana mostró en su actuación un "mesianismo" incompatible con la existencia de un mundo político pluralista y así también se plegó a la lógica del enfrentamiento en su acción política.

Por otra parte, al memos por lo que se refiere al programa Tomic de 1970, el proyecto histórico ofrecido al país era apenas menos revolucionario que el de la izquierda marxista.

Difícil es rastrear con certeza los orígenes del mesianismo democratacristiano. La tendencia hiperideologizante de algunos de sus miembros más prominen-

---

[22] Véase B. Bravo: *Historia de las instituciones políticas de Chile...*, Ed. Jurídica, 1986.

[23] A pesar de que Ibáñez se apoyó originalmente en un partido político que prácticamente nació para apoyarlo, de la fusión de dos mini partidos anteriores: el Partido Agrario Laborista. Este, sin una doctrina ni una tradición política, desaparecería poco después del fin del Gobierno de Ibáñez, aun cuando contara durante un breve lapso con una considerable fuerza electoral.

[24] El descenso del apoyo popular al Partido Radical fue sostenido a partir de 1961, cuando todavía era el mayor partido de Chile. En 1963 fue sobrepasado por el PDC (22,7 por ciento vs. 21,6 por ciento) en tanto que la Democracia Cristiana, merced al "boom" de la victoria presidencial de Frei en 1964, subía a un asombroso 43,6 por ciento. Después el Partido Demócrata Cristiano también comenzó un relativo deterioro electoral. En 1969 obtuvo el 31,1 por ciento de los sufragios. Pero el Partido Radical no se recuperaría; luego enfrentaría las elecciones presidenciales de 1970 dividido. Sobre la relación entre el radicalismo y el Gobierno de Ibáñez, véase: T. Moulian: *El Gobierno de Ibáñez 1952-1958*, FLACSO, 1986.

tes, creo que fue en parte responsable de éste, como también lo fue en el caso de la izquierda socialista. Pero quizá el factor más importante en cuanto origen del mesianismo democratacristiano fue el origen histórico del partido y su ideología, surgidos de ambientes católicos y realimentados en un perpetuo contacto con la Iglesia. Esta relación fue transmitiendo al partido político la seguridad de aquella institución en sus verdades trascendentes, aceptadas de modo absoluto y destinadas a ser difundidas como mensaje de salvación.

Otro elemento, de carácter muy diferente, que alimentó el mesianismo democratacristiano fue el espectacular crecimiento del apoyo popular al partido. En 1941, la Falange Nacional, grupo originario del que después surgiría el Partido Demócrata Cristiano obtuvo sólo el 3,4 por ciento de la votación nacional. Este bajo porcentaje se mantuvo por años, para subir bruscamente a fines de los años cincuenta. En 1963 la DC obtenía el 22,7 por ciento de los votos y en 1965 el 43,6 por ciento; una mayoría alcanzada solamente por este partido político en el Chile democrático del siglo XX. Esta espectacular alza fue considerada por algunos dirigentes democratacristianos como una prueba empírica de ser ellos los designados para conducir a Chile hacia un destino histórico privilegiado.[25]

Por otra parte, la acción reformista estructural del Gobierno de Frei fue considerada por sectores de derecha como apenas menos peligrosa para sus intereses que el proyecto socialista.[26] *Así, la dimensión mesiánica de la gestión democratacristiana se encontró con una oposición derechista e izquierdista que se mostró igualmente intransigente.*

Un factor coyuntural que ayudó a que la oposición de la derecha se radicalizara, fueron las circunstancias en que se dio la elección de Eduardo Frei como Presidente de Chile. Después del "Naranjazo" la derecha decidió darle su apoyo en las elecciones de 1964, sin embargo, Frei no se mostró dispuesto a conceder nada (o al menos nada sustancial) a cambio, jugando a que esa derecha votaría por él de todos modos por ser el mal menor en relación a la postulación de Salvador Allende. Famosa fue su frase en el sentido de que no cambiaría una coma de su programa ni por un millón de votos, haciendo difícil, desde un comienzo, toda posibilidad de acuerdo posterior con la derecha.

Por otra parte, la Democracia Cristiana, en el comienzo de su Gobierno, se mostró relativamente abierta a lograr entendimientos con la izquierda socialista. Pero la actitud de ésta –bien resumida en la frase citada de Aniceto

---

[25] Esta actitud ha pervivido y la hemos visto, aun más exagerada, en el gobierno.

[26] Con cierta razón, pues su principal temor era la Reforma Agraria (aspecto fundamental de programa de la Democracia Cristiana), que le quitaba el control del mundo agrario que siempre tuviera.

Rodríguez– muy pronto la hizo cambiar de posición. Como ya dijimos, también ayudó a ampliar la brecha Democracia Cristiana-izquierda socialista el hecho que en ambos sectores había conciencia que su triunfo político (que se miraba como algo más o menos definitivo en la historia de Chile) pasaba por la derrota del proyecto histórico, revolucionario o reformista del rival. Esta fue la razón de fondo, quizá, para que dos proyectos históricos que no eran necesariamente incompatibles en sus contenidos, lo fueran en su dinámica de aplicación, llegándose a la imposibilidad del entendimiento. Hacia 1970 el candidato presidencial de la Democracia Cristiana Radomiro Tomic hizo esfuerzos por lograr una "unidad popular" que incluyera a los partidos de izquierda, pero fue rechazado por éstos de manera agresiva. Por otra parte, habría sido interesante observar la actitud de las bases democratacristianas en caso de haber fructificado el pacto cupular.

En suma, como en los casos de la izquierda socialista y de la nueva derecha, la Democracia Cristiana también colaboró a acrecentar las tensiones que aquejaban a la democracia política chilena en los años anteriores a la crisis de 1973.

6. Los años de la crisis

Salvador Allende, apoyado por la Unidad Popular, fue elegido Presidente de la República, por mayoría relativa, en septiembre de 1970. Desde un primer momento el nuevo gobierno se encontró con problemas mayores. Después surgirían otros.

A) De partida, la Unidad Popular no formaba un conglomerado homogéneo. Había dos sectores. El primero, representado por la mayor parte del Partido Socialista (donde militaba el Presidente de la República) estaba por la toma del poder pasando por encima de la "legalidad burguesa" (sector encabezado por Carlos Altamirano, secretario general del Partido). Este sector estaba apoyado por otros grupos más pequeños, pero muy militantes. Dentro de la UP lo apoyaría el "MAPU" (MAPU Garretón) y desde fuera de la combinación de gobierno, el MIR. El segundo sector lo representaba el Partido Comunista, el Partido Radical y luego el MAPU Obrero y Campesino, y si bien su objetivo final (transformar Chile en un estado socialista) puede haber sido bastante similar al del primero, en los métodos a usar se diferenciaban muchísimo. Este segundo sector estaba por un respeto formal a la legalidad burguesa, pero creía que en el avance hacia el socialismo se podían usar "resquicios legales" (legislación de excepción dictada en otras épocas) cuando no se tuvieran las mayorías parlamentarias para aprobar leyes. Ambos grupos no se llevaban bien, las acusaciónes entre uno y otro eran frecuentes, y esto conspiró contra el éxito de la administración Allende.

B) La Unidad Popular eligió a Allende con una mayoría de un poco más de un tercio de los votos escrutados. Durante los meses siguientes, como suele ocurrir con lo gobiernos nuevos, y especialmente en este caso por la expectación mundial que significó tener el primer gobierno socialista elegido democráticamente, ese apoyo aumentó (principalmente con clientela democrata-cristiana de izquierda y oportunistas), de modo que en marzo de 1971, las elecciones municipales dieron una leve mayoría nacional a la Unidad Popular. Pero esa mayoría fue muy efímera en el tiempo. En la elección extraordinaria por Valparaíso, realizada en el mes de julio de 1971, triunfó el Dr. Oscar Marín, que representaba a la oposición unida. Desde entonces la Unidad Popular y el gobierno comenzarían a descender –aunque lentamente– en su apoyo popular, otras elecciones extraordinarias posteriores lo dejarían aun más claro. En esas circunstancias resultaba casi imposible llevar a cabo su plan de reformas revolucionarias dentro de las reglas de la democracia liberal. Pero había un hecho más grave: estaba claro que existía una mayoría de chilenos que no querían el advenimiento del socialismo. ¿Era procedente que el gobierno lo intentara de todos modos?

C) La división en "tres tercios" –tradicional al mundo político chileno, como hemos visto– desapareció. Después del asesinato de Edmundo Pérez Zújovic, la escisión de la Izquierda Cristiana del PDC y la conciencia cada vez más clara de que había un sector importante del gobierno que estaba por una revolución violenta, acercó a la Democracia Cristiana –que en un principio se había mostrado dispuesta a colaborar con el gobierno de Salvador Allende en varias materias– a la Derecha, en tanto el grupo más radicalizado dentro de la Unidad Popular se fortalecía. Otros grupos extremistas, que estaban abiertamente por la vía revolucionaria violenta, apenas eran controlados. Notoriamente el MIR, aunque también se fue bastante permisivo con grupos paramilitares de derecha, posiblemente porque se despreciaba su capacidad combativa.

D) El plan económico original del gobierno de Salvador Allende se basó principalmente en un juego monetario fundado en políticas keynesianas. El arquitecto de este plan fue el Ministro de Economía Pedro Vuskovic. Su idea era fortalecer fuertemente la demanda interna para lo cual aumentó el gasto público en un 66% y los sueldos y salarios en un 55%. Se pretendía que el alto consumo no sólo dejara satisfecha a la población acrecentando la popularidad política del gobierno, sino que también permitiría ocupar la capacidad ociosa del aparato productivo nacional, con lo cual se obtendría a corto plazo un alto crecimiento de la economía nacional. Un grave problema se produciría cuando esa capacidad ociosa se copara, porque entonces la creciente masa monetaria se transformaría en una inflación creciente e incontrolable. Pero para ese entonces se contaba con haberse consolidado políticamente el gobierno hasta el punto que se pudiera controlar la situación. Pero eso no ocu-

rrió y en 1972 se desató la inflación, se detuvo el crecimiento y toda la economía comenzó a desarticularse sin que el régimen pudiese controlar el proceso.

E) La perspectiva revolucionaria (y fuertemente sectaria) con que se planteó el gobierno produjo un considerable desorden en la administración pública y en las empresas y organizaciones del sector privado; más todavía en las tierras y empresas que comenzaron a ser expropiadas o intervenidas. Este desorden conspiró contra la eficiencia de unas y otras. Por otra parte los sectores empresariales (nacionales y extranjeros) frenaron la inversión y tomaron una actitud de férrea oposición al gobierno en todo orden de cosas. Los dos fenómenos incidieron en que se produjera escasez de productos básicos y el consecuente malestar social (colas, desabastecimiento, etc.) desde mediados de 1972. La actitud militantemente antigobiernista se iría extendiendo a los profesionales, comerciantes y un sector amplio de la clase media. Así ya a mediados de aquel año Chile estaba agresivamente dividido socialmente. Este clima de enfrentamiento se iría agudizando cada vez más.

F) La Unidad Popular hizo un diagnóstico errado de las Fuerzas Armadas chilenas. Se tenía la idea, correcta, de que a pesar de ser conservadoras y visceralmente opuestas al marxismo, eran fundamentalmente obedientes y respetuosas de la Constitución, actitud reforzada en los últimos años por la "Doctrina Schneider", con la cual comulgaba el Comandante en Jefe del Ejército (la rama más poderosa), general Carlos Prats. Por otra parte (y en este punto el diagnóstico fue errado) se creía tener al menos un sector de simpatizantes en su interior, en circunstancias de que se trataba de figuras aisladas. También subestimaron su nivel de cohesión. Posteriormente, al llamarlas a integrar el gobierno, la propia Unidad Popular las introdujo en el juego político contingente. Tampoco se preocuparon debidamente de la inquietud que producía entre lo uniformados el hecho de que la crisis que afectaba a Chile podía ser aprovechada por sus vecinos con los cuales se tenían problemas pendientes; y lo sucedido en 1974 con Perú y 1978 con Argentina demostraría que tenían razón. En ese sentido el acabar con el desorden, que identificaban con el gobierno de la Unidad Popular, se sumó a otros factores que finalmente llevaron al golpe de Estado de septiembre de 1973.

G) La acción de EE UU también tuvo importancia en desestabilizar al gobierno de la Unidad Popular. El gobierno de Allende había expropiado cuantiosos bienes norteamericanos sin indemnización con la explicación de que ya habían dado una gran riqueza a sus dueños y estaban pagados de hecho. En parte por esa razón y en parte por la lógica de la Guerra Fría, el gobierno norteamericano actuó en varios frentes contra la administración Allende. Actuó en el frente económico bloqueando préstamos e inversiones. Actuó en el frente político procurando el aislamiento internacional de Chile. Más impor-

tante, dedicó cuantiosos recursos (aunque no "enormes" como se ha dicho) en financiar huelgas de gremios importantes que debilitaron la economía nacional: mineros del cobre, camioneros, etc. En fin, es posible que haya ayudado a los militares chilenos con información de inteligencia durante el golpe mismo, días y meses posteriores.

H) Contrastando con la activa oposición de EE UU, no se materializó un apoyo importante –al menos económico– del mundo socialista. No ocurrió con Chile lo que había venido ocurriendo con Cuba desde 1960 o 1961. Es cierto que salvar la economía chilena ya hacia fines de 1972 habría significado una enorme suma de dinero. Al parecer tampoco gustó (a la URSS al menos) que algunos consejos que diera al gobierno de la Unidad Popular (aconsejando moderación) no fuesen tomados en cuenta.

Cabe finalmente preguntarse si es posible un régimen socialista, con economía centralizada y planificada, en coexistencia con una democracia política abierta. Vale decir, si el modelo proclamado por la Unidad Popular era (y es) viable. Desgraciadamente no existe evidencia histórica que pueda avalar una respuesta, pues el modelo no se completó y menos consolidó, ni siquiera en una proporción apreciable. Quedará pues la duda.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Primer semestre 2002

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Bruno Caprile Biermann
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Actividades de extensión del primer semestre del año 2002

Entre los seminarios, conferencias y cursos dictados durante lo que va corrido del año podemos destacar los siguientes:

1. Ciclo de charlas preparatorias de las actividades académicas extracurriculares

Las actividades de extensión comenzaron con un ciclo de charlas con el que se dio inicio a las actividades académicas extracurriculares. Durante el mes de marzo, el profesor Gabriel Rioseco Enríquez analizó la "*Interpretación Jurídica*"; la profesora Ana María Díaz Muñoz, las "*Principales Innovaciones en la Reforma Laboral (Ley 19.759)*" y, luego, el profesor Ramón Domínguez Águila, "*El Deber de Información en los Contratos*".

2. Cursos de perfeccionamiento jurídico

En conjunto con el programa de Magíster en Derecho de la Empresa, la Facultad dictó los cursos sobre "Crédito, Garantías y Responsabilidad Civil"; "Libre Competencia y Derecho del Consumo"; "Derecho Societario" y "Derecho Tributario", de tal manera de permitir el perfeccionamiento de los juristas que no pretenden obtener el grado de magíster, pero desean, sin embargo, satisfacer los requerimientos de una formación continua.

3. Conferencia *Crecimiento y Empleo: Impacto de la Legislación Laboral*

La senadora de la República e integrante de la Comisión de Hacienda del Senado, Sra. Evelyn Matthei Fornet, abordó el 1º de julio de 2002 el impacto de la reforma de la legislación laboral en el crecimiento y empleo y las perspectivas para el año 2002.

II. Clase inaugural del año académico

Este año correspondió al Presidente del Colegio de Abogados de Chile, Sr. Sergio Urrejola Monckeberg, dictar la clase inaugural del año académico. El expositor abordó el tema "La Ética en la Profesión de Abogado". En la misma ceremonia se procedió a la premiación de los mejores alumnos de cada generación.

III. Cursos Academia Judicial

La Academia Judicial seleccionó recientemente dos de los proyectos presentados por la Facultad para la dictación de cursos destinados a la formación de los miembros de la magistratura. Es así como durante el mes de septiembre de este año los profesores de Derecho Civil de la Facultad, Sres. Ramón Domínguez Águila, Andrés Kuncar Oneto, Eduardo Tapia Elorza, Hernán Troncoso Larronde y Bruno Caprile Biermann deberán dictar los cursos sobre "Actualización en materia de Derecho Sucesorio" y "Los Bienes Familiares". De esta forma, durante el presente año la Facultad pretende continuar con esta actividad que se iniciara el año pasado, con la dictación del curso sobre "Responsabilidad Civil y Penal por Negligencia Médica".

IV. Visita del profesor de la Universidad de Buenos Aires Sr. Eduardo Molina-Quiroga

Durante el mes de mayo la Facultad tuvo el agrado de recibir al profesor de la Universidad de Buenos Aires Sr. Eduardo Molina Quiroga, quien en conjunto con el Sr. Guillermo Carey Claro, dictó un seminario sobre la reciente Ley sobre Firma Electrónica y Comercio Electrónico.

El profesor Molina también dictó una clase dirigida a los alumnos del Magíster en Derecho de la Empresa, en que abordó los "Aspectos Generales del Comercio Electrónico y de la Contratación Electrónica", y tuvo un encuentro con los alumnos de pregrado de la Facultad, en que en un ambiente coloquial abordó los tópicos del comercio a través de Internet.

V. Curso dictado por el director de carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Después de ser seleccionado en un concurso convocado por la Agencia Española de Cooperación Internacional, el profesor de Historia del Dere-

cho y Director de Carrera de la Facultad de Derecho de esta Universidad, Sr. Eduardo Andrades Rivas, fue invitado a dictar un curso sobre "Historia de América e Historia del Derecho", en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. El profesor Andrades dictó también clases sobre "Las Fuentes del Derecho Indiano" en el programa de postgrado de dicha Universidad y un seminario para profesores acerca de la "Historia del Derecho Americano". También aprovechó la ocasión para visitar el Archivo de Simancas y al Archivo General de Indias de Sevilla, con el objeto de recopilar antecedentes para la investigación que desarrolla acerca de la Audiencia de Concepción.

VI. Concursos Fondo de Desarrollo de la Docencia y Fondo de Investigación

Los docentes de la Facultad han participado decididamente en los concursos Fondo de Desarrollo de la Docencia y Fondo de Investigación, que anualmente convoca la Vicerrectoría Académica. Es así como actualmente la profesora Claudia Hurtado E. tiene a su cargo el proyecto "Curso de Introducción al Derecho" y las profesoras Paulina Astroza S. y Amaya Alvez M. desarrollan el proyecto "Estudio Teórico y Práctico de los Siguientes Regímenes Políticos Comparados: EEUU, Inglaterra, Francia, Alemania, España, Suiza, Japón, Rusia, Chile y Zaire". Por su parte, don Bruno Caprile B. trabaja en el proyecto de investigación "El Objeto en los Actos Jurídicos".

VII. Premio Eduardo Fernández Flores

La Facultad de Derecho distingue anualmente al mejor egresado de cada promoción. En esta ocasión la distinción recayó en el Sr. Jaime González Orrico, cuyo rendimiento académico durante los cinco años de estudio le hizo acreedor de este galardón, que le fue entregado durante la ceremonia de inauguración del año académico, a la cual ya nos hemos referido.

VIII. Concurso de ensayos jurídicos

Desde 1995 la Facultad organiza anualmente un concurso de ensayos jurídicos, destinado a motivar a sus alumnos hacia la investigación jurídica y a profundizar sus conocimientos en aquellas materias que son de su particular interés. En esta ocasión el trabajo titulado "Justicia penal y medios de comunicación: secreto y reserva...", del alumno Oscar Aliaga S., recibió el premio como el mejor ensayo jurídico del año 2001. Actualmente los alumnos trabajan en los proyectos destinados a participar en la convocatoria de este año, cuyo plazo expira el 26 de agosto del 2002.

IX. Participación de alumnos de la Facultad en el Programa de Monitores de la Reforma Procesal Penal

A instancias de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia, alumnos de la Facultad han participado en el programa de Monitores de la Reforma Procesal Penal, que pretende capacitar a personas que puedan difundir al público en general el contenido y alcances de la modificación al sistema procesal penal que se implementará el año próximo en la Octava Región.

X. Participación de alumnos de la Facultad en Concurso de Debate Universitario

Alumnos de la Facultad han tenido una activa participación en el Concurso de Debate Universitario, convocado por la Corporación Cultural de Barnechea, en el cual compiten alumnos de todas las casas de estudios superiores de Concepción. Los alumnos de la Universidad del Desarrollo pasaron a la segunda fase del concurso; durante el segundo semestre del año se conocerán los resultados finales.

XI. Cena de egresados del año 2001

Los alumnos egresados durante el año 2001 tuvieron ocasión de departir entre sí y con sus profesores durante la cena que tuvo lugar el día 11 de abril en el Country Club. En la ocasión el Director de Carrera, Sr. Eduardo Andrades R., les dirigió unas palabras de elogio por la etapa que culminaban y los instó a abordar responsablemente los desafíos futuros, permaneciendo siempre vinculados a su Universidad.

XII. Ciclo de encuentros y conferencias para alumnos

Con la finalidad de fomentar los programas de intercambio con universidades extranjeras, los alumnos Sebastián Gouët y Gonzalo Moraga expusieron su experiencia en la Universidad Internacional de Cataluña, en la que permanecieron durante un semestre, a los alumnos de pregrado que han manifestado interés por cursar parte de sus estudios en el extranjero. En otra iniciativa el diputado de la República Sr. Rodrigo Alvarez Z. abordó con los alumnos de primer año el tema "El Bien Común y la Función Legislativa". El profesor Armando Cartes M. trató con los mismos alumnos la "Integración Económica de Chile".

XIII. Taller de análisis de jurisprudencia

Con el objeto de formar a los alumnos en el análisis de jurisprudencia, la Facultad organizó un taller de tres sesiones, a cargo del profesor Javier Molina G., en que se abordaron las diversas fuentes bibliográficas a través de las cuales se difunden las decisiones judiciales, se enseñó la técnica para la elaboración de una ficha del fallo y se desarrollaron los rudimentos del comentario de jurisprudencia.

XIV. Admisión

La Facultad ha continuado con el programa de visitas a colegios y prontamente dará inicio al ciclo de conferencias destinadas a alumnos de tercero y cuarto medio.

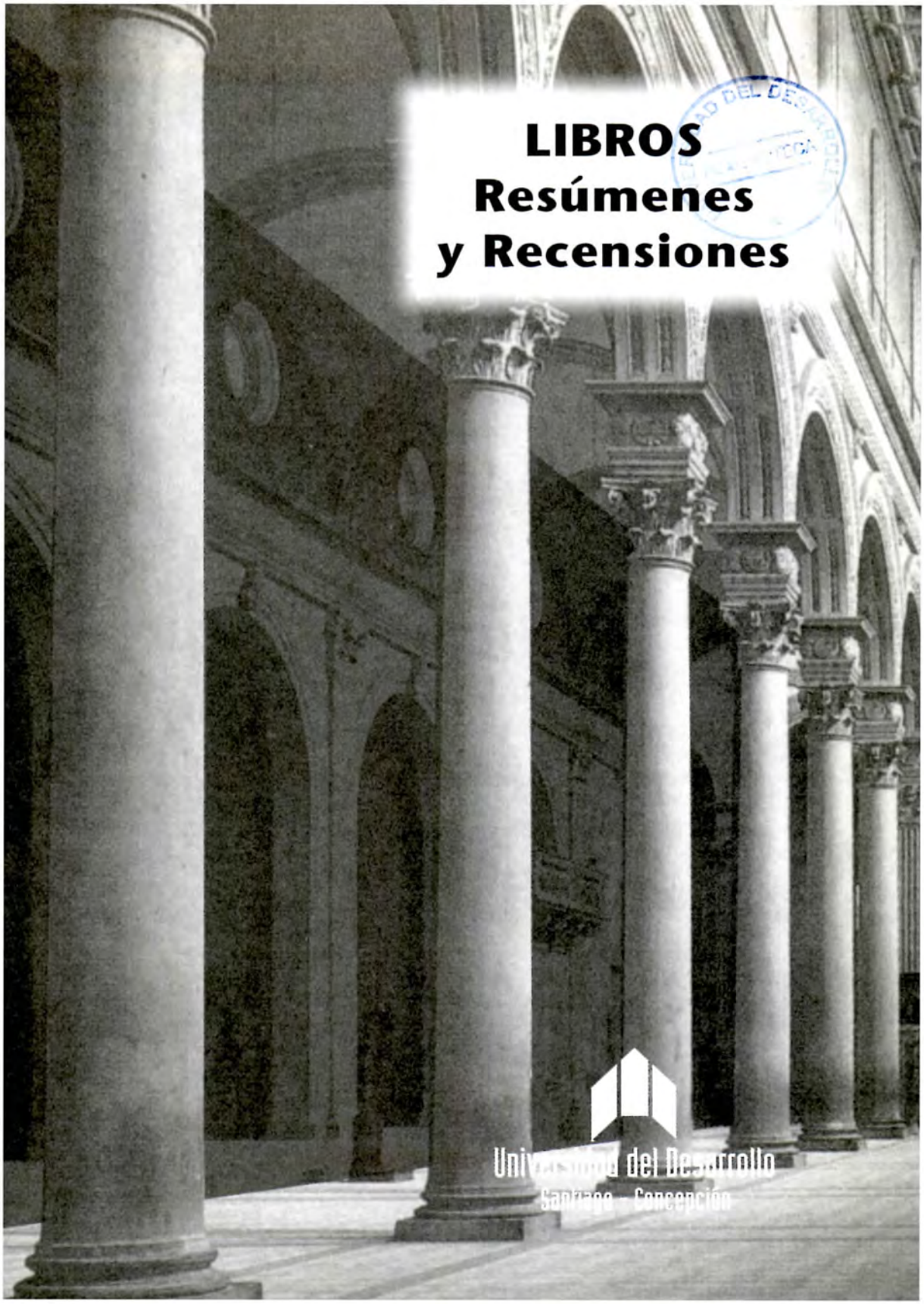
XV. Tesis y ceremonia de titulación Magíster en Derecho de la Empresa

Durante el primer semestre de este año finalizó el proceso de titulación del Magíster en Derecho de la Empresa. Las tesis presentadas este año correspondieron a los siguientes alumnos:

1. Claudia Hurtado Espinoza: "Regulaciones de emisión y calidad en Chile. Normas ambientales". Profesor Guía: Sr. Bolívar Ruiz Adaros
2. Javier Molina Gómez: "La responsabilidad civil postcontractual". Profesor Guía: Sr. Ramón Dominguez Aguila
3. Gonzalo Montory Barriga: "El consentimiento y los medios informáticos". Profesor Guía: Daniel Peñailillo Arévalo
4. Francisco Yaksic Marín: "El regimen jurídico de la importación de especies hidrobiológicas y su incidencia en el desarrollo de la salmonicultura en Chile". Profesor Guía: Sr. Bolívar Ruiz Adaros.

Durante la ceremonia de titulación, realizada el 28 de junio de 2002, se procedió a la entrega de los diplomas correspondientes a los 22 egresados de la quinta generación de graduados del Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa y a los 15 egresados de la segunda promoción del Magíster en Derecho de la Empresa.

LIBROS
Resúmenes y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Estructura funcional del Derecho

de **Pablo Rodriguez Grez**
Ediciones de la Facultad de Derecho,
Universidad del Desarrollo.
Santiago, diciembre 2001.

Prólogo del autor

Este libro, sobre la estructura funcional del derecho, tiene por objeto completar una trilogía, destinada a explicar nuestra concepción sobre el creacionismo jurídico.[1] Se trata, en este caso, de demostrar de qué manera la estructura del ordenamiento jurídico se va desarrollando a través del ejercicio de las diversas potestades normativas y regulatorias, y cuáles son los principios que informan este proceso.

El derecho se nos presenta como una fuerza con una dinámica propia, en constante movimiento, que, por cierto, tiene un punto de partida (el acto original institutor) y un objetivo final (regular conducta social). Podemos analizar la estructura del ordenamiento jurídico, fijar sus características, sus fuentes formales y sus principios, pero no descubriremos con ello lo que más interesa: conocer cómo funciona en cuanto sistema capaz de regular todas las conductas sociales posibles y dar solución a los conflictos que ellas generan. Es aquí en donde, con mayor nitidez, aparece el carácter creativo de la tarea jurídica.

Creemos nosotros que es necesario ahondar en la distinción entre ***normas*** (mandatos generales y abstractos) y ***reglas*** (mandatos particulares y concretos). Precisamente para alcanzar este último mandato ha debido desarrollarse toda la trama jurídica, cuyo punto de partida (norma original) es la primera manifestación propiamente jurídica en la historia de la sociedad. El producto jurídico más acabado es la ***regla***, puesto que con ella es posible al derecho alcanzar su meta esencial: regular la conducta social y

[1] *Teoría de la Interpretación Jurídica*, año 1990, y *El Derecho como Creación Colectiva*, año 1999.

resolver las controversias que de ésta se derivan. Las ***normas*** no tienen otro destino que no sea servir de fundamento a las ***reglas***. Ellas no alcanzan a la vida social, su presencia es inmanente y la base o soporte en que se asientan las ***reglas***. El único destinatario de las ***normas*** es el titular de la respectiva potestad, ya que su actividad se desenvuelve en el marco que ellas le fijan. Desde otra perspectiva, las ***reglas*** son el instrumento que hace posible el cumplimiento de las ***normas***. Para demostrarlo basta con decir que nadie puede cumplir un mandato abstracto si éste no es previamente singularizado. De aquí que podamos afirmar que la ***regla*** es una herramienta insustituible, sin la cual el sistema jurídico no podría funcionar, porque ella media entre el mandato general y abstracto y la realidad social, que sólo plantea situaciones concretas y específicas.

Junto a cada mandato –así se trate de ***norma*** o de ***regla***– hallaremos una ***potestad*** o poder para crearlo. Las potestades, entonces, marchan de la mano de todas las prescripciones jurídicas y son inherentes a ellas. Ahora bien, la función jurídica, que se despliega por medio del ejercicio de las ***potestades***, se caracteriza por enmarcarse en un proceso de concreción que permite ir enriqueciendo axiológicamente toda manifestación jurídica sin romper su coherencia y unidad. En efecto, cada ***potestad*** está dotada de poder para incorporar valores a su creación, y es esto lo que hace posible fortalecer axiológicamente al derecho en cada una de las etapas que se recorren hasta culminar con la aparición de la ***regla***.

La validez jurídica (capacidad del derecho para obligarnos coercitivamente a desplegar una conducta) es ***derivada***. Ello implica aceptar que un mandato jurídico tiene calidad de tal porque ha sido "creado" acatando, tanto formal como materialmente, lo ordenado en una norma superior. Por consiguiente, la validez jurídica tiene una sola fuente: la norma superior. En consecuencia, el contenido material de la norma inferior, en cuanto ella se ajuste al procedimiento y los elementos instituidos en la norma superior, ***no tiene influencia alguna para los efectos de su validez***. La validez jurídica, por lo tanto, es independiente del mandato que ella ordena ejecutar. Lo único que interesa, para estos efectos, es que la nueva norma o la nueva regla se haya elaborado conforme lo dispuesto en la norma superior y que no se contradigan las preferencias o valores que en ella se manifiestan. La validez jurídica se nos representa como un tipo especial de "validez", condicionado por elementos puramente normativos.

Esta conclusión nos conduce, como es obvio, a plantearnos por qué razón vale la norma ubicada en la cima de la estructura normativa (la cual nos representamos como una pirámide invertida para destacar que la norma superior, ubicada en la hipotenusa, cuyo contenido subordina a todas las

demás, está dotada de mayor abstracción y generalidad, y la regla, ubicada en el ángulo opuesto, es la más específica y concreta). En otros términos, nuestra pregunta apunta a un gran salto histórico, que nos lleva de una organización salvaje, en que impera la fuerza y el terror en sus más diversas manifestaciones, a una organización jurídica, en que la conducta humana pasa a estar regida por normas impersonales, previas y conocidas.

Esta cuestión ha sido planteada por otros autores, siendo muy conocida la respuesta lógica formal que da Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho.*

Nosotros creemos en la existencia de ***un acto original institutor del derecho*** que permanece oculto en los confines del tiempo. No se trata de transformarse en un arqueólogo jurídico para desenterrarlo, sino de fijar cuáles debieron ser su rango y elementos esenciales, para hacer posible la fundación de un sistema jurídico. (Nada de particular tiene que intentemos, como los investigadores de las ciencias naturales, reconstruir en un laboratorio un determinado fenómeno que se ha dado en la realidad). Este acto institutor del derecho se nos presenta como ***necesario*** (no puede concebirse un sistema jurídico en su ausencia), ***de validez originaria*** (axiológico), ***impuesto o de consenso*** (establecido por quienes eran capaces de hacerse obedecer o de común acuerdo por todos los miembros de la sociedad), y ***eficaz*** (acatamiento efectivo). Los valores que, en el momento histórico en que surge, le confirieron validez, pudieron ser muchos, pero existe un solo valor ***propiamente jurídico,*** que no pudo estar ausente, sin el cual no habría podido surgir el derecho, que entraña lo más fundamental de su contenido. A este valor lo hemos denominado ***normativización coercitiva de la vida social.*** ¿Qué implica este valor? Que el derecho sólo surge si, a partir de su establecimiento, todas las conductas sociales futuras están reglamentadas por normas que, en caso de no cumplirse voluntariamente, serán impuestas por la fuerza. Así aparece el carácter coercitivo de la norma de derecho, que es el sello distintivo de lo jurídico. La aparición del derecho trae aparejadas otras dos consecuencias igualmente importantes. Por una parte, nace el Estado moderno (que se confunde con el sistema jurídico) y, lo que es más importante, la fuerza pasa a ser monopolio del Estado, de suerte que sólo éste puede disponer de ella y siempre para el cumplimiento de la norma (coacción). De aquí que el derecho sea una manifestación estatal en el sentido que la fuerza, ingrediente característico del derecho, proviene únicamente de él.

Los valores incorporados a la ***norma esencial,*** que surge del acto original institutor del derecho, por el solo hecho de formar parte de ella, dejan de ser "valores" y se transforman en "elementos normativos", haciéndose obligatorios (heterónomamente) para las potestades inferiores que, en las suce-

sivas construcciones jurídicas (potestades constituyente, legislativa, reglamentaria y regulatorias), deberán acatarlos cualquiera que sea su concepción o adhesión a ellos. A este fenómeno hemos llamado ***objetivación de los valores***, ya que por el hecho de pasar a formar parte de la norma los valores han perdido su carácter y se han transformado en "elementos normativos".

A medida que el proceso jurídico se desenvuelve, las diversas potestades (atendiendo a su jerarquía) van incorporando valores a su construcción (así el constituyente agregará valores a la Constitución, el legislador a la ley, el Presidente de la República al decreto reglamentario, el juez, el funcionario público y los particulares a las reglas que vayan creando), en un proceso constante de ***objetivación*** que enriquece el derecho, sin lesionar su coherencia, unidad y armonía. Recuérdese que los valores incorporados por una potestad inferior no pueden contradecir los **elementos normativos** descritos en la norma superior. El derecho, en su desarrollo, recorre un camino bajo el principio de la ***concreción***. Todas las potestades, a medida que entran en funciones, van singularizando gradualmente el mandato general y abstracto, hasta culminar en la creación de las reglas, que, como mandatos particulares, satisfacen el objetivo último del derecho. En cada potestad, por lo mismo, se va reduciendo la capacidad para incorporar valores o, lo que es lo mismo, se va condicionando este poder a los valores integrados por el ejercicio de las potestades superiores. De lo que decimos se infiere, entonces, que existe una estrecha relación entre lo axiológico y lo jurídico, pero que esta relación se da en un ámbito muy particular que impide su confusión, gracias a la transformación de los valores por obra de su ***objetivación.***

Es notable comprobar cómo el derecho está revestido de una fuerza capaz de transformar ontológicamente los más diversos elementos. Así ocurre con la fuerza bruta, que se transforma en ***coerción***, al pasar al monopolio del Estado y quedar sólo al servicio del cumplimiento de las normas (más precisamente de las reglas), y, luego, en ***coacción***, cuando la fuerza se activa para imponer la conducta resistida; con los valores que incorpora cada potestad, que se transforman en ***elementos normativos***, a través de un proceso de objetivación; con la validez originaria de la primera norma esencial (aquella que nace del acto institutor del derecho, cuya validez es axiológica, porque se funda en los valores de quienes la impusieron), que se transforma en ***validez jurídica*** (derivada y que depende de la coherencia formal y material de la norma inferior con la norma superior); finalmente, la norma esencial, en un largo proceso de concreción, culmina con una ***regla particular y concreta***, que permite, como se dijo, llegar a la regulación de la conducta social específica y concreta.

De la misma manera, todo este ordenamiento va acompañado, paralelamente, de un sistema de control, a través del cual se confirma que, en la creación de cada norma y de cada regla, se ha dado cumplimiento a los presupuestos de validez jurídica, esto es, la coherencia formal y material que debe existir entre la norma superior y la sucesiva creación jurídica. Así el derecho vela porque las funciones de "ejecución" y "producción" de las normas vayan creando un sistema normativo que descarte toda suerte de contradicciones y antinomias.

Nuestra teoría pone especial acento en el hecho de que la vida social (la conducta humana) se encuentra regida por **reglas**, y no, como pareciera, por **normas**. Estas últimas, como se señaló, sólo tienen por objeto sustentar o servir de base a las reglas, pero descartamos que ellas puedan cumplirse, atendido el hecho de que nadie puede satisfacer una abstracción sin antes singularizarla, transformándola en un mandato concreto. A ello debe agregarse que un mandato singular debe, necesariamente, contener elementos fácticos descriptivos de la realidad. De aquí que toda regla sea, en parte, ***prescriptiva*** (lo que extrae de la norma) y, en parte, ***descriptiva*** (lo que extrae de la realidad). Un mandato abstracto, por lo mismo, aporta uno de los elementos de la regla, entregando el otro elemento al creador de la regla. De aquí surge un problema interesante: el denominado ***cumplimiento espontáneo del derecho.*** ¿Cómo es posible, entonces, que la inmensa mayoría de los imperados cumplan voluntariamente el mandato normativo y que sobre esta base se asiente el funcionamiento del sistema jurídico? Nuestra respuesta es simple. Cada uno de nosotros, para acatar el mandato normativo (general y abstracto) nos damos una regla sin participación de otra u otras personas: la ***regla personal, tácita y autocompuesta.*** Esta regla, como es lógico, puede ser aceptada por el titular del derecho consagrado en la norma (regla perfecta), o rechazada por él (regla imperfecta). Sólo en el último caso la regla personal, tácita y autocompuesta será sustituida por otra regla formal en este evento (como una sentencia, una resolución administrativa o una convención). Creemos nosotros que, sin este concepto, queda incompleta la descripción del sistema, ya que en la práctica este tipo de reglas es el más abundante y frecuente. Agreguemos que la ***regla personal, tácita y autocompuesta*** sólo puede ser dictada por aquel imperado a quien se le impone una obligación, nunca por aquel a quien se le otorga un derecho, ya que este último no tiene poder para obligar por sí solo a nadie (lo que no ocurre con la autoridad) y su concepto sobre el contenido de la norma sólo puede llegar a configurar una pretensión. No ocurre lo mismo con quien se impone una obligación, para que ello opere es necesario la aceptación del beneficiado.

Estructura funcional del derecho pone acento en la distinción entre estructuras estáticas (como un cuadro, una escultura, un edificio, etc.) y estructuras dinámicas. Estas últimas acusan una constante transformación y sólo conforman un **sistema** cuando apuntan a la realización de un objetivo previamente proyectado. El derecho es precisamente una **estructura funcional, vale decir, un sistema con fines propios.**

Los lineamentos generales de nuestra teoría "creacionista" son desarrollados en este libro. Hemos escogido una fórmula novedosa. Luego de cada párrafo, se incorpora un diálogo destinado a explicar con mayores detalles lo aseverado en las reflexiones que le anteceden. Creemos que de este modo los conceptos ganan en claridad y se simplifican cuestiones de suyo complejas.

Este trabajo no procura otra cosa que aportar una reflexión a la teoría general del derecho. Estas materias, a los ojos de los estudiantes y abogados no familiarizados con ellas, son, por lo general, muy abstrusas y, por qué no decirlo, tediosas. Nos hemos esforzado por eliminar conceptos de significado difuso o demasiado especializados. Nuestra máxima aspiración es hacernos entender por quienes, con justificadas razones, exigen una respuesta entendible sobre qué es el derecho, cómo funciona, cuál es el papel que juegan la norma y el intérprete o de qué manera ella rige nuestros actos. Se ha hecho frecuente que los trabajos jurídicos no aporten nada nuevo y se limiten a citar y sistematizar el pensamiento de otros autores. Ciertamente, carece de sentido no avanzar por caminos ya abiertos, mucho más si ello ha ocurrido hace ya siglos. Pero lo anterior no excluye la posibilidad de plantear nuevas ideas, diseñar sistemas diversos, o aportar reflexiones renovadas. Nuestra opción no es fácil, porque una concepción diversa de las ya conocidas tropieza siempre con una férrea oposición, constituida, primero, por la indiferencia y, enseguida, por esa pereza intelectual que todo lo descalifica. No obstante, asumimos estos riesgos y dejamos en manos de los lectores que escojan estas páginas el destino final de ellas.

Atentos a los avances prodigiosos de la técnica y a los dolorosos retrocesos sufridos por la convivencia social al iniciarse el presente siglo, creemos llegada la hora de ser iconoclastas en materias jurídicas y proponer ideas renovadoras que dejen atrás la larga noche de un tradicionalismo paralizante que todavía nos domina.

EL AUTOR

Estructura funcional del Derecho

de **Pablo Rodriguez Grez**
Ediciones de la Facultad de Derecho,
Universidad del Desarrollo.
Santiago, diciembre 2001.

Julio Alvear Téllez
Profesor Titular de Nociones de Estado de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Profesor de Teoría de la Ley y de Filosofía del Derecho
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

El profesor Pablo Rodríguez Grez publicó recientemente una nueva obra titulada *Estructura Funcional del Derecho* (Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, diciembre de 2001). En rigor, ella hace parte de una trilogía que el autor ha venido desarrollando en los últimos diez años, y que tuvo sus inicios en la *Teoría de la Interpretación Jurídica* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991) y más recientemente en *El Derecho como Creación Colectiva* (Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, 1999), por lo que la publicación que pasamos a comentar sólo se vuelve enteramente comprensible si se tiene en mente a estas últimas, de las cuales constituye una auténtica prolongación en lo que al análisis de la vida misma del Sistema Jurídico se refiere, sea en su estructura, sea en su origen, en los elementos claves de su desenvolvimiento, y en su función.

En este sentido, el autor ha aportado a la doctrina nacional una reflexión acerca de lo jurídico-normativo de acendrada originalidad. Su continuo acento en la dimensión creacionista del Derecho; en el papel que le cabe al ciudadano, al juez y al abogado en la regulación concreta de las realidades sociales; su teoría dual de los mandatos jurídicos (reglas y normas) desarrollada al alero de un sistema jurídico en movimiento, en donde cobra gran relevancia el ejercicio de las distintas potestades; la función determinante que le otorga al intérprete y a los criterios de interpretación plurifacéticos, que llevan a pensar más en una "determinación" de la ley que en su "aplicación", entre otros tópicos de similar importancia, clamarían por el inicio de un ulterior debate, tanto en los niveles académicos como profesionales.

Las consecuencias de la visión que Pablo Rodríguez tiene del Derecho conllevan una serie de implicancias novedosas para la Teoría General del Derecho, tal como ella se viene asumiendo y enseñando hasta el presente, que

está lejos de ser acotada con la sola publicación de sus obras. De partida, entre otros muchos efectos, habría que tomarse en serio, en lo que a la enseñanza jurídica se refiere, la reforma de los programas de Introducción al Derecho, fundados en su mayoría en dogmas decimonónicos ya inverosímiles, y que se vienen asumiendo incluso en la práctica jurídica, visibles a tantos títulos en la actitud inmovilista que respecto a los textos legales tienen un buen número de abogados y jueces.

Expondremos a continuación algunos aspectos de la *Estructura Funcional del Derecho,* sin pretender agotar su temática. En un inicio tuvimos la intención de hacer un análisis sistemático de la obra, capítulo por capítulo, pero pronto renunciamos a ello, por cuanto los diversos tópicos se van entrelazando a través de un estilo que, dirigido al público en general o al abogado práctico, es más bien propedéutico, articulándose cada capítulo, más que por temas específicos, por referencias de desarrollo. Asimismo, hemos dejado para otra ocasión el análisis de las dimensiones de esta obra más cercanas a la dogmática jurídica que a la Teoría General del Derecho.

La *Estructura Funcional del Derecho* se inicia con un Prólogo, en donde de un modo sucinto se exponen los principales puntos a tratar en torno a una idea clave: "demostrar de qué manera la estructura del ordenamiento jurídico se va desarrollando a través del ejercicio de las diversas potestades normativas y regulatorias, y cuáles son los principios que informan este proceso".

Siguiendo lo indicado, todo el libro irá desarrollando ordenadamente los distintos tópicos, expuestos, primero, en forma de párrafos definitorios, para enseguida desenvolver, perfilar y detallar lo expuesto en forma de diálogos a la manera socrática, en el contexto de una verdadera escenografía a la que dan vida un maestro, Diógenes (D), y un discípulo, Plinio el Joven (P).

La obra contiene 11 capítulos, y se inicia con un Capítulo I dedicado al *"Sistema normativo y* a las *Potestades Jurídicas"*, en donde se explica la noción de sistema a partir de una bella analogía que Dionisio hace entre el mundo interrelacionado de la naturaleza y el intercondicionado de las normas. La lectura de este capítulo remonta al análisis que de algunos de sus conceptos fundamentales se hace en otros capítulos, especialmente en lo que se refiere a la *validez y* a *la eficacia* (Cap. II); al *"acto original institutor del Derecho"* (Cap. III); a la *"transmisión de valores objetivados"* (Cap. IV) y al *"análisis comparativo de las potestades jurídicas"* (Cap. V), aspectos sobre los que se vuelve con acentos distintos y a propósito de problemáticas

varias que van naciendo en los capítulos que le siguen: *"Función referencial y función institucional del Derecho"* (Cap. VI); *"Análisis comparativo entre la estructura lógica de la norma y la estructura lógica de la regla"* (Cap. VII); *"Autonomía privada como potestad supletoria y de clausura"* (Cap. VIII); *"La actividad jurisdiccional"* (Cap. IX); *"El Derecho Informal"* (Cap. X); *"La Estructura Funcional del Derecho"* (Cap. XI).

En estas páginas, el Sistema Jurídico es considerado como una estructura normativa dotada de una dinámica propia, fácil de describir en cuanto a sus elementos constitutivos, pero algo arduo de analizar en lo que se refiere a su origen y su fin (función) y en lo que respecta a los factores que determinan el movimiento, dada la naturaleza compleja de todos estos.

Muchos autores han descrito el Sistema Jurídico, entre ellos Kelsen y Bobbio, de quienes el profesor Rodríguez Grez es heredero en algunos puntos, por ejemplo, en la noción de plenitud, categoría "transversal" que cruza de un extremo a otro el sentido normativo y regulatorio del Derecho, y en la alta consideración que se tiene de la fuerza como elemento distintivo de lo jurídico.

Pero aun así, lo novedoso de la reflexión del autor en este ámbito radica, a mi juicio, en ciertos puntos por donde se manifiesta el sentido de un Derecho nuevo, al que los aires contemporáneos han dado libertad, lejos ya de la predeterminación estatista del Ordenamiento Jurídico, de la subyugación del ciudadano y del juez a la función exegética del texto normativo, de la preterición de la creación jurídica y de la interpretación, y, en definitiva, del papel de la razón en el mundo de la praxis.

Algunos de estos puntos puedo sintetizarlos del siguiente modo:

i) Si bien el autor propone, siguiendo a Kelsen, que es cualidad propia del Sistema Jurídico (sobre todo, agrega él, cuando es el fundamento normativo de un Estado de Derecho) regular toda conducta *posible*, ello lo hace a través de un proceso de creación de dos géneros de mandatos (normas y reglas), proceso en el que participa de un modo indirecto (normas) y directo (reglas) toda la sociedad.

Las normas son los mandatos jurídicos de carácter general y abstracto; las reglas los mandatos jurídicos de naturaleza singular y concreta. Las primeras son creadas por las autoridades que ejercen las potestades constituyente, legislativa y reglamentaria, es decir, por aquellas que, en un Estado de Derecho democrático (al menos formalmente) representan (también al

menos formalmente) a la población. Las segundas, esto es, las reglas, son creadas directamente por los propios ciudadanos a partir de lo establecido por las normas (reglas *personales, tácitas y autocompuestas).* Cuando la regla no es aceptada por el titular del derecho consagrado en la norma (a partir de la cual se ha constituido aquella) se denomina *regla imperfecta*, y será, en su caso, sustituida por otra regla formal que emanará de las autoridades que ejercen la potestad administrativa y judicial, o incluso podrá derivar de una convención.

Es así como, de una manera u otra, es toda la sociedad la que participa de la creación del Derecho, por lo que la labor de la interpretación cobra aquí particular relevancia, especialmente cuando se trata de constituir normas a partir de normas superiores más amplias (ley en relación con la Constitución) o reglas a partir de normas.

Ello, a su vez, da comprensibilidad a una realidad social colindante con el sistema jurídico y que tanto tiene que ver con el Estado de Derecho: *el cumplimiento espontáneo del Derecho.* Por medio de él se hace posible que "la inmensa mayoría de los imperados cumplan voluntariamente el mandato normativo y que sobre esa base se asiente el funcionamiento del sistema jurídico".

ii) La estructura del Ordenamiento Jurídico es dinámica, por cuanto todos sus elementos interrelacionados tienen como función cumplir un objetivo –que es lo que le da el significado de "sistema"–, cual es el *regular* las relaciones sociales concretas, que son aquellas por las que la sociedad existe y vive. En consecuencia, la norma no tiene otra función que servir de marco material y formal para la creación de reglas, por las que los ciudadanos regulan sus propios actos intersubjetivos, sea por sus propias manos, sea acatando lo que *aquí y ahora* dispone en su singularidad la autoridad administrativa o judicial.

En este contexto, Pablo Rodríguez vuelve razonable el otrora tan caro dogma del positivismo alemán decimonónico: la plenitud, a fuer de realizarlo en última instancia en la realidad particular –estoy tentado a decir "existencial"– de la regla jurídica, la cual, sin dejar de ser, de suyo, una entidad normativa, lo es sirviendo de medida, a veces autocreada, de una situación fáctica presente y no ficticia. Por ello, el autor concluye sosteniendo que toda regla es, en parte, "prescriptiva" (según lo que extrae de la norma) y "descriptiva" (según lo que extrae de la realidad).

iii) La validez jurídica es concebida como la "capacidad del Ordenamiento Jurídico de obligarnos coactivamente a realizar una conducta". Es una rea-

lidad normativa y no axiológica, y por ello es siempre *derivada,* por cuanto supone que todo mandato inserto en el Sistema Jurídico es tal porque ha sido creado acatando lo dispuesto por la norma superior. En este cuadro, la validez del ordenamiento jurídico precede a la validez de los mandatos jurídicos que lo integran.

Pero una cosa es la validez jurídica y otra la validez axiológica. Ello nos lleva al tema del origen del sistema jurídico. Si todo mandato jurídico vale en cuanto se funda en el mandato jurídico superior, hay que preguntarse entonces por qué vale el primer mandato, aquel del que deriva la validez jurídica de todo el sistema. Sabemos que para Kelsen la *norma fundante* (en algunas traducciones se la llama *norma hipotética fundamental)* es lo que valida todo el sistema de derecho. Para Pablo Rodríguez es, en cambio, el *"acto original institutor del derecho"*, un acto de carácter complejo, de naturaleza prenormativa y *necesario,* por cuanto no puede concebirse un ordenamiento jurídico sin presuponer la existencia de aquél.

El acto original institutor tiene validez *axiológica,* ya que al ser establecido por imposición o por consenso social se funda en los valores de quienes lo establecieron. Este da origen a una primera potestad creadora de una primera Constitución a partir de la cual se va desarrollando todo el sistema jurídico. Ello supone autosometer la fuerza social al imperio de la norma, y objetivar en ella los valores que expresan lo deseado por quienes tienen la capacidad de ponen las bases de ese Sistema Jurídico y hacerse obedecer.

En este esquema, el contenido axiológico mínimo de cualquier Constitución será un valor que el autor denomina *"normativización coercitiva de la vida social".* De esta manera, el origen del Derecho, es axiológico, precisando que los valores fundamentales quedarán integrados de un modo objetivo en la norma, y de esa manera se transmitirán por toda la escala a la que se verá sometida el creacionismo jurídico en el amplio y variado esquema del ejercicio de las potestades jurídicas.

iv) El Derecho es *fuerza,* sí, pero en cuanto "civiliza" la fuerza. Es decir, en la medida en que la transforma en *coerción,* poniendo la fuerza social al servicio del Ordenamiento Jurídico, y en *coacción,* transformándose en fuerza actual, presente a la hora de dar efectividad social a un mandato jurídico en la aplicación de la sanción.

v) En la obra se afirma sin ambages el papel del creacionismo jurídico articulado no sólo en el papel del juez, como acostumbra a aceptarse incluso con grandes restricciones conceptuales hoy en día, sino articulado en el centro mismo del sistema jurídico a través del ejercicio de las potestades

jurídicas, las cuales a la vez que van incorporando los valores de la norma superior van asumiendo un trabajo propio de objetivación axiológica y de "inteligencia" de los hechos.

En la visión de Pablo Rodríguez está distante el juez esclavo de la ley y el ciudadano esclavo del juez, apologista aplicativo de aquella. En la función del creacionismo intervienen todos, en el nivel de las reglas, y sus títulos son no sólo las normas, sino también los principios, por donde el Sistema Jurídico encuentra su legitimidad social y su adaptabilidad a los tiempos, sin renunciar a su función regulativa.

Derecho Internacional Privado (Parte General)

de **Aldo Monsálvez Müller**

Ediciones de la Universidad Internacional SEK

Santiago, 2002.

Hugo Fábrega Vega

Profesor Ayudante de Nociones de Estado de Derecho

Diplomado en Derecho Comunitario Internacional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En forma distinta a como se pueda pensar, y salvo ediciones clásicas sobre la materia, la obra del profesor Aldo Monsálvez Müller viene a proyectar una discusión doctrinaria específica sobre el sistema que se puede adoptar en la enseñanza y metodología del Derecho Internacional Privado.

En efecto, resulta conocido el esfuerzo de tratadistas en Derecho Internacional de promover las nuevas orientaciones y bases conceptuales de un fino y lógico cuestionamiento interno, acerca de la realidad doctrinaria de temas con trasfondo orgánico-jurídico. Asimismo, y situándonos dentro del ramo en nuestra realidad nacional, salvo la reimpresión de algunas obras o la edición de otras, en la década pasada no fuimos espectadores de lanzamientos importantes que indicaran en forma concentrada temas de importancia jurídica internacional que, por cierto, van de la mano con el desarrollo de un país;[1] al respecto, sí se fomentaron investigaciones que terminaron en monografías publicadas en algunas revistas jurídicas, o ensayos más extensos, pero de materias determinadas y profundamente técnicas que sirvieron para ilustrar a lectores especialistas o estudiosos del tema, publicados en distintas editoriales.[2] En resumen, un profuso y desordenado tratamiento de temas internacionales.

[1] Ciertamente es loable el esfuerzo de la Editorial Jurídica de Chile, al promover la reimpresión del *Tratado de Derecho Internacional Privado,* del profesor Diego Guzmán Latorre, en 1997, o de la Editorial Jurídica Conosur en la edición de la *Teoría General sobre Derecho Internacional Privado,* de Mario Ramírez Necochea, en 1994.

[2] Muchos de esos trabajos (verdaderas memorias de prueba) se editaron en la Editorial Jurídica Conosur y en la Editorial Jurídica La Ley.

Conviene advertir que en nuestro país existe una crisis que afecta sustancial y materialmente la enseñanza del Derecho Internacional. En muchas facultades de derecho chilenas, la enseñanza del ramo se limita a un semestre en toda la carrera (de cinco años), dejando libre al alumno para optar, electivamente, por "profundizar" lo enseñado en otro semestre. Bajo este punto de vista no podemos esperar otra cosa que confusas abstracciones impropias de un aporte efectivo al derecho, pues si los llamados operadores jurídicos no manejan intersubjetivamente la misma información, se producen en forma definitiva dos fenómenos relacionados entre sí como causa y efecto: a) el sujeto intérprete irremediablemente adoptará una postura ciega y apegada a un discurso predeterminado sin posibilidad alguna de cuestionamiento (según lo que haya entendido y retenido en sus estudios anteriores), y b) al no haber una ponderación acerca de qué es lo fundamental en algo, irremediablemente se caerá en discusiones estériles en donde se volverá a los métodos tradicionales (por años) en la enseñanza.

Quizás seamos espectadores en estas páginas del nuevo tratamiento que algunos autores han propuesto sobre el tema, lo que ha tenido, por cierto, un reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial.[3] Es tan importante esta distinción que nos da la razón en nuestros planteamientos frente a posturas críticas del Derecho Internacional, que estamos ciertos que la "persona humana" y sus cualidades innatas deben ser el centro de referencia frente al "Estado" y su histórica concepción como referente obligado en materias internacionales, visiones, de más está decirlo, de dudosa raigambre constitucional.[4]

Esta disquisición dogmática tan propia del Derecho Internacional Público quizás esté más atenuada en el Derecho Internacional Privado, lo que no hace suponer que esté agotada del todo, ni menos aún, no replan-

[3] Basta con ver que en todas las ediciones anteriores de *Actualidad Jurídica* se han publicado temas que, de alguna u otra forma, tienen especial relevancia en materia internacional: Rodríguez Grez, Pablo, en los números 1 (páginas 10 a 46, 47 a 53), 2 (presentando el tema central dedicado al Derecho Internacional y su impacto en el derecho interno, en páginas 5 a 7), y 3 (páginas 7 a 19); Campusano, Raúl F., en los números 2 (páginas 55 a 79), 3 (páginas 207 a 223), 4 (páginas 277 a 297), y 5 (páginas 305 a 346); Rojas Sepúlveda, Mario, en los números 1 (páginas 55 a 70), y 2 (páginas 9 a 21), Cruz Fabres, Rafael, en el número 1 (páginas 89 a 94); Gamboa Serazzi, Fernando, en los números 1 (páginas 233 y 234), y 2 (páginas 23 a 31); Arab Nessrallah, Juan; Castro González, Fernando, y Halpern Montecino, Cecily, con distintos trabajos para el tema central sobre Derecho Internacional y su impacto en el derecho interno en el número 2; Monsálvez Müller, Aldo; Cuevas Farren, Gustavo, y Bustos Díaz, Carlos, en distintos artículos en el número 3; y por último Díaz Nieva, José, y Pérez de Francisco, Eugenio, en artículos publicados en el número 4; sin citar a los artículos de este número 6.

[4] En este mismo número se pueden apreciar los fundamentos críticos al fallo del Tribunal Constitucional Chileno sobre la constitucionalidad del tratado suscrito por Chile en 1998 sobre el Tribunal Penal Internacional.

tearse la necesidad e importancia de su revisión, que no está a la altura de tratados más contemporáneos sobre el tema, como es el cuestionamiento que en forma constante siguen algunos autores extranjeros.[5] Por eso es que comentamos el libro del profesor Monsálvez, toda vez que mantiene vivo el trasfondo pleno y vigente del Derecho Internacional. Veamos.

El libro consta de catorce capítulos más un apéndice bibliográfico, en donde se alude ordenadamente a las nociones fundamentales, concepto, naturaleza y características del Derecho Internacional Privado; los conflictos de leyes y de jurisdicción; las técnicas para solucionar los problemas del tráfico jurídico internacional; un repaso a las fuentes del Derecho Internacional Privado; el sistema de La Habana, la Convención de Derecho Internacional Privado y el Código de Bustamante; las tendencias modernas acerca de la solución de los conflictos de leyes; los factores de conexión; los conflictos de nacionalidad y domicilio en el Derecho Internacional Privado; la condición jurídica de los extranjeros en Chile; los conflictos de leyes y las cuestiones que origina la aplicación de la ley extranjera; la aplicación del derecho extranjero establecida por el ordenamiento jurídico nacional; las limitaciones doctrinarias a la aplicación del derecho extranjero; y el reconocimiento internacional de los derechos adquiridos.

Asimismo, el libro concluye con una serie de catorce anexos que incorporan al Código de Derecho Internacional Privado, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser uti-

[5] Podemos incluir a modo de ejemplo y sólo para ilustrar la cita, algunos trabajos importantes sobre la materia sólo en el caso español, donde en muchas oportunidades se cuestionó acerca de la importancia en reformular concepciones nuevas del derecho internacional, pero basadas en la persona, su protección y su relación como sujeto de Derecho Internacional: J. M. Espinar Vicente, en su *Curso de Derecho Internacional Privado español. Técnicas de reglamentación y normas*, Ediciones Universidad de Alcalá de Henares y Borduria, S.A., Madrid, 1991; J. D. González Campos y otros, en *Derecho Internacional Privado, parte especial*, Ediciones Beremar, Madrid, 1995; E. Pérez Vera y otros, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I y II, UNED, Madrid, 1995; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, en *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1993; M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, en *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, ed. Tecnos, Madrid 1996. Cumplen también la categoría aludida los siguientes textos de fuentes normativas y jurisprudenciales: AA.VV., *Legislación básica de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, Edit. Tecnos; J. C. Fernández Rozas, en *Legislación básica sobre extranjeros*, Madrid, Edit. Tecnos; M.T. Echezarreta Ferrer, *Legislación sobre nacionalidad*, Madrid, Edit. Tecnos; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo en *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 2001; también los importantes AA.VV., *Legislación de Derecho Internacional Privado*, 4ª edición, Granada, Comares, 2001 y AA.VV., *Casos prácticos de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, todos modelos bibliográficos de la década 1991-2001.

lizados en el Extranjero, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materias de Sociedades Mercantiles, la Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre la Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, y la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

Nos parece de gran ayuda y aporte práctico a la comprensión del ramo que esta obra incluya las normas legales internacionales vigentes sobre las convenciones más importantes en materia privada. Sin lugar a dudas el aporte metodológico empleado significa que el lector puede inmediatamente interpretar las normas jurídicas, armonizando lógicamente la situación de hecho a su arbitrio, lo que permite, en forma simple, coordinar la información de la forma más concentrada posible.

Continuación lógica de sus trabajos anteriores,[6] este libro representa un esfuerzo por exponer de modo preciso y riguroso el Derecho Internacional Privado vigente en la actualidad; constituye, además, un desafío con el fin de proseguir la investigación en temas que comprenderían la "parte especial" dedicada a tópicos de importancia hoy en día y futuros, como la competencia judicial internacional, arbitrajes en derecho civil internacional, derecho fiscal internacional, derecho mercantil internacional y comercio exterior, derecho empresarial internacional, reglamentación del tráfico jurídico externo y sus bases internas, etcétera; en fin, todos temas a los cuales Chile no ha sido ajeno y que es necesario comprender de forma más profunda. También se deja como sugerencia en esa futura parte especial la inclusión de casos prácticos con la idea de que el estudioso deba asumir un papel activo, colocándose en la posición del sentenciador, del abogado o de las partes implicadas. Se trataría, por lo tanto, de resolver casos de Derecho Internacional Privado, de poner a prue-

[6] Junto a *Cumplimiento de Sentencias Extranjeras (exequátur): eficacia y valor probatorio, jurisprudencia y tratados internacionales*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996; y *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras: exequátur, exhortos internacionales, sentencias arbitrales, tratados internacionales y jurisprudencia*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.

ba la solidez del *background* jurídico necesario para ofrecer soluciones correctas a las situaciones privadas internacionales.

Este aporte innovador constituye, en definitiva, una apuesta por ofrecer el Derecho Internacional Privado como lo que realmente es: una rama del ordenamiento jurídico llamada a la realización de la justicia en un segmento de supuestos sociales de gran amplitud y en constante expansión.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Institución

R.U.T. E-mail

Tipo de Suscripción

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Adjunto cheque cruzado:

a nombre de **Ediciones Universidad del Desarrollo**

por la suma de US$/$ por suscripción (es)

Tipo de Documento

❑ Boleta ❑ Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	$ 10.000	$ 16.000
América (Aéreo)	US$ 25,00	US$ 35,00
Europa y otros (Aéreo)	US$ 25,00	US$ 40,00

* Incluye gastos de envío e impuestos.

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avda. Las Condes 12.584
Santiago, Chile.

Fax: 299 92 83
E-mail: raj@udd.cl

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción