

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año IV

N° 7

Enero 2003

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Reforma Procesal Penal

•  
Sucesión  
por causa de muerte

•  
VI Congreso Nacional de  
Ayudantes de Facultades de Derecho



Universidad del Desarrollo

Santiago - Concepción

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año IV, N° 7 - Enero 2003**



**Universidad del Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO

T000206 c 4



**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

## Tema central: *La reforma procesal penal*

• Presentación .....	7
• Algunas de las claves del nuevo proceso penal. Mario Rojas S. ....	13
• Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal. Carlos Pecchi C., Eleodoro Ortiz S. ....	47
• Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal. Orlando Poblete I. ....	61

## VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho

• Presentación. Hugo Fábrega V. ....	77
• La responsabilidad del <i>pater</i> por los delitos cometidos por sus dependientes. Claudia Morgado M. ....	83
• Los derechos del paciente frente a la responsabilidad. F. Amenábar A. ....	105
• El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado. Rafael Gómez P. ....	129
• La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero. J. González O. ....	147
• La responsabilidad ante el Código Tributario. Misael Morales G. ....	173
• La responsabilidad del Estado-Municipalidad. Josefina Soto L. ....	183
• La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet. A. Sánchez A. ....	201
• El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado. Hugo Fábrega V. ....	211

## Ensayos y Estudios

• La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999. Pablo Rodríguez G. ....	219
• La filiación matrimonial. Hernán Corral T. ....	241
• El negocio jurídico como acto de lenguaje. Juan Andrés Varas B. ....	263
• Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Rodrigo Barcia L. ....	293
• Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° C.O.T.). Héctor Oberg Y. ....	317
• Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho. Patricio Oyaneder D. ....	325
• Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada. Raul F. Campusano. ....	339
• La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno. José Angel Fernández C. ....	359

- Alcances sobre la responsabilidad objetiva. Pablo Palacios M. .... 385
- Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes. Armando Cartes M. .... 425
- Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública. Carlos Cárdenas S. .... 437

### **Actividades de las Facultades**

- Facultad de Derecho, sede Santiago. Fabiola Vergara C. .... 455
- Facultad de Derecho, sede Concepción. Bruno Caprile B. .... 459

### **Análisis Jurisprudencial**

- Caso de los 19 comerciantes. Julio Alvear T. .... 467

### **Libros. Resúmenes y Recensiones**

- Ius Publicum N° 8 ..... 481



Tema central  
**La Reforma  
Procesal Penal**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# Presentación

## La reforma procesal penal

La reforma procesal penal es, sin duda, la innovación judicial más importante de los últimos cien años. Ella sobrevino cuando, como se denunció repetidamente en el ámbito jurídico nacional, la justicia penal había colapsado, pues no era capaz de atender adecuadamente los crecientes requerimientos de una sociedad masificada.

Poco se ha dicho sobre las numerosas insuficiencias que han surgido en Chile como consecuencia del crecimiento demográfico explosivo que se observa desde comienzos del siglo pasado y que ha concentrado a millones de personas en pocas ciudades. Lo anterior se evidencia dramáticamente en el campo judicial, unido a la circunstancia de que con el aumento del nivel de vida de la población, la demanda por servicios judiciales ha crecido sostenidamente, creando un justificado descontento entre quienes acuden a los tribunales en procura de resolver sus problemas más apremiantes.

Creemos nosotros que las características del procedimiento judicial penal deben hallarse en armonía con el nivel de conflictividad social que impere en una determinada comunidad. Un sistema **inquisitivo**, en oposición a las tendencias universales más modernas, no se implanta por razones meramente ideológicas o siguiendo la "moda" impuesta desde el exterior. Su establecimiento ha de corresponder a la necesidad de generar en la sociedad condiciones de seguridad que permitan la convivencia pacífica de sus miembros. Poco se gana con dar satisfacción a los modelos imperantes en el mundo, colocándose a la vanguardia del modernismo, si con ello se afecta una de las bases fundamentales que hacen posible una buena calidad de vida de la población. La cuestión, entonces, consiste en responderse las siguientes preguntas: **¿Está Chile, en esta etapa de su desarrollo histórico, en condiciones de sustituir un sistema *inquisitivo* por un sistema *acusatorio*? ¿Permitirá este nuevo régimen procesal asegurar la sanción de los delitos y la reducción de los atentados a los valores amparados por la ley penal?** Este es el problema fundamental que plantea la reforma en marcha.

No se diga que el sistema **inquisitivo** es incapaz de asegurar el respeto básico a las garantías individuales o de alcanzar estándares mínimos de eficiencia en la sanción de los delitos y el castigo a los delincuentes. Todo ello es posible, no en el contexto del Código de Procedimiento Penal de 1906, ya absolutamente fuera de época, pero sí en el de un Código moderno, más acorde con las necesidades de nuestro tiempo y fundado en las innovaciones tecnológicas y científicas (tecnificación, oralidad, concentración, distinción entre jueces substanciadores y jueces sentenciadores, etc.). Lo cierto es que se optó por el modelo que predomina en el campo internacional y, por qué no decirlo, en buena medida, por el influjo de Estados e instituciones extranjeros que provocaron una fuerte adhesión hacia estas ideas en la vida nacional. Está por verse si la elección fue adecuada.

No se diga, tampoco, que un determinado sistema procesal penal es bueno "per se" en todas las naciones, así se trate del mundo desarrollado y del mundo subdesarrollado. Como quiera que se examine esta materia, forzoso es reconocer que el nivel cultural de cada pueblo es el factor que determina el éxito o el fracaso de cada sistema judicial. Desde esta perspectiva, la nuestra es una sociedad profundamente segregada, en que confluyen sectores con muy diversos niveles culturales, y en donde no existe una comunidad homogénea de valores. Esto obliga a construir un sistema común que se ajuste a aquellas características, lo cual, justo es reconocerlo, no es fácil, pero tampoco es imposible.

Poca consistencia tiene sostener que el nuevo sistema provocará beneficios económicos, al asegurar una sanción adecuada y oportuna al delincuente, creando condiciones más propicias para la inversión, la producción y el crecimiento. Todo esto puede ser posible, en la medida que la reforma efectivamente consiga las metas que se ha propuesto, anticiparse a ellas para justificar su establecimiento resulta, por lo menos, imprudente.

Lo cierto es que entre nosotros, casi ancestralmente, quienes dirigen el Estado se han rendido a los modelos extranjeros, a veces con consecuencias desastrosas. Recuérdese, por vía de ejemplo, la experiencia federalista de Infante, la comuna autónoma de Irarrázaval, el parlamentarismo impuesto luego de la derrota de Balmaceda en la guerra civil de 1891. Todas estas experiencias institucionales cosecharon fracasos estrepitosos que debimos pagar con retraso, marginalidad y miseria. El desafío de los juristas de cada tiempo consiste, precisamente, en ser capaces de crear instituciones que respondan a la idiosincrasia de cada pueblo y que tengan continuidad en el tiempo y adhesión permanente de los gobernados. No hay en esta materia recetas infalibles y universales.





Me temo que la reforma procesal penal no haya reparado en las insuficiencias culturales del Chile actual, en el desarrollo desigual de los diversos segmentos sociales, en arraigadas y negativas costumbres (como la de desvalorizar la verdad, la tolerancia ante el incumplimiento y la resistencia al poder de autoridad) y en una larga tradición de rebeldía e informalidad.

Es prematuro, sin embargo, avanzar juicios sobre resultados que todos deseamos auspiciosos. El año 2003 apenas un 25% de la población quedará sujeto a esta reforma. Faltan, aún, las regiones más importantes y pobladas de Chile (VIII, V y Metropolitana), será allí donde deberá medirse el éxito o fracaso del sistema. Por otra parte, nada tiene de especial el hecho de que deban realizarse ajustes al sistema, si la experiencia demuestra inconsistencias susceptibles de corregirse. Ello forma parte de los deberes esenciales del legislador al poner en marcha una reforma de esta envergadura.

Nuestras aprensiones están fundadas en dos circunstancias bien específicas. Por una parte, nuestro pueblo se caracteriza por una manifiesta falta de respeto por la verdad. Todos quienes ejercen la profesión de abogado saben que entre nosotros la "confesión" opera muy escasamente. De la misma manera, es tradicional la fragilidad de la prueba testimonial y la desidia con que los jueces sancionan a los que incurren en perjurio. Se diría que este país tiene una cultura que no privilegia la verdad, lo cual se evidencia, incluso, a partir de la educación básica. Cualquier comparación con otras naciones revela este aspecto negativo de nuestra realidad. Lo propio podría decirse de la "honestidad", ella no ha sido exaltada ni forma parte del arsenal moral de los chilenos. Desde pequeños, nuestros compatriotas comprueban que los más deshonestos pasan por "inteligentes" e "ingeniosos" en lugar de generar un rechazo en torno de ellos. En síntesis, un sistema **acusatorio**, atendidas estas facetas de la idiosincrasia nacional, podría profundizar estos defectos en lugar de atacarlos frontalmente y desterrarlos, como creemos debe ocurrir. Por otra parte, una sociedad masificada (cosa que ocurre o comienza a ocurrir en algunas ciudades de Chile) sólo puede funcionar en donde impere el **orden**, presupuesto ineludible para hacer justicia (en un medio con brotes anárquicos, la justicia es un quimera inalcanzable). Para lograr el orden, el sistema institucional debe comprometerse a perseguir **todos los delitos**, por intrascendentes que ellos sean. Dejar impune muchas infracciones penales constituye un incentivo poderoso para que los delincuentes potenciales vean abrirse la posibilidad de infringir la ley sin mayores consecuencias. La pena tiene un efecto ejemplarizador al cual la autoridad pública no debe renunciar, a riesgo de desaprovechar uno de los correctivos más eficaces en la lucha contra el delito.

Nadie puede negar que existe una relación **costo-beneficio** en toda decisión delictual, así ella se mida consciente o inconscientemente en el fuero interno del hechor (proceso de decisión). Si el sistema disminuye el costo de delinquir (porque las medidas represivas se debilitan y atenúan), aumentará exponencialmente la comisión de los ilícitos. El incremento sostenido de los índices delictuales, particularmente contra las personas y la propiedad, en los últimos 12 años, es consecuencia de una muy débil reacción de las autoridades frente a las infracciones penales más graves. No es errado afirmar que “delitos atroces”, como los cometidos en Alto Hospicio en la Primera Región o en La Dehesa en la Región Metropolitana, son, en parte, producto de la tolerancia de los poderes públicos (indultos a los condenados a muerte, derogación de la pena capital, disminución de las penas, uso abusivo de la libertad provisional a los reincidentes, etc.). Si algo ha caracterizado las políticas públicas en la última década es la desmedida atención y asistencia a la persona del delincuente y la desprotección paralela de la víctima.

Ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal contempla en su Libro Segundo, Título I, Párrafo 1º, tres instituciones que, en alguna medida, anticipan el debilitamiento de la represión al delito: El “**archivo provisorio**” contemplado en el artículo 167 (que faculta al ministerio público para archivar provisionalmente aquellas investigaciones en que no aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos); “**la facultad de no iniciar investigación**” reglamentada en el artículo 168 (cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado); y el llamado “**principio de oportunidad**” referido en el artículo 170 (que permite no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trata de un hecho que no compromete gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones). Un mal uso de estas tres instituciones puede arrastrarnos al fracaso prematuro del sistema, cuyo resultado será, inevitablemente, un crecimiento de los niveles de delincuencia con la secuela de inestabilidad, inseguridad y conmoción social que ello implica. No debe olvidarse que la historia del delincuente se desenvuelve en un proceso ascendente, comenzándose con delitos menores, para alcanzar rangos de grave peligrosidad pública.

Por último, es bueno recordar que quien es víctima de un delito experimenta un shock psíquico que repercute en todas sus actividades, con el consiguiente daño para él y su entorno. No se trata, entonces, de una

anécdota que pueda superarse con facilidad. Como es obvio, este impacto será mayor, atendida la gravedad de la agresión. Es esto lo que debe evitarse y lo que justifica esforzarse por que esta reforma tenga éxito.

De más está señalar que nuestras aprensiones no tienen como fin sustentar la defensa del modelo **inquisitivo** todavía vigente en varias regiones del país. Fue este sistema el que permitió un aumento explosivo de la delincuencia y la inseguridad. De aquí que veamos con preocupación que una mala praxis de la nueva normativa, o una deficiente adecuación de algunas de sus disposiciones a la realidad social, puede hacer que subsistan las condiciones que han deteriorado la sana convivencia social.

Nuestra revista, atenta a la trascendencia de esta reforma, hace votos por su éxito y porque ella sea el comienzo de otras innovaciones capaces de poner a la Justicia chilena a la vanguardia en este Continente.

**El Director**





# Algunas de las claves del nuevo proceso penal

**Mario Rojas Sepúlveda**

Profesor de Derecho Procesal Penal  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Introducción

Con arreglo a lo dispuesto en la Disposición 36<sup>a</sup> Transitoria de la Constitución Política de la República, en el artículo 4<sup>o</sup> Transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público y en el artículo 484 del Código Procesal Penal, el nuevo diseño orgánico y funcional del proceso penal chileno se haya en actual operación en las Regiones de Coquimbo, la Araucanía, Antofagasta, Atacama y Maule, y está próximo a regir en las Regiones de Valparaíso, del Bío Bío y Metropolitana de Santiago, en las que se ubican las grandes concentraciones urbanas de la nación. Así, en esta época, en que el nuevo sistema ha sido aplicado en la praxis, de modo que existen grados razonables de experiencia concreta, y en que deberá, en poco tiempo, rendir su examen definitivo en las grandes ciudades, parece especialmente propicio que el Consejo Editorial de la revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo haya optado por dedicar esta edición a un análisis profundo de la enorme mutación jurídica en que nuestro país está hoy inmerso.

En este trabajo hemos querido intentar un esfuerzo de detección de algunas de las transformaciones esenciales que la reforma procesal penal ha venido a introducir en nuestro medio jurídico, a objeto de exponerlas, describirlas y analizarlas, tanto en la perspectiva normativa, como en la faceta empírica.

## II. En realidad, la reforma procesal penal es, parcialmente, una modificación indirecta del sistema de penas del ordenamiento criminal sustantivo

No es cierto afirmar que estemos en presencia de una reforma que se agote en el ámbito del proceso penal. Contrariamente, el Código Procesal Penal introduce un conjunto de instituciones que tienden a una alteración fundamental de la normal operación del sistema penal sustantivo, orientación que ha constituido un propósito explícito de sus autores. El Mensaje del Presidente de la República, con que se inició la tramitación legislati-

va, expresa que “el proyecto de Código constituye el núcleo básico de un nuevo modelo procesal penal que, a su vez, aspira a producir una importante transformación en el conjunto del sistema de justicia criminal”, agregando que “se busca cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales, hacia el funcionamiento del sistema penitenciario y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad”.

Esta última, esto es, la respuesta represiva a la criminalidad, involucra tanto un sistema sustantivo de sanciones, previsto en el Código Penal y en leyes especiales, como una estructura orgánica y funcional de orden procesal, dispuesta en el Código Procesal Penal. En mi opinión, una de las particularidades más notables de este último cuerpo legal consiste en que, por vías indirectas, se introduce en el ámbito de las normas sancionatorias sustantivas, alterando su operación normal. El sentido de esta alteración, unívoco, se advierte en el Mensaje: “La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y última ratio”.

Esta orientación de la reforma, en el sentido de intentar adscribirse a las máximas derivaciones de los principios de lesividad y última ratio, circunscribiendo limitativamente la aplicación de la sanción penal sólo a un “comportamiento para prevenir el cual exista una efectiva necesidad de la pena misma”,<sup>1</sup> se advierte claramente inserta en varias instituciones procesales excluyentes de la punición efectiva. En síntesis, los poderes colegisladores han modificado, de hecho, las instituciones penales sustantivas, por la ventana del Código Procesal Penal. Este mecanismo modificativo, enteramente lícito, es, no obstante, extraño entre nosotros, al menos en lo concerniente a crímenes y simples delitos cuyo conocimiento compete a los tribunales ordinarios. El Código Penal de 1875 y las leyes especiales establecen tipos criminales y penas, contemplándose medidas alternativas a su cumplimiento en la Ley N° 18.216. El Código de Procedimiento Penal de 1906 configura un sistema procesal destinado simplemente a la aplicación, en su caso, de la normativa penal sustantiva, y de las medidas alternativas, bajo el paradigma del principio de legalidad estricta, que obliga a la persecución de todo hecho aparentemente punible, así como a la imposición, si correspondiere, de la consecuencia jurídica punitiva prevista por la ley penal. A lo más, el artículo 505 contiene un sistema especial de punición para el evento de reiteración de ilícitos de una misma especie, apli-

<sup>1</sup> *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez, Schünemann y De Figueiredo, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, página 142.

cable sólo en el caso de resultar más favorable al condenado que el sistema dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Veamos cuáles son estas instituciones procesales tan novedosas, cuya operación incide, en realidad, en la aplicación del ordenamiento penal sustantivo.

En primer lugar, el artículo 170 consagra la institución del principio de oportunidad, que consiste, en síntesis, en que el fiscal puede abstenerse de iniciar una investigación, o abandonar la investigación ya iniciada, en la medida que concurran los siguientes requisitos: a) que se trate de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público; b) que la pena mínima asignada al delito, esto es, el mínimo de la pena abstracta, no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo; c) que no se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; y d) que el fiscal emita una decisión motivada. En cuanto al procedimiento, el fiscal debe comunicar esta decisión al juez de garantía, quien, a su vez, la hará notificar a los intervinientes, si los hubiere. Después de la notificación, corre un plazo de 10 días. Dentro de éste, el juez de garantía, de oficio o a petición de cualquier interviniente, puede dejar sin efecto la decisión del fiscal, pero sólo en la medida que no concurran las condiciones objetivas mencionadas en las letras b) y c) precedentes. Adicionalmente, el juez de garantía dejará siempre sin efecto la decisión del fiscal si la víctima manifestare de cualquier modo su interés en la persecución penal. Vencido el plazo de 10 días o rechazada por el juez de garantía la reclamación respectiva, los intervinientes cuentan, adicionalmente, con un plazo de 10 días para reclamar de la decisión del fiscal, administrativamente, ante las autoridades superiores del ministerio público. Conociendo de esta reclamación, las autoridades superiores deberán verificar que la decisión del fiscal se ajuste a las políticas generales del ministerio público y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. En este orden, debe tenerse presente que, con arreglo al Instructivo N° 35 del Sr. fiscal Nacional, no puede aplicarse el principio de oportunidad a “los delitos que atenten contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud pública, el orden público económico o la vigencia del estado de derecho”.<sup>2</sup> Transcurrido este último plazo de 10 días sin reclamación o rechazada la reclamación administrativa, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare, abrogación que no afecta a la acción civil reparatoria.

<sup>2</sup> Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales N°s 26 a 50, Editorial Jurídica de Chile, página 185.

Así, en síntesis, cumplidas que sean ciertas condiciones objetivas, si no existiere interés de la víctima en la persecución, y tratándose, además, de ilícitos que no comprometan gravemente el interés público, cuestión esta cuya apreciación sólo compete al ministerio público, la simple decisión administrativa de éste implica la extinción de la acción penal, pese a la configuración plena del delito y de la participación punible, lo que es lo mismo que decir que queda sin aplicación la ley penal substantiva que haya incriminado la conducta ejecutada por el agente.

Es interesante consignar que durante la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, la institución del principio de oportunidad ha sido aplicada en 9.225 casos, correspondientes al 17,5% del total de los ingresos; de aquéllos, 7.454 casos correspondieron a delitos de alcoholes, 774 a delitos contra la propiedad, 651 a lesiones, 12 a drogas, 5 a delitos sexuales, 3 a delitos contra la vida, 22 a delitos económicos y 304 a otros ilícitos.<sup>3</sup>

En segundo lugar, con arreglo a los artículos 237 y ss., el fiscal, con el acuerdo del imputado, puede solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento, en la medida que: a) la pena que pudiere imponerse al imputado, es decir, la pena concreta, susceptible de aplicación en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; b) el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; c) el defensor del imputado se encuentre presente en la audiencia en que se debata la petición de suspensión condicional y que el querellante que asista a ella sea oído por el juez de garantía; y d) el juez de garantía establezca en la resolución que se pronuncie acerca de la petición, las condiciones a que deberá someterse el imputado por lapso que no será inferior a 1 año ni superior a 3 años. Estas condiciones, artículo 238, serán una o más de las siguientes: d.1) residir o no residir en un lugar determinado; d.2) abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; d.3) someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d.4) tener o ejercer un trabajo, profesión u oficio, o asistir a un programa educacional o de capacitación; d.5) pagar una suma a la víctima a título de indemnización de perjuicios, o garantizar su pago; puede autorizarse el pago en cuotas o en un plazo que no exceda del de suspensión; d.6) acudir periódicamente ante el fiscal, y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas; y d.7) fijar domicilio e informar al fiscal de cualquier cambio del mismo.

---

<sup>3</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.



La resolución que se pronuncie acerca de la petición, positiva o negativamente, es apelable por: a) el imputado; b) el fiscal; y c) el querellante.

Los efectos de la resolución que concede la suspensión condicional son los siguientes, conforme a los artículos 237 y 240: a) impone al imputado la carga de cumplir con las condiciones impuestas por el juez de garantía en la resolución respectiva; b) no se reanuda el curso de la prescripción de la acción penal, que permanece interrumpida; c) se suspende el plazo previsto para el cierre de la investigación; y d) no obsta a la interposición y curso de la acción civil reparatoria, pero si la víctima recibiere pagos en virtud de alguna condición impuesta, ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que corresponda.

En cuanto a la oportunidad, conforme al artículo 245, la suspensión condicional del procedimiento puede ser pedida y decretada: a) en la audiencia de formalización de la investigación; b) en cualquier momento durante la etapa de investigación; y c) en la audiencia de preparación del juicio oral.

La suspensión condicional puede revocarse por el juez de garantía, al tenor del artículo 239, en la medida que concurren los siguientes requisitos: a) petición del fiscal o de la víctima; y b) concurrencia de alguno de los siguientes eventos alternativos: b.1) incumplimiento injustificado, grave y reiterado de las condiciones impuestas; o b.2) si el imputado es objeto de una nueva formalización de investigación, por hechos distintos. La decisión judicial que recaiga en la solicitud de revocación es apelable.

De acuerdo al artículo 240, el transcurso del plazo de suspensión condicional, sin que ésta hubiere sido revocada, implica, de derecho, la extinción de la acción penal, debiendo dictarse por el juez de garantía, de oficio o a petición de interviniente, el sobreseimiento definitivo.

Así, en síntesis, en lo que concierne a esta institución, tratándose de ilícitos en que la pena concreta que pudiere imponerse al imputado no excediere de tres años de privación de libertad, y siempre que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, esto es, fuere primerizo, el fiscal y el imputado pueden acordar la suspensión de la persecución penal y la paralela sujeción de éste a ciertas condiciones gravosas, en términos tales que, corrido el plazo de la suspensión sin que ésta hubiere sido revocada, queda, ipso jure, extinguida la acción penal.

Otra vez, entonces, por la vía de un mecanismo procesal, se abroga la aplicación de la consecuencia jurídica punitiva prevista por el ordenamiento penal sustantivo.

Debe considerarse que con arreglo a los mismos datos estadísticos antes referidos, durante la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, la institución de la suspensión condicional del procedimiento sólo ha sido aplicada en 291 casos, correspondientes al 0,6% del total de los ingresos; de aquéllos, 58 casos correspondieron a delitos de alcoholes, 89 a delitos contra la propiedad, 88 a lesiones, 7 a drogas, 7 a delitos sexuales, 2 a delitos contra la vida, 2 a delitos económicos y 38 a otros ilícitos.<sup>4</sup>

En tercer lugar, conforme a los artículos 241 y siguientes, el imputado y la víctima pueden consentir en un acuerdo que implique algún grado de reparación para ésta, en la medida que se cumpla con los siguientes requisitos: a) que los concurrentes hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos; b) que se trate de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de lesiones menos graves o de delitos culposos; c) que no exista un interés público prevalente en la persecución penal, situación que se entenderá concurrente si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular; y d) que el acuerdo reparatorio sea aprobado por el juez de garantía, quien sólo puede rechazar el acuerdo, de oficio o a petición del fiscal, en evento de inconcurrencia de los requisitos precedentemente señalados. En cuanto a la oportunidad, conforme al artículo 245, el acuerdo reparatorio puede ser concretado: a) en la audiencia de formalización de la investigación; b) en cualquier momento durante la etapa de investigación; y c) en la audiencia de preparación del juicio oral. En lo pertinente al procedimiento, debe arribarse a un acuerdo entre el imputado y la víctima, el cual debe ser presentado ante el juez de garantía, quien citará a una audiencia para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y oír a los intervinientes; la aprobación, en su caso, debe prestarse por el juez de garantía en la misma audiencia, debiendo dictarse conjuntamente el sobreseimiento definitivo, resolución que es apelable. De acuerdo al artículo 242, el sobreseimiento definitivo extingue la responsabilidad penal del imputado respecto del hecho de que se trate.

Otra vez, entonces, por medio de la operación de una institución de carácter procesal, se abroga la aplicación de la consecuencia jurídica punitiva dispuesta por el ordenamiento penal sustantivo.

En la praxis, los acuerdos reparatorios han presentado escasa aplicación. Tomando en cuenta las estadísticas precedentemente aludidas, en la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, sólo

<sup>4</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.

han tenido lugar en 167 casos, equivalentes al 0,3% del total de los ingresos; de aquéllos, 1 caso correspondió a delitos de alcoholes, 72 a delitos contra la propiedad, 74 a lesiones, 2 a delitos contra la vida, 14 a delitos económicos y 4 a otros ilícitos.<sup>5</sup>

Y, en cuarto lugar, debe tenerse presente que el Título I del Libro V, artículos 388 y ss., establece el denominado procedimiento simplificado. Originalmente previsto para el conocimiento y fallo de las faltas, el Poder Legislativo decidió extenderlo a los simples delitos para los que el fiscal requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, de modo que su aplicación debiera presentar una extensión bastante masiva; de hecho, en el mismo período estudiado de la primera fase de la reforma, fue aplicado a 4.434 casos, correspondientes al 7,6% del total de los ingresos. Pues bien, este procedimiento contempla dos mecanismos incidentes en la materia de que venimos tratando.

Primero, conforme a lo dispuesto en el artículo 395, en la audiencia de estilo ante el juez de garantía, éste debe preguntar al imputado acerca de si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, o si, por el contrario, solicita la realización del juicio oral; en evento de admisión de responsabilidad, la regla general es que “el juez aplicará únicamente pena de multa”. Se trata, ésta, de una regla legal muy curiosa, porque, en síntesis, conforme al criterio que ha observado la jurisprudencia de la Corte Suprema, entrega al imputado, bajo condición de admisión de responsabilidad, la posibilidad jurídica de hacerse sujeto pasivo de una pena que puede ser distinta, mucho menos gravosa, a la prevista por el ordenamiento penal substantivo; recuérdese que tratándose de simples delitos lo normal es que ésta consista en presidio o reclusión menor.

Y, segundo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 398, el juez de garantía, al dictar sentencia condenatoria, si “concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado”, supuesto enteramente discrecional, puede dictar el fallo y disponer en éste la suspensión de la pena por el lapso de seis meses, en términos tales que, transcurrido éste sin que el imputado sea objeto de nuevo requerimiento en procedimiento simplificado o de formalización de investigación en procedimiento ordinario, “el tribunal dejará sin efecto la sentencia, y en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.

Así, en resumen, tratándose del procedimiento simplificado, aplicable no sólo a faltas, sino también a simples delitos para los que el fiscal requiera la

<sup>5</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.


imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, la reforma ha dispuesto dos mecanismos procesales especiales, uno destinado a la alteración de la pena prevista en el ordenamiento penal sustantivo, y otro destinado a la abrogación de la pena, de manera que, también por la ventana del Código Procesal Penal se torna ineficaz la incriminación sustantiva del Código Penal.

En mi opinión, desde la perspectiva de la política punitiva estatal, la circunstancia que los Poderes Colegisladores hayan decidido alterar el régimen penal sustantivo por la vía de una modificación de la regulación adjetiva del proceso penal, esto es, a través de mecanismos indirectos y reflejos, es, quizás, una de las claves más importantes de la reforma procesal penal, cuyos alcances deben comprenderse acabadamente, porque implica consecuencias tremendamente relevantes en la realidad jurídica concreta del tratamiento de la criminalidad, constatación que no es dudosa. Otra cosa es la cuestión de mérito o demérito, que es, desde luego, opinable. Es evidente que la reforma se ha inspirado en el principio de extrema ratio en la imposición de la pena, y a ese efecto, ha contemplado varios mecanismos procesales destinados a abrogar la imposición efectiva de la pena, particularmente respecto de delitos de gravedad aparentemente menor, cometidos por delincuentes primerizos, siguiendo tendencias que son muy propias de las vertientes europeas continentales. Se camina, por cierto, en direcciones enteramente opuestas a las que se sugieren en otros lugares, como en el Estado de Nueva York, en que se privilegia la sanción efectiva del delincuente primerizo que incurre en delitos de gravedad aparentemente menor, porque, de esta manera, se dice y se prueba con resultados empíricos, puede impedirse que el agente aumente la intensidad criminosa de sus conductas futuras. Veremos, en la praxis, si la decisión legislativa ha sido, o no, la adecuada al estado actual de la sociedad chilena y a la peligrosidad de su delincuencia cotidiana, que incide en delitos contra la propiedad en 40%, de alcoholes en 34%, de lesiones en 15%, económicos en 2,4%, sexuales en 1,2%, de drogas en 0,5%, contra la vida en 0,4% y en otros ilícitos en 6%.<sup>6</sup>

### **III. La política criminal se mantiene ausente, híbrida y difusa**

En el sistema procesal penal del Código de 1906, en rigor, no existía una política criminal del Estado, si por ésta se entiende no sólo un diseño normativo descriptivo de conductas típicas y de penas asociadas a su ejecu-

<sup>6</sup> Porcentajes aproximados obtenidos de datos de ingresos de los primeros nueve meses de funcionamiento de la reforma procesal penal. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, pág. 20.



ción, ésta judicialmente constatada, operable bajo los rígidos cánones del principio de legalidad estricta, sino un complejo institucional en que hay lugar a espacios relativamente discrecionales que admiten que los agentes estatales puedan adoptar decisiones de gestión que les permitan enfocar la respuesta represiva a ciertas áreas de especial lesividad e intensificarla o disminuirla en función de particularidades sociales concretas. En efecto, en el sistema antiguo, al menos en su marco teórico, son escasísimos los espacios discrecionales. Ocurrido un hecho aparentemente punible, la ley procesal impone la investigación, y, en su caso, la persecución penal y la pena. La discrecionalidad, siempre parcial, se advierte sólo en la exclusión de la libertad provisional, en la fijación precisa de la extensión de la pena, en el otorgamiento de medidas alternativas al cumplimiento de la pena y de beneficios tales como la libertad condicional.

Así, si en el ámbito del Código de 1906 pudiera hablarse de una política criminal, habría que decir que la esencia de ésta queda fijada por el Poder Legislativo por medio de normas legales incriminatorias de acciones y omisiones, y que ésta es de carácter rígido, en razón de su legalidad estricta, a lo que se añaden muy escasos espacios discrecionales, entregados, casi siempre, al Poder Judicial.

Respecto de este claro y rígido esquema, es menester anotar algunas derivaciones. Primero, un país que sigue este esquema rígido, en realidad, no tiene una política criminal propiamente tal, puesto que ésta carece de verdaderas alternativas de gestión orientada. Segundo, genera un círculo de difusión de responsabilidades, puesto que, frente a la crítica social, el Poder Ejecutivo siempre esgrime que aquéllas conciernen a los Poderes Legislativo y Judicial, y éste, por su parte, defiende todo resultado práctico de su operación con la invocación de la norma legal abstracta que le es obligatoria. Tercero, la utilización de los espacios discrecionales entregados a la magistratura termina siendo socialmente anárquica, puesto que el Poder Judicial, precisamente porque está destinado al juzgamiento de casos individuales, uno por uno, bajo el paradigma de la independencia de cada juez, carece de mecanismos destinados a la fijación de criterios relativamente uniformes de decisión en esos espacios, puesto que éstos no se acomodan a su diseño constitucional y legal; no es su función, por lo demás, el diseño de una política coherente de gestión criminal. Y, cuarto, en la medida que los nombramientos judiciales carecen de una directa legitimidad democrática, el diseño, que en teoría pudiera plantearse de una política judicial en estas materias, omitiría un sólido sustento de legitimidad institucional.

A lo que se acaba de decir debe agregarse que la legalidad estricta genera, en la práctica, vicios extranormativos, en razón de, por ejemplo, la incapa-

cidad de hecho de los sistemas procesales de perseguir eficazmente la totalidad de las conductas punibles que se verifican en las sociedades, por carencia de suficientes recursos humanos y materiales. La no impunidad se transforma en un mito jurídico, en una especie de fetichismo legal. Datos estadísticos demuestran que aproximadamente un 40% de las conductas delictivas no son ni siquiera denunciadas, constituyendo lo que la doctrina llama una "cifra negra". Respecto de los ilícitos que sí son denunciados a la policía, ésta opera en los hechos como un mecanismo informal de selectividad de casos, recibiendo y cursando sólo un 70% de los ilícitos que le son denunciados. Finalmente, respecto de los hechos que arriban a los Tribunales de Justicia, cerca de un 70% de los sumarios son sobreesidos temporalmente, y un 20% termina sin resultados, por otras causas, de suerte que sólo un 10% de los casos realmente arriba al juzgamiento. En síntesis, sólo un 4,2% de la totalidad de los hechos aparentemente punibles son objeto de un juzgamiento penal verdadero.<sup>7</sup> En síntesis, en la operación práctica del sistema del Código de 1906 operan, de hecho, discrecionalidades difusas, extranormativas, a cargo de la policía, y, en gran medida, de los actuarios en que los jueces del Crimen, en razón de imposibilidad de abocarse personalmente a los casos sometidos a su conocimiento teórico, delegan masivamente sus funciones jurisdiccionales.

Así, en el sistema antiguo, existen algunos espacios discrecionales normados, usualmente a cargo del Poder Judicial, utilizados, por ende, de modo relativamente anárquico, esto es, ajenos a pautas comunes, y existen, de hecho y en la praxis, otros espacios discrecionales extranormativos e irregulares, gestionados por la policía y los actuarios. En síntesis, cualquier cosa, menos una política criminal seria.

La verdad dicha, no es tanto lo que cambia en el nuevo proceso penal.

Las razones de fondo de la subsistencia de una política criminal, ausente en Chile, consisten en que la única manera de contar con una verdadera política criminal pasa por dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, pasa por entregar la responsabilidad de la investigación y de la persecución criminal al Poder Ejecutivo, puesto que éste, precisamente en razón de su legitimidad democrática directa y de su responsabilidad ante la opinión pública, así como en función de su esencia y expertizaje como gestor y administrador de políticas públicas, es el único órgano estatal capaz de diseñar y operar una política criminal coherente y flexible. Y, en segundo lugar, pasa por entregar amplios espacios de discrecionalidad al órgano gestor y administrador de la respuesta represiva a la criminalidad.

---

<sup>7</sup> Datos obtenidos de estudios empíricos citados en *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Duce y Riego, Universidad Diego Portales, páginas 176 y 177.

El ejemplo concreto y de mayor envergadura rige en los Estados Unidos de América, en que, por una parte, los *United States attorney*, los *district attorney*, los *county attorney* y los *state attorney*, quedan claramente radicados en la rama ejecutiva del Gobierno,<sup>8</sup> y, por la otra, gozan de gran discrecionalidad para decidir si se inicia o no una investigación, si se perseguirá formalmente un caso o no, si se entregará o no inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación, y para negociar cargos y penas.<sup>9</sup> Algo de este sistema, aunque restrictivamente, se encuentra, también, en Francia, en que la autoridad máxima de la persecución penal es el Ministro de Justicia,<sup>10</sup> pudiendo el Ministerio Fiscal decidir el archivo provisional en razón de oportunidad e incluso acudir, previamente, al mecanismo de la mediación, con arreglo a los artículos 31 y 41 del Código Procesal Penal.

En Chile, en cambio, la reforma procesal penal se encontró con una variedad de problemáticas que generó la imposibilidad de implantar entre nosotros un sistema que permitiera posibilitar una verdadera política criminal. Así, en primer lugar, los riesgos, reales por cierto en una cultura como la nuestra, de politización de la persecución penal, tanto en cuanto ésta pudiera orientarse, en los hechos, a la caza dirigida de los enemigos del Poder Ejecutivo, como en cuanto pudiera abstenerse de la investigación y seguimiento de las conductas punibles de sus propias autoridades, llevaron a descartar desde muy temprano la eventualidad del posicionamiento del ministerio público bajo la autoridad del Presidente de la República. Relacionadamente, la decisión de confiar la investigación y el ejercicio y sostén de la acción penal a un ministerio público, autónomo conforme al artículo 80A de la Constitución Política de la República, pero carente de legitimidad democrática directa, condujo a la necesidad de diseñar espacios de discrecionalidad que, de un lado, son bastante restrictivos, y, de otro, usualmente se comparten entre los fiscales y el Poder Judicial. Por estas razones, no es mucho lo que ha cambiado en el nuevo sistema, de modo que nos mantenemos en un país que, en esencia, carece de una verdadera política criminal, en el concepto que de ésta hemos dado al iniciar la presente sección.

Con todo, según se acaba de decir, hay breves espacios de discrecionalidad, aunque restrictiva, cometida al ministerio público. Ya hemos tratado del principio de oportunidad, aplicable a algunas formas delictivas, pero

<sup>8</sup> *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Hendler, Editorial Ad Hoc, páginas 160 y 162.

<sup>9</sup> *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Duce y Riego, Universidad Diego Portales, página 182.

<sup>10</sup> Una descripción sintética puede encontrarse en *Procesos Penales de Europa*, Association De Recherches Pénales Européennes, Editorial Edijus, 2000, página 268.

es curioso que la reforma sea tan tenue que basta la reclamación de la víctima, esto es, la apreciación de un interés particular, para que la persecución deba de todos modos ejecutarse. Nos hemos referido, también, a la suspensión condicional del procedimiento, siendo de observar que, en este caso, juega un rol trascendental la decisión del Poder Judicial, según se ha visto. También nos hemos referido al acuerdo reparatorio, en que es esencial el consentimiento de víctima e imputado, pero en que el ministerio público puede invocar la prevalencia del interés público persecutorio, siendo también destacable que la decisión acerca de este punto quede entregada, en realidad, al Poder Judicial.

La facultad de archivo provisional, prevista en el artículo 167, para el evento de no aparecer antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, no es un ámbito de discrecionalidad, desde que se trata de una pauta objetiva, removible por lo demás por la víctima en virtud del artículo 169; se trata, en realidad, de un mecanismo de descongestión, destinado a evitar la actividad estatal inútil y el dispendio de recursos que ésta implica a la sociedad, como ocurre, en el sistema del Código de 1906, con la infinidad de casos sobreseídos temporalmente, que superan el 70% de los ingresos. La facultad de no iniciar investigación del artículo 168, controlable por el Poder Judicial, tampoco constituye un espacio de discrecionalidad, en cuanto sólo puede operar frente a la inexistencia de una calificación delictiva o ante la extinción de la responsabilidad penal; este mecanismo es, por lo demás, el mismo que ya se contiene en los artículos 102 y 107 del Código de 1906.

Una institución interesante, en esta óptica, puede encontrarse en el Procedimiento Abreviado, cuya aplicación depende, entre otros parámetros, conforme al artículo 406, de la entidad de la pena requerida, a su decisión, por el fiscal, pero la cuestión es relativa, desde que se ha entendido que si el juez de garantía estima aplicable una pena mayor a la requerida, no puede llevarse adelante la abreviación.

En síntesis, en mi opinión, nos mantenemos en un país que carece, en realidad, de una política criminal como la mencionada al inicio de este resumen, en que simplemente se han abierto ciertos espacios a un ministerio público autónomo, espacios que, empero, comparte con la víctima y con el Poder judicial. Es muy difícil que esta situación pueda variar entre nosotros hasta que no arribemos a elevaciones culturales que se ven bastante lejanas.



#### **IV. El rol exclusivamente jurisdiccional de los tribunales de la justicia penal y la radicación de la responsabilidad de la investigación y persecución penal en el ministerio público**

Se encuentra, en esto, sin duda, uno de los más destacables de los méritos de la reforma procesal penal, y, también, la más profunda de las alteraciones que ella ha implicado en nuestra cultura jurídica. Estaba internalizado entre nosotros, curiosamente, un sistema en que la magistratura investigaba, procesaba, acusaba, perseguía y juzgaba. Esto no sólo implicaba el juzgamiento del imputado por un tribunal usualmente convencido de la culpabilidad a la hora de la sentencia definitiva, esto es, un marco objetivo de parcialidad jurisdiccional, no sólo significaba un desequilibrio gravísimo para el encartado, desde que el juez es el dueño del proceso, sino que, además, trasuntaba un despropósito institucional extraordinario, porque el magistrado no sólo sentía sobre sí, en el sistema del Código de 1906, la responsabilidad de juzgar, que es la suya propia, sino, además, la responsabilidad de perseguir el crimen en el nombre del Estado. Si se revisan los titulares de los diarios de cualquier época, podrá advertirse la atribución expresa y permanente de la misión de persecución a los tribunales de justicia. Una violación en Alto Hospicio, una invasión de los llamados pueblos históricos en la Araucanía, un acto de corrupción de una autoridad pública, y la responsabilidad de la incriminación se hace recaer explícitamente, toda ella, en nuestros jueces. Es el sistema, tremendamente anómalo, en que nos acostumbramos a vivir. Es cierto que nuestros magistrados han demostrado grados importantes de sabiduría, para administrar esta anomalía institucional en la mejor forma posible,<sup>11</sup> pero nada de eso justificaba la disfunción.

Con arreglo al artículo 73 de la Constitución Política de la República, la facultad de conocer de las causas criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente al Poder Judicial, por medio de los jueces de garantía y de los tribunales de juicio oral en lo penal. Y, en coherencia, conforme al artículo 80A de la misma norma suprema, un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de ministerio público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, sin que pueda, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales.

En lo que hace a la etapa de investigación de delitos de acción penal pública, el estatuto del Código Procesal Penal respeta absolutamente los principios

<sup>11</sup> Rojas, Mario, "En la agonía del Código de Procedimiento Penal: Méritos, Deméritos y Home-naje", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 20, páginas 91 y ss.

constitucionales, puesto que es el ministerio público el órgano que define, con exclusividad decisoria, las actividades de esclarecimiento de los hechos. No le compete al juez de garantía la función de sugerir, ni menos ordenar, la realización de determinadas diligencias de investigación. Al tenor del artículo 183, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, pero el fiscal ordenará que se lleven a efecto sólo aquellas que estimare conducentes; la negativa del fiscal sólo es reclamable ante la autoridad superior del ministerio público. Por otro lado, conforme al inciso cuarto del artículo 98, si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la realización de diligencias de investigación, el juez de garantía podrá simplemente recomendar al ministerio público la realización de las mismas cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad. Sólo hay un caso en que el juez de garantía puede ordenar este tipo de diligencias: de acuerdo al artículo 257, después de cerrada la investigación y cuando el fiscal decidiera pedir el sobreseimiento o no perseverar en el procedimiento, debe pedir la citación a una audiencia judicial; en este evento, durante el lapso anterior a la audiencia y en ésta misma, los intervinientes pueden reiterar la solicitud de diligencias precisas y determinadas que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el ministerio público hubiere rechazado, en cuyo caso el juez de garantía puede ordenarle al fiscal que ejecute las diligencias en cuestión dentro del plazo que le fijará al efecto.

En lo que concierne a la prueba que habrá de rendirse en la audiencia del juicio oral, ésta, conforme al artículo 277, letra a), en relación con los artículos 259 letra f), 261 letra c), 263 letra c), 272 y 276, habrá de corresponder exclusivamente a los medios de acreditación que los intervinientes hayan oportunamente ofrecido y que el juez de garantía haya aceptado en el auto de apertura del juicio oral. Lo único que los jueces pueden hacer oficiosamente es, conforme al artículo 326, formular preguntas al acusado que haya consentido en prestar declaración, para el solo efecto de aclarar sus dichos precedentes, con arreglo al artículo 329, formular preguntas a los testigos y peritos, también con el único objeto de aclarar sus dichos previos, y, conforme al artículo 337, constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, pero manteniendo las formalidades propias del debate oral.

Nada más pueden hacer los jueces.

De todo esto se deriva que la responsabilidad exclusiva de la eficacia de la investigación y de la persecución criminal compete al ministerio público, que debe remover la presunción de inocencia de que, con arreglo al artí-

culo 4º, goza todo imputado, para obtener una sentencia condenatoria.

La exclusividad de esta grave responsabilidad, que pesa sólo sobre el ministerio público y que debe sobrellevar ante la opinión pública, se advierte, además, en otros parámetros. Los jueces, conforme, entre otras normas relacionadas, a los artículos 341 y 364 letra f), no pueden exceder el contenido de la acusación, no pueden condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella, de manera que el defecto de la acusación conduce estrictamente a la sentencia absolutoria, bajo la responsabilidad institucional de los fiscales.

## **V. La relevancia de la desjudicialización de la persecución penal en la operación práctica de la presunción de inocencia**

La presunción de inocencia, que el Código Procesal Penal reconoce al imputado en el artículo 4º, ha tenido en la historia jurídica una evolución compleja, que ha conducido a que incluso la época actual carezca de una precisa definición de su sentido, alcance e implicancias técnicas. Sus orígenes formales se encuentran en citas jurisprudenciales romanas, como aquella que recuerda Mittermaier: "*Quilibet praesumitur bonus donec contrarium probetur*". Sobre estas fuentes trabajaron los glosadores en la Edad Media. La Ordenanza Criminal Francesa de 1670, modelo del proceso penal inquisitivo, disponía que "todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos".

Pero estos orígenes remotos de la presunción de inocencia poco tienen que ver con su implicancia actual como una institución propia de la sociedad moderna. En efecto, la presunción de inocencia tiene su actual, aunque imprecisa significación, a partir del movimiento iluminista y de su establecimiento en el artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada en 1789 por la Asamblea Constituyente francesa. El aludido artículo 9º de la Declaración previno que "A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable, y si es necesario detenerle, todo rigor que no fuere necesario para asegurar su comparecencia al juicio debe ser severamente reprimido por la ley".

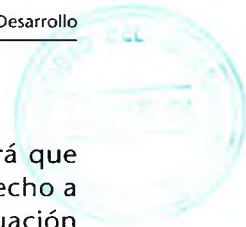
Con raíz histórica en la Declaración de 1789, la norma de la presunción de inocencia viene incorporada en diversos instrumentos internacionales tan importantes como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá, de 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, de París, de 1948; la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de Roma, de 1950;

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 1966; la Convención Americana de San José de Costa Rica, de 1969, y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de Nairobi, de 1981. Con la misma base histórica, la norma de presunción de inocencia, con diversas formulaciones terminológicas, está incorporada en las Constituciones de Francia, Italia, Portugal, España, Brasil, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Nicaragua y Panamá, entre otras.

La regla de presunción de inocencia hay que entenderla a partir del contexto histórico y cultural en que se inserta el movimiento iluminista del siglo XVIII, conformando un postulado fundamental que presidió la reforma del proceso penal represivo e inquisitorio emprendida por la revolución liberal. Hay que recordar que en el ordenamiento prerrevolucionario el acusado no es un simple sospechoso, sino alguien considerado culpable por la opinión pública, alguien a quien corresponde el deber de destruir la apariencia, demostrando su inocencia. Así, en el evento en que el reo no pudiere demostrar inocencia, pero tampoco se lograre arribar a demostración plena de su culpabilidad sobre la base de la valoración legal de la prueba, dos desembocaduras eran posibles. La primera consistía en la aplicación al imputado de la llamada "pena extraordinaria", esto es, una disminuida. Y la segunda consistía en la absolución de la instancia, con lo que no se ponía fin al proceso, sino que se le dejaba en suspenso en tanto el acusado no aportare pruebas definitivas de inocencia o no se descubriesen pruebas de culpabilidad, quedando el reo sometido a prisión preventiva o a severa vigilancia.

La presunción de inocencia, entonces, debe ser entendida ante todo como elemento simbólico y emblemático de una lucha política y jurídica contra las estructuras represivas de la tipología inquisitoria del proceso penal que precedió a las ideas iluministas y racionalistas, movimiento que surge con la revolución liberal y se desarrolla, con avances y regresiones, hasta nuestra época.

La norma de presunción de inocencia ha enfrentado regresiones durante estos dos siglos. Basta con recordar que el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808, que consagra la tipología mixta de proceso penal, es, en el fondo, una transacción entre la forma inquisitorial de la Ordenanza de 1670 y las tendencias acusatorias de las primeras leyes revolucionarias de última década del siglo XVIII, transacción esencialmente política, que tuvo su causa en una ineficiente aplicación de las nuevas normas iluministas por los operadores jurídicos, que culminó, incluso, en la omisión de la regla de presunción de inocencia. No es extraño, entonces, que nuestro Código de 1906, en su contenido original, omitiere la regla, ni que su



Mensaje expresara: “La observancia de sus disposiciones... permitirá que los presuntos culpables gocen de todas las garantías que tienen derecho a exigir para su completa defensa y para hacer menos penosa su situación mientras esté en tela de juicio su inocencia o culpabilidad”. Esta cita evidencia que el legislador de 1906 desconoció –al menos en su integridad conceptual– la presunción de inocencia, en lo que es una muestra más de sus categóricas inclinaciones inquisitorias.

Llama bastante más la atención que el constituyente de 1980, extremadamente cuidadoso en el establecimiento y garantía de los derechos constitucionales, haya omitido en definitiva establecer la norma, que venía propuesta como inciso sexto en el N° 3° del artículo 19 por el Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sin embargo, la cuestión de la presunción de inocencia ha cobrado en Chile gran actualidad en los últimos años. No sorprende, entonces, que el texto actual del artículo 42 del Código de 1906 haya incorporado la norma conocida como de presunción de inocencia, en los siguientes términos: “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”.

Desde el punto de vista de los instrumentos internacionales, el N° 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Y el N° 2 del artículo 8° de la Convención Americana de San José de Costa Rica dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

¿Qué es, entonces, la presunción de inocencia? ¿Qué implicancias tiene en el proceso penal?

Las tendencias contemporáneas nos enseñan, primero, que la presunción de inocencia encierra un valor ideológico y político, en cuanto expresa una orientación arraigada en la comunidad, cual es la de garantizar la posición de libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal, orientación que necesariamente debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal. Las mismas tendencias contemporáneas nos enseñan, luego, que no estamos en presencia de una verdadera y propia presunción como prueba indirecta, desde el punto de vista de la técnica jurídica, en cuanto me-

canismo para extraer un hecho desconocido a partir de un hecho conocido. En realidad, explica la doctrina, la utilización del vocablo "presunción" implica más bien una actitud emocional de repudio al ordenamiento procesal penal preiluminista, en que era sobre el acusado en quien pesaba la carga de comprobar legalmente su inocencia, bajo pena de soportar las consecuencias del *non liquet* establecidas en la Ordenanza Criminal de 1670, que nosotros ya hemos explicado: pena extraordinaria o absolución de instancia con prisión preventiva o sujeción a vigilancia.

No hay entonces una presunción legal en el sentido técnico que nos es conocido. ¿Qué hay en la presunción de inocencia que recoge el artículo 4º de nuestro Código Procesal Penal? Se enseña contemporáneamente que la presunción de inocencia es una regla jurídica, que tiene cuatro connotaciones.

En primer lugar, es regla de juicio ante el fenómeno llamado *de non liquet* en el Derecho Procesal Romano –"no lo veo claro"–, fenómeno que Micheli denomina "la decisión del hecho incierto", y Carnelutti, la "fijación del hecho desconocido". A este respecto, hay que recordar que en el proceso civil los problemas que representa este fenómeno se resuelven a través del mecanismo de la carga de la prueba, que no es posible aplicar en el proceso penal. Tratándose del juzgamiento criminal, en el evento que el juez no arribe a convicción de culpabilidad y tampoco a una de inocencia, debe absolver, porque al acusado hay que considerarlo inocente en caso de duda fáctica y no es posible mantenerlo indefinidamente en tela de juicio ante la comunidad.

En segundo lugar, la presunción de inocencia es regla decisoria, confundándose con el principio *indubio pro reo*. En este sentido, cualquier duda jurídica del juez debe resolverse siempre en beneficio del acusado sometido a proceso.

En tercer lugar, la presunción de inocencia se proyecta al campo de la prueba, exigiéndose de ésta ciertas condiciones mínimas para que tenga valor condenatorio.

Y, en cuarto lugar, la presunción de inocencia es norma de trato al acusado, que se proyecta hacia una pluralidad no finita de circunstancias particulares, que se reconduce a que es contrario a la regla jurídica todo tratamiento al imputado que se base en una consideración de culpabilidad, o, dicho de otro modo, que no pueda entenderse sin esa consideración. Estimada la presunción de inocencia como norma de trato al acusado, se resuelve en múltiples e importantes consecuencias procesales. Así, la prohi-



bición de considerar a las medidas cautelares personales como aplicación anticipada de pena y de que tengan excesiva duración, la prohibición de fianzas excesivas y de delitos inexcusables, la exigencia de separación de condenados y acusados privados de libertad, la exigencia al juez de examinar todos los elementos del delito, la exigencia que la rebeldía o ausencia del imputado no agrave su situación procesal, la proscripción de todo rigor innecesario durante las investigaciones policiales, entre otras.

Una cuestión muy interesante, relacionada con el tratamiento al acusado presuntamente inocente, que ha sido tratada recientemente por la doctrina española, tiene que ver con su derecho al silencio. El principio es muy simple. Si al acusado se le presume inocente, entonces no tiene sentido que declare, puesto que no puede mejorar su condición preexistente, que es de inocencia. Por ende, el acusado puede declarar, pero sólo si así lo estima, libremente. Por otro lado, su silencio no puede significarle consecuencias perjudiciales de ningún tipo. Y son contrarias a la presunción de inocencia todas aquellas normas que le compelan a declarar, directa o indirectamente. Esta materia, que se trataba en el Código de 1906 en el artículo 327, viene mucho mejor desarrollada en el Código Procesal Penal. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 91, la regla general es que los funcionarios policiales sólo pueden interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. En ausencia de éste, sólo se podrá efectuar un interrogatorio de identificación. Excepcionalmente, si pese a la ausencia del defensor fuere el imputado quien manifieste su deseo de declarar, los funcionarios policiales deberán tomar las medidas necesarias para que pueda declarar de inmediato ante el fiscal; si esto no fuere posible, previa autorización de éste y bajo su responsabilidad, la policía podrá consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar, pudiendo el defensor en cualquier momento incorporarse a la diligencia respectiva. Luego, con arreglo a los artículos 98, 326 y 338, el imputado puede prestar declaración judicial ante el juez de garantía y también en la audiencia de juicio oral, pero sólo si se allanare a ello.

Con todo, en mi opinión, nada de esto es lo más relevante del nuevo Código Procesal Penal. En efecto, una de las más graves disfunciones del Código de 1906 consistía en que sobre el imputado, a partir de la detención, y, con muchísimo mayor énfasis, del auto de procesamiento, pesaba una presunción de culpabilidad que se proyectaba necesariamente a toda la comunidad. En efecto, como se sabe, el auto de procesamiento es una resolución judicial, que, con arreglo al artículo 274, suponía normalmente que el imputado hubiere prestado su declaración indagatoria y que el magistrado, después de apreciarla y con cargo a las probanzas del sumario, tuviere por justificada la existencia del delito investigado y por configuradas pre-

sunciones fundadas de participación punible. Por consiguiente, era el Poder Judicial el que, con motivo de un auto de procesamiento usualmente revisado por una Corte de Apelaciones y eventualmente examinado por la Corte Suprema con motivo de un recurso de amparo, durante el sumario, desde ya, expresaba a la comunidad en general que tenía por justificado el delito y la participación, y ese juicio, amplificado por los medios de comunicación social, implicaba, en la práctica, de hecho, un juicio de condena anticipada, difícilmente removible. Ergo, poco o nada significaba entre nosotros, en el Código de 1906, la presunción de inocencia.

En cambio, en el nuevo Código Procesal Penal, la formalización de la investigación no es un acto del Poder Judicial, no es un juicio de los jueces, sino que es un acto exclusivo del ministerio público. En efecto, conforme al artículo 229, la formalización en cuestión es sólo la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 230, la regla general es que será el fiscal quien determine la oportunidad en que procederá a realizar este acto procesal y lo hará cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial, esto es, judicializar la investigación. A este efecto, conforme al artículo 231, el fiscal solicitará al juez de garantía que cite al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento, a una audiencia para fecha próxima, mencionando, entre otros elementos, la indicación del delito atribuido, la fecha y lugar de comisión, y el grado de participación del imputado en el delito. La decisión del fiscal de formalizar la investigación por un delito y contra un imputado determinado, conforme al inciso final del artículo 232, puede reclamarse administrativamente ante la autoridad superior del ministerio público, por causa de arbitrariedad. Sus efectos consisten simplemente en que, al tenor del artículo 233, suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, comienza a correr el plazo previsto en el artículo 247, esto es, el plazo con que cuenta el fiscal para declarar el cierre de la investigación, que, normalmente, es de dos años, y el fiscal perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

Empero, con todo, se trata de un acto del ministerio público y no de uno del Poder Judicial. Está aquí, en mi concepto, el más grande de los avances del nuevo sistema desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

Hay que notar, empero, que se halla una disfunción, difícilmente salvable por lo demás, en la regla del artículo 140, que, para imponer la prisión preventiva, supone el dictamen judicial, bien del juez de garantía, bien de





los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, tanto acerca de la justificación del delito, como en torno a la configuración de presunciones fundadas de participación criminal. Es éste, por ende, un juicio proyectivo de condena, emanado del Poder Judicial. Y allí se advierten los mismos problemas que denunciábamos en el Código de 1906.

## **VI. La génesis dividida y progresiva del enjuiciamiento de hecho, las aplicaciones dispositivas, y la percepción directa, bajo el principio de oralidad, de la prueba penal**

En el sistema del Código de 1906, artículo 500 N° 4, los jueces del fondo deben fijar los hechos que tienen por establecidos, sobre la base de los medios legales de prueba, en un instante único, al dictar la sentencia definitiva. Al así proceder, el juez del crimen y la Corte de Apelaciones no comienzan atados, no vienen limitados, por resoluciones previas: es al dictar la sentencia definitiva, de primera o de segunda instancia, que ponderarán las probanzas reunidas en el proceso y fijarán los hechos de la causa. De otro lado, como su misión consiste en la búsqueda de la verdad material de los hechos en que el proceso penal incide, tampoco quedan afectos a los eventuales acuerdos fácticos de las partes que puedan colegirse de los escritos fundamentales del plenario. En síntesis, en el proceso penal propio de nuestra cultura de tantos años, los jueces que conocen de las materias criminales fijan los hechos en un solo acto y no están atados por resoluciones previas ni por acuerdos de las partes.

Esta disciplina jurídica del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva es alterada notablemente por el nuevo proceso penal.

En primer lugar, conforme al artículo 275, es posible, durante la audiencia de preparación del juicio oral, que los intervinientes arriben a convenciones probatorias, esto es, a la declaración de ciertos hechos como probados, acerca de los cuales, por ende, no podrá haber discusión en la audiencia de juicio oral subsecuente. Estas convenciones pueden surgir a proposición del juez de garantía o bien a solicitud concordada de los intervinientes. La petición concordada de las partes será acogida por el juez de garantía, en la medida que la convención se conforme con las previas alegaciones de los intervinientes. Seguidamente, con arreglo al artículo 277 letra d) el juez de garantía, en el auto de apertura del juicio oral deberá describir los hechos "que se dieron por acreditados" por esta vía. Esta novedosa institución procesal merece varios comentarios. Desde luego, implica que los jueces del juicio oral, al dictar la sentencia definitiva, vienen atados por una fijación de hechos que les es previa y extraña, en

cuya determinación ha incidido el juez de garantía que ha conocido de la etapa de investigación y de la audiencia de preparación del juicio oral. Y, en añadidura, han sido las propias partes quienes han podido fijar, ellas mismas, el enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva, abriéndose, así, un importante espacio de negociación entre las partes, que ha debido preceder a sus alegaciones fundamentales, puesto que las convenciones probatorias sólo serán aceptadas por el juez de garantía en la medida que éstas se conformen con aquéllas. Se trata, así, de una notable inserción del principio dispositivo en el proceso penal.

Y, en segundo lugar, también en el auto de apertura del juicio oral, artículo 277 letra e), quedan determinados, desde ya, por el juez de garantía, los medios de prueba que deberán rendirse en la audiencia de juicio oral, los cuales serán los que las propias partes hayan previamente ofrecido y que no resulten excluidos por la decisión del propio juez de garantía. Así las cosas, en el nuevo proceso penal, nos encontramos con otra introducción del principio dispositivo, en tanto son los propios intervinientes quienes fijan los medios de comprobación de los hechos debatidos, sin que los jueces del juicio oral puedan incorporar otras probanzas. Adicionalmente, la aceptación de medios de prueba es de resorte del juez de garantía, que ha obrado previamente, lo que es igualmente novedoso. Como se sabe, en la práctica, la fijación de medios de prueba incide notablemente en el marco posible del enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva. Al tenor del inciso primero del artículo 336, a petición de cualquiera de los intervinientes, el tribunal de juicio oral en lo penal sólo puede admitir la recepción de pruebas que el solicitante no hubiere ofrecido oportunamente, excepcionalmente, en la medida que éste justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

De lo que se lleva dicho hasta aquí, resulta que la génesis del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva es progresiva, en cuanto se divide entre el juez de garantía y los jueces de juicio oral en lo penal, y, además, ese enjuiciamiento queda vinculada por extraordinarias aplicaciones del principio dispositivo, de manera que el legislador ha optado por extraer a la magistratura criminal del absolutismo en la búsqueda de la verdad material de los hechos.

Por otro lado, una clave fundamental de la reforma procesal penal radica en que, en conformidad con el artículo 296, sólo pueden ser ponderados en la sentencia definitiva los medios de prueba que hayan sido rendidos durante la audiencia de juicio oral. Por ello, en coherencia, el inciso segundo del artículo 340 previene que el tribunal de juicio oral en lo penal formará su convicción sobre la base de la prueba que hubiere sido producida

en la audiencia de juicio oral, esto es, de la que ha sido percibida directamente y en presencia de los magistrados que integran el tribunal colegiado. Se trata, ésta, de una cuestión estructural y extremadamente sana, un enorme mérito de la reforma. Como se sabe, en el sistema del Código de 1906, los jueces del crimen aprecian en la sentencia una prueba que, en la inmensa mayoría de los casos, no han percibido directamente, en virtud de dos factores. Primero, normativamente, porque el Juez que dicta la sentencia definitiva no ha de ser, necesariamente, el mismo que ha conocido del sumario y de la sección previa del plenario, en razón de sucesiones, suplencias o subrogaciones. Y, segundo, extranormativamente, en razón del vicio de la delegación masiva en los actuarios, tanto así que puede afirmarse, sin exagerar, que el juez del crimen no tiene nunca ante sí los dichos de imputados y testigos, sino que lo que el actuario ha escrito que unos y otros han dicho. Agréguese a todo esto que tratándose de los miembros de las Cortes de Apelaciones, que fallan con amplísimas potestades en la segunda instancia, y de la Corte Suprema, que puede obrar substitutivamente como tribunal de instancia con motivo de un fallo de reemplazo, por definición, no han tenido posibilidad alguna de percibir directamente la prueba de sumario y plenario. Por consiguiente, el mérito de la reforma, en esta perspectiva, el mejoramiento que involucra para la administración de justicia, es extraordinario.

La ley contempla escasas excepciones a este principio.

Primero, en cuanto a la recepción anticipada de prueba de testigos y peritos ante el juez de garantía. En cuanto a los testigos, las reglas se encuentran en los artículos 191, 192 y 280, y, en lo pertinente a los peritos, en el inciso segundo del artículo 280. En estos casos de prueba anticipada, según lo dispone el artículo 296, ella debe ser incorporada al juicio oral en la forma en que lo previene el artículo 331, esto es, por medio de la lectura de los registros en que consten las declaraciones de los respectivos peritos o testigos. Empero, debe tenerse presente que incluso en el caso que la prueba se haya recibido anticipadamente, la regla general, al tenor del artículo 331, consiste en que tales testigos o peritos deberán declarar en la audiencia de juicio oral, de modo que sólo se recurrirá al procedimiento de incorporación mediante lectura de registros previos en la medida que tales testigos o peritos: a) hayan fallecido; b) hayan caído en incapacidad física o mental; c) estuvieren ausentes del país; d) su residencia fuere ignorada; o e) no pudieren declarar por cualquier otro motivo difícil de superar.

Segundo, en coherencia con la regla legal del artículo 296 acerca de la oportunidad de producción de la prueba, los artículos 331 a 336 contie-

nen diversas reglas especiales incidentes, que pasamos a examinar. Conforme al artículo 334, en relación con los artículos 331 y 332, la regla general es la de prohibición de dar lectura, invocar o incorporar a la audiencia de juicio oral, como medios de prueba, a todo registro o documento que dé cuenta de actuaciones o diligencias realizadas por la policía o por el ministerio público. Excepcionalmente, es posible dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: a) los de prueba anticipada de testigos o peritos, ya señalados; b) si todas las partes, con aquiescencia del tribunal, así lo acordaren; c) si la incomparecencia de testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado; y d) cuando se tratare de declaraciones prestadas ante el juez de garantía por coimputados rebeldes.

También excepcionalmente, de acuerdo al artículo 334 en relación con el artículo 332, cuando fuere necesario para apoyo de memoria o para demostrar o superar contradicciones o para solicitar aclaraciones, una vez que hubieren declarado el acusado o los testigos o los peritos, y dentro de los respectivos interrogatorios, podrán leerse parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía o del informe que hubiere elaborado el perito.

En coherencia con lo que se viene diciendo, los artículos 334 y 335 prohíben incorporar como medio de prueba en la audiencia de juicio oral o dar lectura a: a) actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas; b) actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias en cuya obtención se hubieren vulnerado las garantías fundamentales; y c) los antecedentes que dijeren relación con incidencias de suspensiones condicionales de procedimiento, acuerdos reparatorios o tramitaciones de procedimientos abreviados.

Es por estas razones, también, que el inciso primero del artículo 281, modificado por la Ley N° 19.815, de julio de 2002, dispone que el juez de garantía hará llegar al tribunal de juicio oral en lo penal tan sólo el auto de apertura del juicio oral, con exclusión de los registros reunidos durante la etapa de investigación y la audiencia de preparación del juicio oral. El legislador debió intervenir para corregir una interpretación de la Corte Suprema, opinable en el texto original del precepto sobrecitado, pero evidentemente contraria al espíritu del nuevo proceso penal.

Finalmente, la audiencia de juicio oral, en que la prueba ha de producirse, se rige estrictamente por el principio de oralidad. Se encuentra contemplado en el artículo 291 y consiste en que las alegaciones y argumentacio-

nes de las partes, las declaraciones del acusado, la recepción de las pruebas, y, en general, toda intervención de quienes participen en ella, se efectuarán oralmente. El tribunal de juicio oral en lo penal no puede admitir la presentación de argumentaciones o peticiones escritas durante la audiencia de juicio oral. Sólo se hace excepción tratándose de quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, quienes intervendrán por escrito o por medio de intérpretes; si se trata del acusado, un intérprete debe asistirlo para enterarle de los actos del proceso. Adicionalmente, los jueces concurrentes a la sentencia definitiva han de haber asistido a toda la audiencia de juicio oral. De acuerdo al artículo 284, la presencia ininterrumpida de los jueces que integren la sala del tribunal es imprescindible durante toda la audiencia. Toda infracción de esta regla implica la nulidad de la audiencia de juicio oral y de la sentencia definitiva que se dictare.

## VII. La transparencia del sistema procesal penal

Son diversas las reglas del Código Procesal Penal que buscan la transparencia de los procedimientos. La más destacable es la regla de publicidad de la audiencia de juicio oral, que se encuentra en el artículo 289, principio que se aplica a las demás audiencias del proceso penal.<sup>12</sup> Conforme al precepto indicado, la audiencia de juicio oral es pública, en el sentido que cualquier persona que lo desee puede asistir a ella, en la medida que, conforme al artículo 293: a) guarde respeto y silencio; b) no porte armas ni elementos que puedan perturbar el orden; y c) no adopte comportamientos intimidatorios, provocatorios o contrarios al decoro.

Las excepciones consisten en que el tribunal puede adoptar algunas medidas restrictivas de la publicidad, en los siguientes casos: a) para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio; y b) para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. Las medidas restrictivas que, en estos casos, puede adoptar el tribunal son las siguientes: a) en cuanto a personas determinadas, impedir el acceso a la sala u ordenar su salida de ésta; b) en cuanto a pruebas específicas, impedir el acceso del público u ordenar su salida; y c) prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados, que formulen declaraciones a los medios de comunicación social, durante el desarrollo de la audiencia. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 292, el juez presidente de la sala puede adoptar las siguientes medidas: a) ordenar la limitación del acceso del público a un número determi-

<sup>12</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 82.

nado de personas; y b) impedir el acceso u ordenar la salida de personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.

Adicionalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 294, el tribunal puede adoptar las siguientes medidas: a) expulsar de la sala a quienes incumplan las reglas sobre publicidad del artículo 289, mencionadas precedentemente; y b) expulsar de la sala a quienes incumplieren las condiciones bajo las cuales pueden asistir, mencionadas en el artículo 293 y ya descritas. En estos dos casos, de acuerdo al inciso primero del artículo 294, el tribunal puede imponer las sanciones disciplinarias previstas en los artículos 530 y 532 del Código Orgánico de Tribunales, según corresponda. Si el expulsado fuere el fiscal o el defensor, deberá ser reemplazado antes de continuar la audiencia; si lo fuere el querellante, se procederá sin él, y si lo fuere su abogado, el querellante deberá reemplazarlo; así lo dispone el inciso final del artículo 294.

En cuanto a los medios de comunicación social, la regla general, conforme al inciso final del artículo 289, es que pueden fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia, con las salvedades siguientes: a) si las partes se opusieron a ello; y b) si sólo algún interviniente se opusiere, resolverá el tribunal.

## VIII. La restricción en el ejercicio de la acción penal pública

En el derecho hebreo y en el derecho griego, enseñan algunos autores,<sup>13</sup> los delitos tenían siempre carácter público, en el sentido que todo israelita o ateniense, respectivamente, podía acusar. Dice Plutarco que Solón, “advirtiendo que todavía convenía dar más auxilio a toda la flaqueza de la plebe, concedió indistintamente a todos el poder de presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado... acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo”;<sup>14</sup> y, preguntado, “¿cuál es la ciudad mejor regida?”, respondió: “aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa”.<sup>15</sup> En el derecho romano, en el año 17 A.C., la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* y la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum*, separaron el juicio penal ordinario en dos tipos de proceso; uno de *iudicia privata*, cuya iniciativa se atribuía sólo a la parte ofendida, y

<sup>13</sup> Lazo, Santiago. Obra citada. Páginas V y VI. En cuanto al Derecho Griego, en contra, Maier, Julio. Obra citada. Páginas 269 y ss.

<sup>14</sup> Citado por Maier, Julio. Obra citada. Página 270.

<sup>15</sup> Citado por Maier, Julio. Obra citada. Página 270.

otro de *iudicia publica*, que podía promoverse *quivis ex populo*, a través de un ciudadano acusador que obtenía del pretor una *lex* o autorización que lo investía de poderes inquisitivos de recogida de pruebas y de arresto cautelar.<sup>16</sup> Más adelante, las *Instituciones* de Justiniano el Grande se refirieron a los “juicios públicos”, en los siguientes términos: “Se llaman públicos, porque todo ciudadano en general puede perseguirlos”.<sup>17</sup> Esta diferenciación fue acentuada en la Edad Media y adoptada también por el Derecho Canónico.<sup>18</sup>

En el Código de 1906, los delitos de acción pública son aquellos que, conforme al artículo 105, deben ser pesquisados de oficio por el tribunal, sin esperar denuncia, ni querrela alguna, procediendo el Juez con independencia del criterio del ministerio público, según dispone el artículo 24.

Respecto de los delitos de esta especie, que constituyen la regla conceptualmente común, la acción penal queda concedida, adicionalmente, a la sociedad, en cuyo nombre pueden ejercerla los órganos designados por la ley al efecto, que son el ministerio público, conforme al artículo 23, así como cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, que no tenga especial prohibición de la ley, con arreglo al artículo 15. Esto, inspirado en las bellas palabras del sabio de la antigua Grecia, viene a ser sensiblemente alterado por la reforma procesal penal. En efecto, conforme al artículo 111, la regla general es que la querrela sólo puede ser deducida por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario; comprendiéndose en el concepto de víctima a las personas que indica el artículo 108. El legislador ha recogido un signo del individualismo de los tiempos: ¿quién se ocupa hoy, sinceramente, en estos tiempos individualistas, del prójimo que es víctima?

Hay sólo dos excepciones a la regla limitativa: a) en cuanto a delitos terroristas, delitos contra la probidad pública o a delitos que afectaren derechos constitucionales de las personas, puede deducir querrela toda persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la provincia de comisión del hecho ilícito respectivo; y b) en cuanto a delitos que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, puede deducir querrela toda persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la región de comisión del hecho ilícito respectivo.

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Segunda Edición. 1997. Página 637. Nota 86.

<sup>17</sup> “*Publica autem delicta sunt, quod cuivis ex popul executio eorum plerumque datur*”. *Instituciones de Justiniano*. Editorial Heliasta. Ortolán. Página 362.

<sup>18</sup> Lazo, Santiago. Obra citada. Página 68.

## **IX. La autodenuncia**

El artículo 179 consagra la interesante figura de la autodenuncia, que consiste en que cualquier persona que hubiere sido imputada de la comisión de un delito tiene el derecho de acudir al fiscal, a objeto de que éste investigue la atribución punible, pudiendo reclamarse de su abstención ante las autoridades superiores del ministerio público. Me ha parecido importante destacar esta institución procesal. En efecto, vivimos en épocas en que la preocupación por la honra ajena es extremadamente débil y en que hay quienes, imbuidos en las peligrosas dinámicas de ventas de los medios de comunicación social, se transforman en jueces populares y colectivos, que imputan toda clase de ilícitos e inconductas a personas que, aparentes victimarios, en pocos días quedan mutados en víctimas de juicios de condena irregulares, masivos e irresistibles. El artículo 179 les dota, a lo menos, de un mecanismo expedito para hacer operar a los órganos del Estado de Derecho competentes a los efectos del esclarecimiento de las imputaciones.

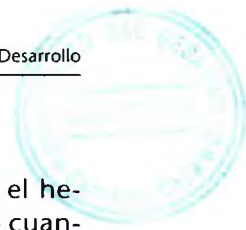
## **X. La gestión activa de la investigación y el rol de la policía**

Bien conocemos, en la práctica del sistema antiguo, las evidentes deficiencias substantivas y temporales de las investigaciones criminales, que, en realidad, provienen, más que del sistema normativo, de los escasos recursos humanos y materiales con que el Estado ha dotado a los tribunales de justicia, que reúnen sobre sí las responsabilidades paralelas de investigar, procesar, acusar y juzgar. Radica aquí otro quid de la reforma procesal penal.

La cuestión más importante consiste, desde luego, en la separación de las funciones de investigación de las de orden jurisdiccional, entregándolas a órganos diferentes, los cuales pueden, así, especializarse y concentrarse en sus respectivas actividades; el ordenamiento dota además al ministerio público de suficientes recursos humanos y materiales para que cumplan con eficacia su función de dirección de la investigación.

De otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 79, la función esencial de la Policía de Investigaciones, en materia de delitos de acción penal pública, es la de prestar auxilio al fiscal en las tareas de investigación, que son, fundamentalmente, con arreglo a los artículos 180 y 181, las siguientes: a) practicar todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del delito, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstan-





cias que sirvieran para verificar su responsabilidad; b) impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores; c) consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo; en este orden, debe hacerse constar el estado de las personas, cosas y lugares; identificar testigos y consignar sus declaraciones; tomar nota y especificar huellas rastros o señales; hacer constar la descripción del lugar de comisión del hecho, del estado de los objetos que en él se encontraren y todo otro dato pertinente; y d) recoger, identificar y conservar bajo sello, los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parezcan haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso.

El artículo 79 dispone que la Policía de Investigaciones obrará como auxiliar del fiscal y el artículo 80 insiste en ello, expresando que ejecutará sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren a los efectos de la investigación, de manera que la Policía de Investigaciones está subordinada funcionalmente al ministerio público, sin perjuicio, por cierto de su dependencia orgánica de las autoridades institucionales internas.

Los funcionarios de la Policía de Investigaciones carecen de discrecionalidad en el cumplimiento de las órdenes del fiscal. Así, el inciso tercero del artículo 80 dispone que deben cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les fueren impartidas, sin calificación de conveniencia y oportunidad, y pudiendo tan sólo requerir, en su caso, la exhibición de la autorización judicial previa. En evento de imposibilidad de cumplimiento de la orden, los funcionarios policiales deben, de inmediato, comunicar tal circunstancia al fiscal y a su superior jerárquico institucional, pudiendo el fiscal sugerir o disponer las modificaciones que estimare pertinentes o reiterar lo ordenado si en su concepto no existiere imposibilidad.

Finalmente, en este orden, sin perjuicio y además de las instrucciones particulares de los fiscales, conforme al artículo 87, el Fiscal Nacional debe regular mediante instrucciones generales tanto las funciones que deben cumplir los funcionarios policiales, como la forma de proceder frente a hechos de que tomaren conocimiento y cuyo carácter delictivo no pudieren establecer de inmediato.

Por último, el artículo 88 dispone que el ministerio público puede requerir en cualquier momento los registros de las actuaciones policiales.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 79, cuando el fiscal así lo dispusiere, cuestión que queda a su criterio, las mismas funciones que hemos analizado precedentemente deben ser cumplidas por Carabineros de Chile, sujetos éstos a las mismas reglas ya señaladas. Tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el fiscal puede impartir instrucciones, conforme a estas mismas reglas, al Servicio de Gendarmería.

Finalmente, el artículo 83 previene que los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile deberán realizar las siguientes actuaciones oficiosas, sin necesidad de orden previa de los fiscales, aunque, con arreglo al artículo 84, informando inmediatamente a éstos después de ejecutadas las diligencias: a) prestar auxilio a la víctima; b) practicar la detención en casos de flagrancia, conforme a la ley; c) resguardar el sitio del suceso; al efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederán a la clausura de lugares cerrados o aislamiento de lugares abiertos, según corresponda, evitando que se alteren o borren los rastros, vestigios o instrumentos, mientras no interviniere el personal policial experto que designará el fiscal; d) en los casos de detenciones flagrantes y de resguardo de sitio de suceso, deben consignar las declaraciones que los testigos se allanen voluntariamente a prestar; y e) recibir las denuncias del público; en cuanto a esta última función, el artículo 84 previene que, apenas recibida la denuncia, los funcionarios policiales deben informar inmediatamente y por el medio más expedito al fiscal.

En cuanto al personal policial experto que designará el fiscal y que obrará en el sitio del suceso, conforme al artículo 83 letra c), su función es la de recoger, identificar y conservar bajo sello, los mismos elementos a que antes nos hemos referido, debiendo remitirlos a quien corresponda, dejando constancia en el registro de la actuación policial de los nombres de los funcionarios que hubieren intervenido.

## **XI. El fortalecimiento de las garantías del imputado en el nuevo sistema procesal penal**

El artículo 7<sup>º</sup> dispone que el imputado puede ejercer sus facultades procesales defensivas a partir de "la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra", entendiéndose por tal "cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible". En términos prácticos, el imputado puede ejercer sus fa-



cultades defensivas, judicializando la investigación, a partir del momento en que se entere que se le atribuye responsabilidad en un hecho punible.

El precepto que se acaba de citar contiene un avance muy importante de la reforma procesal penal, en cuanto precisa el concepto de imputado, que, en el Código de 1906, podía deducirse con bastante vaguedad a partir del artículo 246. En cambio, hoy, se trata de un concepto preciso y amplio, que, además, admite que el imputado pueda defenderse efectivamente a partir del primer acto del procedimiento.

El artículo 93, en su inciso primero, reitera que el imputado puede hacer valer sus derechos y garantías legales durante la totalidad del proceso penal, desde la primera actuación del procedimiento, concepto ya estudiado, hasta la terminación del juicio; y enuncia los derechos y garantías básicos del imputado: a) información específica y clara acerca de cuál es el hecho imputado y de sus derechos y garantías legales; b) asistencia de abogado desde el inicio de la investigación; c) solicitar a los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar los cargos imputados; d) solicitar directamente al juez de garantía que cite a una audiencia para prestar declaración judicial acerca del hecho imputado, con asistencia de su abogado o sin éste; e) solicitar la activación de la investigación y el conocimiento de su contenido, conforme a las reglas que ya veremos; f) solicitar sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechace; g) guardar silencio, o, si consiente en declarar, no hacerlo bajo juramento; h) no ser sometido a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes; e i) no ser juzgado en ausencia.

Los especiales derechos y garantías del imputado privado de libertad los enuncia el artículo 94: a) información específica y clara acerca del motivo de la privación de libertad, y, salvo el caso de flagrancia, exhibición de la orden de privación de libertad; b) información por el funcionario a cargo de la privación de libertad acerca de los derechos mencionados en el inciso segundo del artículo 135; c) conducción sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado la detención; d) solicitar al tribunal que le conceda la libertad; e) que el funcionario encargado del recinto policial al cual hubiere sido conducido informe, en su presencia, al familiar o persona que indicare, acerca de la detención o prisión, el motivo de una u otra y el lugar en que se encontrare; f) entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, que sólo podrá contener restricciones para el mantenimiento del orden y la seguridad; g) tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto; h) recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo el caso previsto en el artículo 151.

Sin embargo, el Código Procesal Penal confiere al imputado otras facultades procesales especialmente destacables, de extraordinaria importancia práctica.

En primer lugar, el artículo 186 dispone que "cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella", agregando que el juez de garantía también puede fijarle al ministerio público un plazo para realizar el acto procesal de formalización de la investigación.

En segundo lugar, el artículo 93 concede una acción especial de amparo ante el juez de garantía, que consiste en que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser conducida sin demora ante el magistrado, a objeto que éste examine la legalidad de la privación de libertad y las condiciones en que se encuentra el afectado. El juez de garantía puede constituirse en el lugar de privación de libertad, adoptar las medidas que fueren procedentes u ordenar la libertad del afectado. La acción puede ser planteada directamente por el abogado de la persona privada de libertad, por sus parientes o por cualquier persona en su nombre, para solicitar que el afectado sea conducido a la presencia del tribunal y que se ejerzan las facultades ya indicadas. Sin embargo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo puede ser revisada a través de los mecanismos normales del Código Procesal Penal, sin perjuicio del recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones conforme al artículo 21 de la Constitución Política de la República.

En tercer lugar, conforme al artículo 182, las actuaciones de la investigación, realizadas por el ministerio público y por la policía, serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento, pudiendo el imputado y los demás intervinientes, por regla general, acceder y examinar sus registros y documentos. Sólo excepcionalmente el fiscal puede disponer que ciertas actuaciones, registros y documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia investigativa, debiendo determinar con precisión las piezas o actuaciones respectivas y fijar un plazo no superior a 40 días para la mantención del secreto. Nunca puede disponerse el secreto, respecto del propio imputado o de su defensor: a) de la declaración del imputado; b) de cualquiera otra actuación en que el imputado hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir; c) de las actuaciones en que participare el tribunal; y d) los informes evacuados por peritos. De la decisión del fiscal puede reclamarse ante el juez de garantía, quien podrá dejarla sin efecto o restringirla, en cuanto a plazo, extensión y personas afectadas.



Finalmente, de acuerdo al artículo 96, todo abogado tiene derecho a concurrir a cualquier recinto de detención o prisión y consultar acerca de si alguna persona específica se encuentra allí privada de libertad, o en otro establecimiento del mismo servicio ubicado en la comuna. En caso de respuesta negativa, tiene derecho a requerir una constancia escrita de ello. En caso de respuesta afirmativa, con el acuerdo del afectado, tiene derecho a conferenciar privadamente con el afectado, y, con el consentimiento de éste, tiene derecho a requerir la información del motivo de la privación de libertad antes referido.

## **XII. El nuevo rol de la víctima de delito**

Al tenor del artículo 12, el Código Procesal Penal considera a la víctima del delito como un interviniente autónomo en el procedimiento, independientemente de la circunstancia que no haya deducido querrela en el procedimiento, conceptualizándola como el sujeto ofendido por el delito, esto es, el titular del bien jurídico específico que es afectado por el ilícito criminal.

Tratándose de muerte del ofendido o de eventos en que éste no pueda ejercer sus derechos de tal, se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos; y e) al adoptante o adoptado. El orden es de prelación. La intervención en el procedimiento de una o más de las personas comprendidas en una categoría excluye a las siguientes.

El artículo 78, dentro de la normativa de los fiscales, consigna diversos deberes de éste para con la víctima. Así, el fiscal debe, durante todo el procedimiento, adoptar medidas, o solicitarlas en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; debe facilitar su intervención en el procedimiento y evitar o disminuir al máximo sus perturbaciones. Además, los fiscales del ministerio público deben: a) informar a la víctima del curso del procedimiento y de sus resultados y facilitarle información acerca del modo de ejercer sus derechos; de acuerdo al artículo 110, en caso de muerte del ofendido o de que éste no pueda ejercer sus derechos, esta información debe proporcionarse al cónyuge, y, en defecto de éste, a alguno de sus hijos o a otra de las personas señaladas en el artículo 108; b) ordenar o solicitar las medidas de protección ya señaladas; c) informarle acerca del modo de ejercer acción civil; d) escuchar a la víctima antes de solicitar la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

El artículo 109 enuncia los derechos fundamentales de la víctima: a) solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o

atentados en contra suya o de su familia; b) presentar querrela; c) ejercer acciones civiles; d) si lo solicita, ser oída por el fiscal antes que éste pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) si lo solicita, ser oída por el tribunal antes que éste decida el sobreseimiento temporal o definitivo o adopte otra decisión que haga término la causa; f) impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aunque no hubiere intervenido en el procedimiento.

### **XIII. Las negociaciones procesales en el nuevo sistema y sus repercusiones substantivas**

Los espacios normativamente explícitos a las negociaciones entre el fiscal y el imputado son los correspondientes a las instituciones de la suspensión condicional del procedimiento y las convenciones probatorias, materias que ya hemos analizado.

Empero, en la operación del nuevo ordenamiento procesal penal pueden avizorarse otros espacios de negociación que se hayan normativamente implícitos. El más importante, en mi concepto, es el que se avizora tras la normativa del procedimiento abreviado, regulado en el Título III del Libro IV, artículos 406 a 415. Con arreglo al artículo 406, "se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas", agregando que, "para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento". No es difícil advertir que, en la operación de este mecanismo, puede encontrarse un acuerdo entre el fiscal y el imputado, que, a objeto de evitar enfrentar el riesgo de una pena mayor a cinco años y la consecuente inadmisibilidad de la libertad vigilada, acepte la descripción de hechos del fiscal.



# **Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal**

**Carlos Pecchi Croce**

Director Departamento de Derecho Procesal,  
Facultad de Derecho  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**Eleodoro Ortiz Sepúlveda**

Ministro de la Excelentísima Corte Suprema  
Profesor de Derecho Procesal  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

El artículo 1º del Código Procesal Penal consagra el principio del derecho al juicio previo, estableciendo que “toda persona tiene derecho a juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

Este principio constituye la piedra angular del nuevo sistema procesal penal y, de acuerdo con él, la regla general, al menos, consiste en el mencionado derecho de todo inculpado de delito a que se le siga un juicio oral y público.

La moderna doctrina procesal, avalada por las estadísticas internacionales, determina que del total de los asuntos penales ingresados al sistema, entre un diez y un quince por ciento deben ser resueltos a través de un juicio oral. Así, en el ejemplar del diario El Mercurio del día 25 de agosto del año 2000, en la sección Opinión, el Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena Richard expresaba: “si bien el nuevo sistema establece como derecho irrenunciable del imputado la exigencia del juicio oral, no es menos cierto que las estadísticas internacionales de los sistemas acusatorios muestran que no más del 10 al 15 por ciento de los conflictos penales desembocan en el juicio oral”. Agregaba el señor Fiscal Nacional que “existen las salidas alternativas, el procedimiento abreviado y hasta un procedimiento simplificado especial ante el juez de garantía que evita el juicio oral ordinario o general”. Añadía: “sin embargo, mientras no entre en vigencia el nuevo

sistema en las distintas regiones, no sabemos (sic) exactamente cuántos casos irán a un juicio oral”.

Como puede observarse, incluso antes de que el nuevo sistema procesal penal entrara en vigencia en las dos regiones pilotos del país, el señor Fiscal Nacional manifestaba su inquietud acerca de la cantidad de asuntos que llegaría al juicio oral e, implícitamente, si los mecanismos de descongestión destinados a evitar tal juicio actuarían en la forma que se tenía previsto.

Como es evidente, la cantidad de asuntos penales que ingresen al sistema puede ser de tal magnitud que signifique, en definitiva, su colapso o importar una verdadera dilapidación de los recursos públicos invertidos en la persecución penal. Por ello, resultaba imprescindible establecer sistemas o mecanismos destinados a descongestionar el flujo de causas criminales hacia un juicio oral. Pero también es evidente que el adecuado funcionamiento del sistema exige la existencia de un preciso equilibrio entre las distintas posibilidades de solución de un conflicto penal, de manera que ninguna de ellas pueda significar dejar virtualmente sin aplicación algunas de las otras.

El Código Procesal Penal establece tres grupos de mecanismos procesales destinados a descongestionar el flujo de causas criminales hacia el juicio oral y que importan manifestaciones del denominado principio de pluralidad o de selectividad. En primer lugar, las atribuciones o facultades discrecionales del ministerio público, en segundo término, las llamadas salidas alternativas, y, por último, las formas de simplificación o aceleración procesal.

El ministerio público cuenta con tres mecanismos que le permiten desestimar o abandonar la investigación penal. Ellos son:

- a) la facultad de archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículo 167 del C.P.P.);
- b) la posibilidad de abstenerse de investigar cuando los hechos relatados en la denuncia no sean constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado (artículo 168 del C.P.P.), y
- c) la decisión de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no comprometa gravemente el interés público en los casos y forma que la ley señala (artículo 170 del C.P.P.),





atribución esta que recibe la denominación específica de principio de oportunidad.

En lo relativo a las salidas alternativas, el Código establece dos mecanismos:

a) la suspensión condicional del procedimiento, que permite al fiscal pedir, en los casos señalados por la ley, al juez de garantía que suspenda la investigación y someta al imputado al cumplimiento de determinadas condiciones por el plazo que se señale (artículos 237 y siguientes del C.P.P.), y

b) los acuerdos reparatorios, que consisten en un convenio entre el imputado y la víctima, en el que el primero repara las consecuencias dañosas del hecho objeto de la investigación, siempre que las circunstancias permitan, de conformidad con lo que la ley establece, la eficacia de tales acuerdos. (artículos 241 y siguientes del C.P.P.).

En cuanto a las formas de simplificación o aceleración procesal, se establecen las siguientes posibilidades:

a) El procedimiento simplificado, concepto que comprende el procedimiento simplificado propiamente tal y el procedimiento monitorio: el primero, aplicable a las faltas sancionadas con pena de prisión y a los simples delitos para los cuales el fiscal requiere la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, y el segundo, tratándose de faltas que deban sancionarse sólo con pena de multa (artículos 388 y siguientes del C.P.P.), y

b) el procedimiento abreviado, regulado en el título III del Libro IV del C.P.P. (artículos 406 al 415).

Todos estos mecanismos destinados a racionalizar la actividad jurisdiccional penal implican la exclusión del juicio previo, oral y público, referido en el artículo 1º del nuevo Código y, por tanto, otras tantas excepciones a la garantía que él establece.

Efectuadas las precisiones precedentes, es necesario, para los efectos del presente trabajo, analizar las estadísticas pertinentes elaboradas por la Fiscalía Nacional y que comprenden desde el 16 de diciembre de 2000 al 16 de agosto de 2002 en las regiones IV y IX, y desde el 16 de octubre de 2001 al 16 de agosto de 2002 en las regiones II, III y VII.

Las estadísticas que para los efectos señalados interesan son dos:

### Total de Términos Aplicados

Período 16 de diciembre 2000 al 16 de agosto 2002 – Regiones IV y IX

Período 16 de octubre 2001 al 16 de agosto 2002 – Regiones II, III y VII

Categorías	II	III	IV	VII	IX	Total
1 Archivo provisional	9.899	4.467	17.393	16.732	30.947	79.438
2 Principio de oportunidad	3.916	3.754	15.550	4.575	23.422	51.217
3 Sentencia definitiva						
condenatoria	1.159	623	3.939	1.305	13.736	20.762
4 Facultad de						
no investigar	2.600	1.545	5.944	2.931	6.533	19.553
5 Incompetencia	1.401	779	2.576	1.260	3.360	9.376
6 Otras causales						
de término	111	845	4.062	353	2.393	7.764
7 Agrupación a otro caso	512	326	843	1.112	2.771	5.564
8 Sobreseimiento definitivo	481	59	625	727	1.893	3.785
9 Suspensión condicional						
del procedimiento	632	156	484	517	1.073	2.862
10 Acuerdo reparatorio	352	107	219	409	758	1.845
11 Anulación						
administrativa	133	30	198	99	320	780
12 Sentencia definitiva						
absolutoria	10	4	73	10	188	285
13 Sobreseimiento						
temporal	77	5	36	35	78	231
14 Otras causales						
de suspensión	6	27	9	10	47	99
<b>Total</b>	<b>21.289</b>	<b>12.727</b>	<b>51.951</b>	<b>30.075</b>	<b>87.519</b>	<b>203.561</b>
<b>Distribución Porcentual</b>						
<b>entre regiones</b>	<b>10,46%</b>	<b>6,25%</b>	<b>25,52%</b>	<b>14,77%</b>	<b>42,99%</b>	<b>100,00%</b>

### RESUMEN PROCEDIMIENTOS

Período 16 de diciembre 2000 al 16 de agosto 2002 – Regiones IV y IX

Período 16 de octubre 2001 al 16 de agosto 2002 – Regiones II, III y VII

### PROCEDIMIENTOS MONITORIOS

Sentencia Región	Condenatoria		Absolutoria		Total
	Nº	%	Nº	%	
II	826	98,8%	10	1,2%	<b>836</b>
III	-		-		<b>486</b>
IV	2.401	97,9%	52	2,1%	<b>2.453</b>
VII	982	99,8%	2	0,2%	<b>984</b>
IX	10.694	100,0%	2	0,0%	<b>10.696</b>
<b>Total</b>	<b>14.903</b>	<b>99,6%</b>	<b>66</b>	<b>0,4%</b>	<b>14.969</b>



### PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS

Sentencia	Condenatoria		Absolutoria		Total
Región	Nº	%	Nº	%	
II	223	96,5%	8	3,5%	231
III	116	97,5%	3	2,5%	119
IV	537	92,7%	42	7,3%	579
VII	161	97,0%	5	3,0%	166
IX	1.427	94,8%	79	5,2%	1.506
<b>Total</b>	<b>2.464</b>	<b>94,7%</b>	<b>137</b>	<b>5,3%</b>	<b>2.601</b>

### PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

Sentencia	Condenatoria		Absolutoria		Total
Región	Nº	%	Nº	%	
II	63	98,4%	1	1,6%	64
III	25	100,0%	0	0,0%	25
IV	132	95,7%	6	4,3%	138
VII	31	100,0%	0	0,0%	31
IX	214	98,6%	3	1,4%	217
<b>Total</b>	<b>465</b>	<b>97,9%</b>	<b>10</b>	<b>2,1%</b>	<b>475</b>

El análisis de las estadísticas precedentes lo haremos siguiendo el mismo orden en que mencionamos los tres grupos de mecanismos procesales destinados a descongestionar el flujo de causas criminales hacia el juicio oral, esto es, primero, lo que dice relación con las facultades del ministerio público para desestimar o abandonar la acción penal; segundo, lo relativo a las salidas alternativas, y, por último, lo referente a las formas de simplificación o aceleración procesal.

## Facultades discrecionales del ministerio público

### a) Archivo provisional

El primer cuadro estadístico demuestra que en el período que se ha señalado para cada una de las regiones en que se aplica el nuevo proceso penal, terminaron por archivo provisional 9.989 causas en la II Región; 4.467 en la III Región; 17.393 en la IV Región; 16.732 en la VII Región, 30.947 en la IX Región, lo que, en relación con los ingresos totales de las respectivas regiones representan los siguientes porcentajes: un 46,5% para la II Región; un 35% para la III Región, un 33,5% para la IV Región; un 55,6 para la VII Región y un 35,4% para la IX Región, lo que representa, en el total de las regiones referidas, un porcentaje del 39%.

Llama de inmediato la atención la circunstancia de que en las regiones II y VII, el porcentaje de causas terminadas por archivo provisional es notoriamente superior al de las demás regiones, en términos tales que en las dos regiones mencionadas terminan por archivo provisional un total de más del 50% de las causas ingresadas al sistema, en circunstancias de que en las otras tres regiones este porcentaje representa sólo un 34,6%.

La razón por la cual se produce la notoria diferencia de porcentajes que se ha indicado no se explica en el antes referido cuadro estadístico ni en otros emanados de la Fiscalía Nacional, pero no existe la menor duda de que se trata de un aspecto que debe ser investigado para establecer las causas que motivan tal divergencia.

#### **b) Facultad de no investigar**

El cuadro estadístico a que nos hemos estado refiriendo pone de manifiesto que se hizo uso de la facultad de no investigar en el 9,6% de las causas ingresadas al sistema y que, por regiones, los porcentajes respectivos fueron los siguientes: un 12,2% para la II Región; un 12,1% para la III Región; un 11,4% para la IV Región; un 9,7% para la VII Región y un 7,5% para la IX Región.

Como puede observarse, en este caso las diferencias porcentuales no son tan marcadas como en la situación del archivo provisional, pero de todos modos llama la atención que mientras en la II Región no se investiga un 12,2% de los asuntos ingresados, en la IX Región tal facultad sólo se ejerce respecto de un 7,5% de los ingresos. Prácticamente existe un 5% de diferencia entre los dos porcentajes.

#### **c) Principio de oportunidad**

Este principio se aplicó en las regiones de que se trata, de acuerdo con los siguientes porcentajes, según el cuadro que se está analizando: un 18,4% en la II Región; un 29,5% en la III Región, un 30% en la IV Región; un 15,2% en la VII Región y un 26,8% en la IX Región, lo que se traduce en un total de un 25,16% para todas las regiones mencionadas.

Otra vez es posible observar notorias diferencias en los porcentajes respectivos, puesto que mientras en las regiones II y VII él alcanza a un 16,8% , en las restantes regiones este porcentaje bordea el 30%, es decir, casi el doble. Parece también necesario indagar la causa de tan notoria diferencia.

Los datos destacados precedentemente demuestran que el ministerio público hizo uso de sus facultades discrecionales en un 77,1% de los casos



ingresados en la II Región, en un 76,7% en la III Región, en un 74,8 en la IV Región, en un 80,6% en la VII Región y en un 69,6% en la IX Región, lo que arroja para todas las regiones mencionadas un porcentaje total del 75,7%.

De esta manera, a nivel general sólo se investiga una cuarta parte de los casos ingresados al sistema, y en la Región VII, sólo uno de cada cinco de ellos, cifras que no son para nada tranquilizadoras.

Debe destacarse que estudios realizados poco antes de que empezara a aplicarse el nuevo sistema procesal penal, indicaban que el 56,7% de las causas criminales ingresadas terminaban sobreesidas, ya sea definitiva o temporalmente, pero ello se producía, obviamente, sólo después de haberse realizado la correspondiente investigación.

Si se compara la cifra precedentemente mencionada con el 75,7% a que se hizo antes referencia, es posible concluir que la actividad del Estado ha sufrido una notable disminución, lo que hace aconsejable indagar las causas de tal fenómeno.

## **Salidas alternativas**

### **a) Suspensión condicional del procedimiento**

El cuadro estadístico que hemos venido utilizando nos indica que en la II Región se aplicó esta salida alternativa a 632 causas; en la III Región, a 156; en la IV Región, a 484, en la VII Región, a 157 y, en la IX Región, a 1073.

Estas cantidades, relacionadas con el ingreso total de causas en las respectivas regiones, demuestran que se aplicó el mecanismo de suspensión condicional del procedimiento de acuerdo con los siguientes datos porcentuales: en la II Región, en un 3% de los casos; en la III Región, en un 1,2%; en la IV Región, en un 0,9%; en la VII Región, en un 1,7%, y en la IX Región, en un 1,2%, es decir, en un porcentaje promedio total de un 1,6%.

### **b) Acuerdos reparatorios**

Este mecanismo tuvo aplicación en 352 casos en la II Región; en 107, en la III Región; en 219 en la IV Región; en 409 en la VII Región, y en 758 en la IX Región, lo que, comparado con los ingresos totales, arroja las siguientes cifras porcentuales: en la II Región, en un 1,65%; en la III Región, en un

0,85%; en la IV Región, en un 0,42%; en la VII Región, en un 1,36%, y en la IX Región, en un 0,87%, esto es, un porcentaje promedio total de un 1,03%.

Lo anterior significa que ambas salidas alternativas tuvieron aplicación en un 2,63% de las causas ingresadas.

Es de interés consignar que las dos salidas alternativas que contempla el Código Procesal Penal sólo pueden solicitarse y decretarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 245 del citado cuerpo legal, después de formalizada la investigación, lo que, desde ya, restringe muy notablemente su aplicación. Si a esto se agrega que como consecuencia del poco tiempo que lleva en aplicación el Código Procesal Penal, en especial en las regiones II, III y VII, no son muchas las investigaciones que han llegado a ese estado, es posible presumir que la aplicación de estas salidas alternativas pueda tener un notorio aumento en el futuro.

## **Mecanismos de simplificación o aceleración procesal**

### **a) Procedimientos simplificado y monitorio**

Estos procedimientos, de acuerdo con el segundo cuadro estadístico incorporado a este trabajo, se aplicaron a 1.067 causas en la II Región; a 605 en la III Región, a 3.032 en la IV Región; a 1.150 en la VII Región, y a 12.202 en la IX Región, lo que arrojó un total de 18.056 asuntos (En la estadística correspondiente a los procedimientos monitorios existe un error de suma en la columna correspondiente al total de causas. Se señalan 14.969 y, efectivamente, son 15.455).

Comparadas las cantidades mencionadas con el ingreso total de causas de las correspondientes regiones, significa que los procedimientos monitorio y simplificado se aplicaron con la siguiente relación porcentual; en la II Región, en un 5%; en la III Región, en un 4,8%; en la IV Región, en un 5,8%; en la VII Región, en un 3,8%, y en la IX Región, en un 14%, lo que hace un promedio general de un 6,7%.

### **b) Procedimiento abreviado**

Según el mismo cuadro estadístico, el procedimiento abreviado se usó en las regiones de que se trata, en los siguientes porcentajes; comparando el total de causas a las que se aplicó este procedimiento con el total de ingresos de la respectiva región: 0,3% en la II Región; 0,2% en la III Región;



0,2% en la IV Región; 0,1% en la VII Región, y 0,25% en la IX Región, lo que hace un promedio general de un 0,21%.

En estudios relacionados con el nuevo proceso penal, se proyectaba la utilización del procedimiento abreviado para un 7,1% del total de los ingresos. Como se puede apreciar, existe una notoria diferencia entre lo que se proyectó y lo que sucede en la realidad, motivo que justifica sobradamente un detallado estudio de las razones que han motivado la subutilización de esta manifestación de la justicia penal negociada o consensuada.

A modo de resumen de los datos proporcionados con anterioridad, podemos dejar establecido que los mecanismos destinados a descongestionar el flujo de causas criminales al juicio oral, se han aplicado de acuerdo con las siguientes relaciones porcentuales:

- a) en la II Región, un 82,3%;
- b) en la III Región, un 76,85%;
- c) en la IV Región, un 80,9%;
- d) en la VII Región, un 84,4%, y
- e) en la IX Región, un 76,65%.

Estas cifras representan un promedio de un 80,22%.

Al porcentaje anterior y con el objeto de precisar la cantidad de causas que no llegó al juicio oral, habría que añadir las investigaciones que terminaron por sobreseimiento definitivo o temporal, cuyas cantidades se señalan en el cuadro estadístico N° 1 y que, en relación con el número total de causas ingresadas, representan un 1,97%.

Además, habría que agregar las investigaciones terminadas por motivos distintos, como ser, incompetencia, otras causales de término o agrupación a otro caso, cuyas cantidades totales se señalan en el antes referido cuadro estadístico y cuyo porcentaje representa alrededor del 10% del ingreso total.

De acuerdo con el cuadro estadístico N° 1, se dictaron, por región, el siguiente número total de sentencias definitivas, tanto condenatorias como absolutorias:

- a) en la II Región: 1.169, de ellas 1.131 en procedimientos simplificado, monitorio o abreviado, como consta en el cuadro estadístico N° 2, lo que significa que sólo 38 causas llegaron al juicio oral, lo que representa un 0,17% del ingreso total de causas de esa región;

b) en la III Región: 627, y según la información entregada en el cuadro estadístico N° 2, en los procedimientos simplificado, monitorio y abreviado, se habrían dictado 630 sentencias, es decir, tres más del número total de fallos pronunciados, lo que evidentemente constituye un error estadístico;

c) en la IV Región: 4.012, de las cuales 3.170 se expidieron en alguno de los tres procedimientos antes indicados, lo que importa que 842 llegaron a juicio oral, representando un 1,6% del ingreso total de dicha región;

d) en la VII Región: 1.315, de las cuales 1.181 fueron dictadas en alguno de los tres procedimientos a que se ha hecho referencia, lo que importa que 134 causas llegaron al juicio oral, lo que representa un 0,44% del total de asuntos ingresados en la citada región, y

e) en la IX Región: 13.924, de las cuales 12.419 se pronunciaron en alguno de los tres procedimientos a que se ha venido haciendo mención. Ello significa que 1.505 asuntos pasaron a juicio oral, cifra que importa un 1,7% del ingreso total en la referida región.

Las cifras anteriores demuestran que alrededor del 1,24% de las causas ingresadas llegaron al juicio oral, cifra que si bien aparece baja, podría explicarse por el poco tiempo de aplicación del nuevo sistema, lo que abraza la esperanza de que en el futuro se llegue a cifras más conforme con lo proyectado, esperanza que se ve reforzada por la circunstancia de que en las regiones IV y IX, en las que el nuevo sistema se ha aplicado desde un año antes, los porcentajes correspondientes son notoriamente superiores.

Lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo permite extraer las siguientes conclusiones:

1. Que es absolutamente necesario establecer mecanismos que impidan que todos los procesos lleguen a juicio oral. Refiriéndose a esta necesidad, la entonces Ministra de Justicia, doña Soledad Alvear Valenzuela, expresaba al inaugurar un seminario sobre "El nuevo Proceso Penal chileno", organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en el año 1999, que "la justicia está regida por un inevitable principio de escasez", agregando "que el mundo en que vivimos -nuestro mundo- está muy lejos de proveernos recursos para que todos y cada uno de los delitos sean perseguidos y terminen con una sentencia dictada mediante un procedimiento público y oral". Añadía que por ello es necesario "que existan salidas alternativas al proceso penal que compatibilicen el castigo del crimen con el uso eficiente de los recursos".





Sin embargo de la innegable verdad que encierran las palabras de la señora Ministra de Justicia, es de toda evidencia que los mecanismos destinados a morigerar la aplicación del juicio oral deben guardar un preciso equilibrio en relación con la cantidad de causas que llega a dicho juicio, de manera que ellos no impidan su utilización, por una parte, ni se transformen en manifestaciones meramente teóricas o utópicas, por la otra.

2. En lo que dice relación con el ejercicio de las facultades discrecionales del ministerio público –archivo provisional, no inicio de la investigación y principio de oportunidad–, nos parece que su aplicación ha sido excesiva, rompiendo parcialmente el equilibrio a que acabamos de hacer referencia. En efecto, como ya se dejó dicho, estas facultades discrecionales se han empleado en un 75,7% del total de asuntos ingresados al sistema en las regiones donde se aplica el nuevo proceso penal, debiendo agregarse que la utilización del solo principio de oportunidad representó un 25,16% de los ingresos totales.

Es importante destacar, además, la notoria diferencia porcentual que puede observarse en el uso de este principio, que va desde un 15,2% en la VII Región a un 30% en la IV Región, lo que hace pensar que en el empleo de este mecanismo no ha imperado un criterio uniforme en las distintas fiscalías. Ello debe motivar, en nuestro concepto, un adecuado estudio de las causas que generan estas diferencias, para que la Fiscalía Nacional en su caso, y como lo ha venido haciendo en esta y en otras materias, imparta las correspondientes instrucciones y para que los jueces de garantía acepten la aplicación del principio de oportunidad sólo en aquellos casos en que su uso tenga plena justificación.

Por otro lado, porcentajes como el del 30% en la IV Región o del 26,8% en la IX Región, parecen realmente exagerados, sobre todo si se tiene presente que, en el caso del principio de oportunidad, se trata de asuntos que pudieron investigarse y en que únicamente por razones de política criminal, no se practicó indagación alguna o se abandonó prematuramente la ya iniciada.

Es cierto que existen controles en el uso de este principio, tanto administrativos como judiciales, pero ellos exigen un sujeto activo diligente y que disponga de los medios económicos necesarios para solventar los costos que tal actividad implica, lo que los hace insuficientes para evitar su exagerado empleo.

3. En lo concerniente a la aplicación de las salidas alternativas –suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios–, parece notorio que ellas han sido manifiestamente subutilizadas.

En efecto, ellas se aplicaron sólo en un 2,63% del total de las causas ingresadas al sistema.

Por ello, parece necesario arbitrar las medidas necesarias para lograr un uso más razonable de estos dos mecanismos, lo que implica averiguar cuáles son los motivos que han determinado su escasa acogida.

4. En lo que respecta a los procedimientos de simplificación procesal, como en su oportunidad se señaló, los procedimientos simplificado propiamente tal y monitorio se aplicaron en un 6,7% del total de asuntos ingresados; en cambio, el procedimiento abreviado, sólo en un 0,21% de dicho ingreso total.

El primero de estos porcentajes no merece ninguna observación y corresponde, en nuestra opinión, a un uso racional de los procedimientos respectivos.

Sin embargo, el procedimiento abreviado muestra una aplicación casi nula, lo que es alarmante, porque rompe notoriamente el equilibrio con que deben operar los diversos mecanismos de descongestión.

Es útil recordar lo expresado por el entonces senador don Sergio Diez Urzúa, en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, durante la tramitación legislativa del proyecto del Código Procesal Penal: "si no se logra que el procedimiento abreviado se aplique a una cantidad suficiente de causas, a la larga deberá ser nuevamente revisado el sistema".

Seguramente las razones que motivan el señalado fenómeno son variadas y deberán analizarse por los organismos competentes, pero nos parece que un uso más racional del procedimiento abreviado puede, en parte, lograrse a través de dos medidas:

a) adelantar la posibilidad de aplicación, aceptándolo, al igual que en las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y de los acuerdos reparatorios, desde que se formaliza la investigación, de manera que no tenga que esperarse hasta que ella esté completamente terminada, y

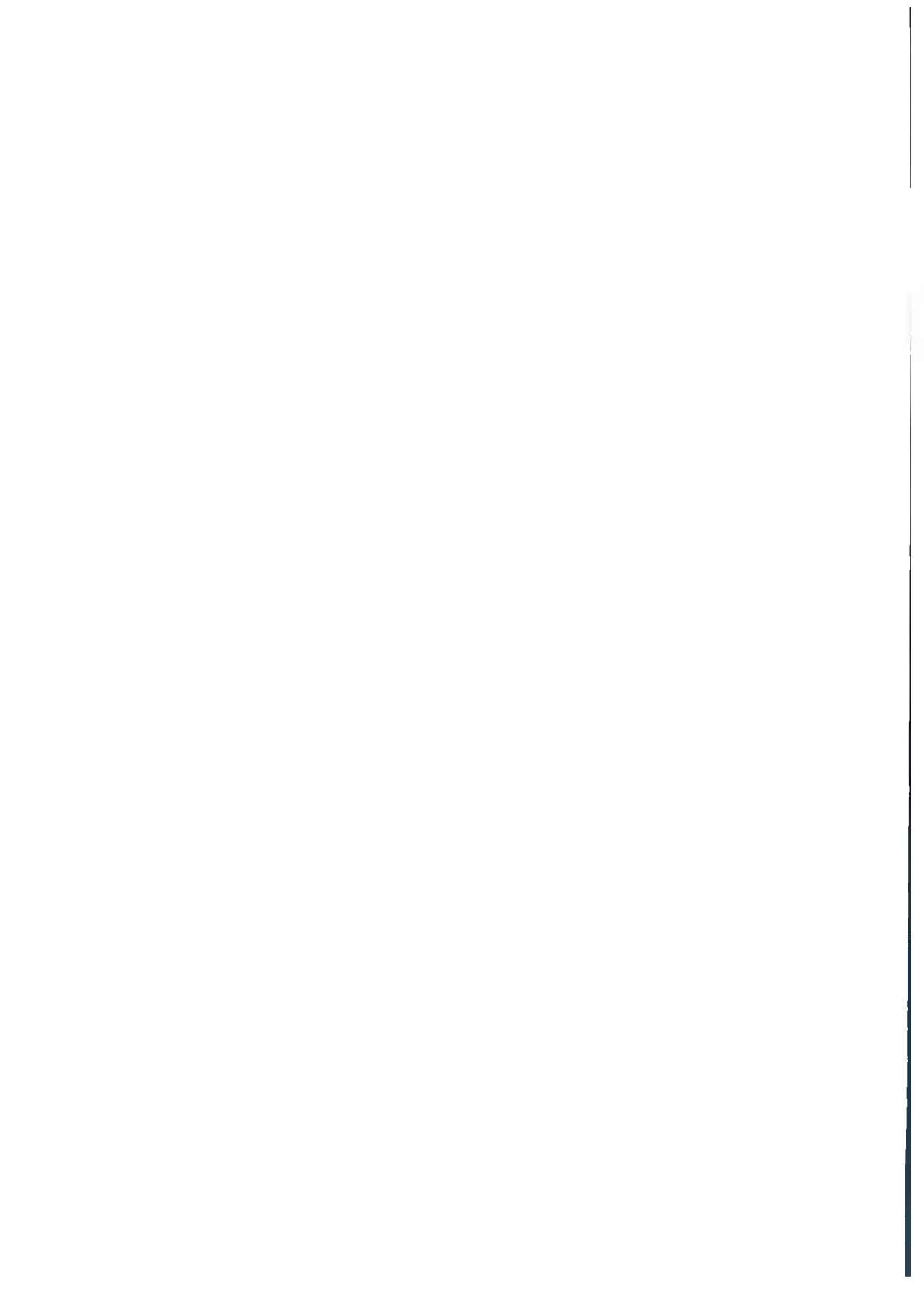
b) como lo recomendó el Instituto Chileno de Derecho Procesal durante la tramitación del proyecto en el Senado, establecer estímulos que hagan atractivo para el imputado el empleo del procedimiento abreviado, como podría ser que el delito se considere revestido de un número de circuns-



tancias atenuantes que permita rebajar la pena en uno o dos grados del grado mínimo señalado por la ley.

5. En fin, como las salidas alternativas y los procedimientos de simplificación juegan un papel trascendental en el equilibrio que exige la aplicación del proceso penal y ellos requieren no sólo de un acuerdo entre fiscal, imputado y víctima, según el caso, sino además de la aprobación del órgano jurisdiccional, parece necesario adoptar las medidas que sean eficaces para inclinar la postura de estos agentes hacia un uso más intenso de los mecanismos a que se ha hecho referencia.

Las preocupaciones y reservas que hemos manifestado a lo largo de este trabajo están inspiradas exclusivamente en la preocupación que nos produce el análisis estadístico que hemos hecho y el deseo irrestricto de que el nuevo proceso penal tenga el éxito a que lo hace merecedor el sacrificio, el estudio y el desvelo de tantos que intervinieron en su elaboración, tanto en su etapa de preparación como en su aprobación parlamentaria, de manera que su aplicación venga a solucionar efectivamente las carencias y defectos de nuestra justicia penal.



# Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal



**Orlando Poblete Iturrate**

Decano Facultad de Derecho

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Si bien es cierto que el Código Procesal Penal tiene poco tiempo de vigencia y ésta es aún parcial, porque resta su extensión a gran parte del país, no lo es menos que ya es posible constatar un sinnúmero de efectos que merecen considerarse y ponderarse jurídicamente. Es lo que nos proponemos poner de relieve en estas notas.

## **La vigencia gradual como fórmula de aplicación del sistema, un ensayo exitoso que deberá tenerse en cuenta para objetivos similares**

El Código Procesal Penal y otras normas<sup>1</sup> dispusieron que el sistema entraría en vigencia gradualmente, esto es, primero en determinadas regiones y después en las otras, sucesivamente, de manera de aprovechar la experiencia de unas en las restantes y de reaccionar con agilidad ante la eventual necesidad de realizar reformas legislativas.

La consagración de instituciones procesales y penales enteramente nuevas, la exigencia de nuevas destrezas y de modos de operar y de enfrentar las cuestiones que supone el procedimiento y básicamente la radical diferencia entre el nuevo sistema y el anterior que ha comenzado a extinguirse, hacían aconsejable iniciarlo en regiones en que diversos criterios razonables hacían prever que podría potenciarse la capacidad de los actores y operadores del mismo para superar las naturales complicaciones, cuando no deficiencias, que la aplicación de la nueva ley presentaría. Todo ello considerando, finalmente, que al alcanzarse la vigencia del sistema en las últimas regiones –las de mayor población y por ende las de mayor demanda–, la mayoría de los problemas propios de los comienzos estarían resueltos o existirían criterios afianzados para enfrentarlos.

<sup>1</sup> Véanse las Leyes N° 19.519, de Reforma Constitucional, que creó el Ministerio Público; N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público; y N° 19.762, que cambia gradualidad de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal.

A dos años de esos comienzos puede valorarse y destacarse la referida fórmula gradual de vigencia.<sup>2</sup> Las llamadas regiones piloto –IV y IX–, que mostraron a unos operadores locales desenvueltos y dispuestos a actuar con eficiencia, arrojaron los primeros resultados; comenzaba la relación fiscales-policías, se iniciaba el enfrentamiento fiscales-defensores y se potenciaban las figuras del juez garante y del tribunal del juicio. Decisiones, posturas, actos y resoluciones concentraron la atención del mundo jurídico. Inmediatamente esas primeras expresiones del sistema, testimonios y experiencias de jueces, fiscales y defensores, fueron analizados y criticados en diversas instancias, para ser más tarde transmitidos a las tres regiones siguientes –II, III y VII–, que pudieron así disponer de enfoques, criterios y prácticas valiosos para un trabajo más adecuado.

La realidad observada directamente en los programas de capacitación realizados en todas las regiones en forma previa a la vigencia del sistema y en los que han participado todas las instituciones involucradas a través de monitores pertenecientes, precisamente, a las regiones que con anterioridad han iniciado el proceso, refleja que esos monitores, jueces de garantía, jueces del tribunal oral, fiscales y defensores, actúan en una labor que podría definirse como de instrucción y de prevención. De instrucción, porque transmiten su experiencia con el propósito de formar, de enseñar lo que han conocido y decidido; y de prevención, porque el propósito es evitar que otros incurran en los mismos errores, asegurar en definitiva la correcta aplicación del sistema.

En los casos en que una reforma legislativa ha sido necesaria, por otra parte, se ha procedido impulsando la iniciativa correspondiente. Las Leyes N° 19.789, que introduce modificaciones al Código Procesal Penal, y N° 19.815, que modifica el artículo 281 del Código Procesal Penal en materia de actuaciones previas al juicio oral, son prueba de ello. La primera, para responder a cierta preocupación general percibida en las regiones piloto respecto de las atribuciones de la policía y sus facultades para detener en ciertas hipótesis, y la segunda para evitar cierta interpretación que obligaba a remitir al tribunal oral los registros de la instrucción, deber que podía comprometer claramente las bases de oralidad e intermediación del juicio oral.

Por otro lado, se conoció durante el 2001 la formación de una Comisión de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal, dispuesta por el Ministerio

---

<sup>2</sup> Raúl Tavolari sostiene que "...la característica de la aplicación gradual de la reforma –que provoca admiración en otros países– persigue, precisamente, ir mejorando imperfecciones que resulten de la vigencia efectiva de un esquema tan complejo como un nuevo sistema procesal penal", en *La Semana Jurídica*, No. 83, Santiago, pág. 9.



de Justicia e integrada por expertos, encargada de analizar la evolución de la vigencia del sistema y de analizar los problemas que la misma presente. Esta instancia ha recogido y estudiado determinadas proposiciones de reformas legislativas consideradas por el ministerio público, por la Defensoría Penal Pública y por académicos y operadores del sistema y con seguridad podrá plantear al Ministerio del cual depende ciertas propuestas de reforma que considere necesarias.

En suma, la gradualidad en la vigencia del sistema ha permitido detectar imperfecciones antes que las mismas pudieren convertirse en problemas generales y de compleja solución. Ha hecho posible ciertas enmiendas legislativas y facilitará el comienzo en las regiones que restan: estas contarán con un *modus operandi* y una crítica especializada y definida a lo que se ha hecho como poderosos instrumentos para asegurar el inicio de su propio proceso.

Por todo lo dicho y por las potencialidades que la fórmula presenta, bien merece considerársela para futuros procesos de reforma de similar magnitud. El del proceso civil, por ejemplo.

### **Fortalecimiento del concepto de debido proceso**

En general, la reforma procesal penal puede explicarse o encontrar su causa directa en la necesidad imperiosa en que se vio nuestro legislador de adecuar el proceso penal a los estándares del debido proceso que la Constitución Política exige, tanto por aplicación de su artículo 5°, como de su artículo 19, N° 3°, inciso 3°. No es posible, aquí, explicar las deficiencias constitucionales del proceso descrito en el Código de Procedimiento Penal, pero sirva para ilustrar la idea anterior el compromiso que importa para la imparcialidad del juzgador la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en un solo sujeto procesal, el juez del crimen, y la grave afectación que importa para el principio de inocencia la dictación del auto de procesamiento y la aplicación automática que el mismo conlleva de la más grave de las medidas cautelares personales, la prisión preventiva.<sup>3</sup>

A nadie puede dejar indiferente la vigencia efectiva de una garantía esencial como la señalada. Puede estimarse que una cultura jurídica elemental

<sup>3</sup> Un análisis de la constitucionalidad del proceso penal del Código de Procedimiento Penal se encuentra en Riego, Cristián, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico. Escuela de Derecho U. Diego Portales N° 4, Alfabetas, Santiago.

supone que el enjuiciamiento requiere de modo insoslayable un tribunal imparcial, un juicio previo, publicidad, presunción de inocencia, inmediatez, duración razonable, fundamentación de la decisión y derecho al recurso, y tales criterios se hallan mejor recogidos y más definidos en el Código Procesal Penal.<sup>4</sup>

Ha comenzado pues a manifestarse con fuerza entre nosotros un juicio más justo. Los parámetros del mismo, ya señalados, están siendo aplicados al caso particular día a día y con singular celo. No se trata de la aplicación formal de la garantía, de aquella que la entiende vigente porque simplemente se aplica la ley y suponiendo que esa ley respeta el principio, sino de una aplicación que verifica si efectivamente, en el caso de que se trata, se alcanza o no el estándar preciso. De ello da cuenta el creciente debate en torno a estas materias y la serie de fallos existentes tanto de los tribunales penales como de los tribunales superiores de justicia. Puede ya señalarse que una nueva visión de la cláusula del debido proceso comienza a perfilarse.<sup>5</sup>

### **Ejercicio de las atribuciones para la selección de casos: archivo, oportunidad**

Una de las materias más novedosas y relevantes consagradas por el nuevo Código es la consistente en las potestades reconocidas al ministerio público para archivar los antecedentes recogidos y para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada. Entendiendo que los recursos humanos y materiales del órgano perseguidor son limitados, el Código ha optado por admitir que el uso de esos recursos sea definido con un cierto grado de discrecionalidad reglado que permita asignarlos con preferencia a los delitos más graves.

---

<sup>4</sup> "La garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía judicial en sí misma. La garantía del debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso", como dice literalmente la Constitución norteamericana. Pero no de cualquier proceso –y este es el plus que interesa como garantía del sistema procesal–, sino de un proceso justo, debido, equitativo, puesto que esencialmente *due process of law* "significa el proceso que sea debido, o sea, justo y apropiado. Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos debidos si siguen las formas establecidas del derecho, o si, al adoptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de la libertad y de la justicia", en Carocca Pérez, Alex, *La Defensa Penal Pública*, Lexis Nexis Conosur, Santiago, 2002, pág. 13 (citando a Pritchett C, Herman, *La Constitución Americana*, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 609).

<sup>5</sup> Véanse, al efecto, los fallos pertinentes publicados en el *Boletín del Ministerio Público*, editado por la División de Estudios del Ministerio Público, desde mayo de 2001 a la fecha, y los contenidos en la *Revista Procesal Penal*, Lexis Nexis, Santiago, sin perjuicio de las clásicas publicaciones sobre jurisprudencia.





El ejercicio efectivo de estas atribuciones por las fiscalías es esencial para los resultados de la reforma. No iniciar una investigación cuando los hechos denunciados son lícitos, archivar denuncias que no están acompañadas de antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos y desprenderse de persecuciones de hechos que no comprometen gravemente el interés público son facultades vitales para una fiscalía activa, preocupada de lo verdaderamente importante y consciente de que la persecución de todos los hechos supuestamente delictuosos termina por congestionar el sistema comprometiendo todos sus cometidos. Dicho de otro modo, el ejercicio oportuno de estas atribuciones asegura que se investiguen aquellos hechos que verdaderamente merecerían, en principio, ser sancionados y a su vez que se reduzca el número de causas que potencialmente deberán resolverse en un juicio oral o en algún procedimiento especial o que se solucione por alguna de las salidas alternativas que el mismo sistema contempla.

Son, en definitiva, atribuciones que racionalizan el sistema, aplicando criterios realistas. Es cierto que importan reconocer que no todos los delitos pueden perseguirse, pero ésa es precisamente una realidad indesmentible, que resulta mejor enfrentar con estas fórmulas transparentes y que generan responsabilidades, antes que negarla o admitir que tal imposibilidad de persecución quede entregada a la arbitrariedad.

El Estudio de Simulación Computacional de la Reforma Procesal Penal elaborado por la Fundación Paz Ciudadana, en 1998, que sirvió para diseñar el sistema y definirlo económicamente, proyectó una cifra de desestimaciones de un 63,4% del total de ingresos.<sup>6</sup>

La primera evaluación del sistema mostró que, en las regiones IV y IX, a un año del inicio, se había dispuesto sólo del 36,1 % del total de los ingresos.<sup>7</sup>

Estas cifras generaron cierta preocupación. Los antecedentes recogidos indicaron que a los fiscales les resultaba difícil, en la práctica, enfrentar a la víctima y comunicarle que archivarían el caso o que no lo perseguirían, y que preferían mantener la apariencia de una persecución aun conscientes de que la misma a nada podía conducir.<sup>8</sup>

Por otro lado, es natural que en el primer período incidan las dificultades

<sup>6</sup> *Estudio de Simulación Computacional para la Reforma Procesal Penal*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, mayo 1998.

<sup>7</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho U. Diego Portales y Centro de Estudios de la Justicia. Escuela de Derecho U. de Chile, Andrés Baytelman, Redactor. Alfabeta Editor, Santiago.

<sup>8</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, ob. cit., págs. 50 y sigtes.

propias de la aplicación de una atribución que es compleja y que genera responsabilidades y la falta de experiencia y suficiente destreza en la dinámica requerida para apreciar los hechos y decidir sobre ellos *in limine*.

Sin embargo, es preciso reclamar esa diligencia. Los fiscales han sido debidamente formados para la aplicación de estos instrumentos y su utilización es lo único que puede resolver cierta percepción de sobrecarga de trabajo que ha pesado en las fiscalías locales. Más importante aún, la utilización del método de selección es indispensable para mantener a la institución dentro de su capacidad operativa eficiente y su presupuesto.

En esta línea, existen cifras que muestran cierta mayor utilización de los instrumentos que tratamos. Estadísticas del trimestre julio-septiembre de 2002 sobre formas de término de causas en las regiones II, III, IV, VII y IX, muestran que la facultad de no investigar ocupa el 14,2% de los términos aplicados, el archivo provisional el 52,97% y el principio de oportunidad el 12,21%.<sup>9</sup>

Las mismas estadísticas señalan, si se compara el segundo trimestre 2001 con igual período 2002, que dentro del total de los términos utilizados, el archivo provisional crece un 25,0% en la IV Región y un 17,7% en la IX; el principio de oportunidad disminuye un 14,6% en la IV Región y un 17,7% en la IX; y la facultad de no investigar crece un 12,3% en la IV Región y un 3,6% en la IX Región.<sup>10</sup>

## Las llamadas salidas alternativas

El Código reconoce que el juicio oral es un derecho de todo justiciable, pero admite que el mismo, bajo ciertas condiciones regladas, pueda renunciarse, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de procedimientos especiales y de la posibilidad de resolver el conflicto penal por vías alternativas a dicho juicio.

Tal es el sistema. El juicio oral es el centro, el procedimiento más pleno en condiciones procesales para una sentencia justa. Pero, siendo el sistema esencialmente dinámico y consciente de la necesidad de operar en ciertos casos con mayor celeridad, admite como alternativa al juicio oral el procedimiento abreviado, cuando no existe entre acusador y acusado controversia fundamental sobre los hechos. Entonces, teniendo lugar cierta ce-

<sup>9</sup> Información Estadística del Ministerio Público, División de Estudios, Santiago, Tercer Trimestre de 2002.

<sup>10</sup> Idem.



sión recíproca de las pretensiones de las partes, el juicio se traduce en un debate simplificado ante el juez de garantía.

Por otro lado, el Código reconoce que tratándose de la investigación de hechos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, sean lesiones menos graves o delitos culposos, la víctima y el imputado puedan convenir acuerdos reparatorios que aprobados por el juez de garantía constituyen causal de sobreseimiento definitivo y extinguen la responsabilidad penal.

Asimismo, el fiscal con el acuerdo del imputado puede solicitar también al juez de garantía la suspensión del procedimiento y la sujeción del imputado a cumplir determinadas condiciones, tras lo cual se extingue la acción penal y se produce también el sobreseimiento definitivo de la causa.

Estas tres opciones señaladas son especialmente relevantes básicamente por dos razones. Primero, porque efectivamente son fórmulas que resuelven el conflicto penal, satisfacen los intereses en juego. Y segundo, porque esa satisfacción se logra por vías alternativas al juicio oral, con lo cual el sistema deja este procedimiento para todo aquello que no haya podido resolverse por esas vías. Así, naturalmente, el juicio oral queda para aquellos casos penales en que efectivamente existe una controversia importante sobre los hechos y en que la producción de la prueba resulta fundamental. Dicho de otro modo, el Código está estructurado de modo que las salidas alternativas operen y que al juicio oral llegue sólo aquella criminalidad que, desde un punto de vista procesal y penal, requiera efectivamente de tal procedimiento para una decisión justa. Si todo fuere al juicio oral, el sistema terminaría por colapsar.

El Estudio de Simulación Computacional de la Fundación Paz Ciudadana, antes citado, proyectó que un 4,6% de los asuntos ingresados al sistema debían terminar por suspensión condicional del procedimiento, un 1,6% debía terminar por un acuerdo reparatorio y un 7,1% debía conducirse a un procedimiento abreviado.<sup>11</sup>

La primera evaluación de las regiones piloto –IV y IX– arrojó resultados distintos. Del total de ingresos, sólo un 0,6% había terminado por la suspensión condicional del procedimiento, un 0,3% había logrado un acuerdo reparatorio y un 0,08% de los casos había sido resuelto en procedimiento abreviado.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Fundación Paz Ciudadana, *Simulación Computacional de la Reforma Procesal Penal*, Santiago, mayo 1998.

<sup>12</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, ob. citada, págs. 52 y sigtes.

Recientes estadísticas del ministerio público sobre “distribución de aplicación de motivos de término” reflejan que en el 2º trimestre de 2002, considerando las regiones II, III, IV, VII y IX, el 2,86% del total de términos aplicados correspondía a la suspensión condicional del procedimiento, mientras que el 1,40% de los mismos a un acuerdo reparatorio.

También son interesantes las comparaciones dentro del total de términos aplicados en el segundo trimestre del 2001 y del 2002: en la IV Región el archivo provisional ocupó ese trimestre de 2001 un 28,4% del total de términos aplicados mientras que el 2002 ocupó un 53,4%. En la IX Región, la misma salida que el 2001 ocupó el 30,2% de los términos, ocupó igual trimestre de dos mil dos, el 47,9% del total de términos. En ese mismo trimestre, la facultad de no investigar subió en su aplicación un 12,3% en la IV región y un 3,6% en la IX Región. El ejercicio del principio de oportunidad, en cambio, se redujo en la IV Región en un 14,6% en el total de términos aplicados y en un 21,1% en la IX Región.<sup>13</sup>

Datos finales proporcionados por la Defensoría Penal Pública indican que, al 30 de noviembre de 2002, en un total de 11.726 imputados terminados utilizando el procedimiento ordinario, se han convenido 1.657 acuerdos reparatorios, en 1.513 casos se ha utilizado la facultad de no perseverar en la investigación, en 250 casos se ha recurrido al principio de oportunidad y en 3.362 casos se acudió a la suspensión condicional del procedimiento.<sup>14</sup>

### **Sobre las opciones que admite el nuevo régimen de las medidas cautelares personales**

El Código Procesal Penal ha enfrentado el tema de las medidas cautelares personales procurando conciliarlo con la presunción de inocencia. Conforme con ésta, tales medidas deben ser efectivamente excepcionales y justificarse debidamente en razón de los fines del procedimiento, debiendo aplicarse ellas de manera gradual procediendo la más grave, la prisión preventiva, sólo cuando las de menor rigor no hayan cumplido su propósito.

El modelo impuesto establece múltiples alternativas para asegurar los fines del procedimiento –privación de libertad en la casa del imputado, sujeción a la vigilancia de una institución, determinadas prohibiciones de comuni-

<sup>13</sup> Información estadística del Ministerio Público. Tercer Trimestre 2002. División de Estudios, Santiago.

<sup>14</sup> Defensa Penal Pública, Santiago, Estadísticas al 30 de noviembre de 2002.



cación y de aproximación, etc.–, todas las cuales deben considerarse antes de la prisión preventiva, la cual aparece reglada siguiendo los criterios constitucionales vigentes.

Esta es una materia especialmente sensible y delicada. Suelen existir posturas de aplicación de estas medidas que les atribuyen carácter sancionatorio y no es extraño que la comunidad requiera, en general y de partida, la aplicación de la prisión preventiva; ésta suele satisfacer los anhelos de justicia, a tal punto que mientras se mantiene hay quienes suelen sentirse seguros y olvidan el juicio y, más aún, la necesidad de una condena para imponer una sanción. Claramente la prisión preventiva ha sido, salvo excepciones, mal aplicada o, más preciso, aplicada con el rigor y la extensión, a nuestro juicio improcedentes, que impone la norma constitucional que la legitima hasta asimilarla a una condena anticipada, cuando existe peligro para la seguridad de la sociedad, de la que el Código no ha podido desprenderse.<sup>15</sup>

Con todo, el sistema del Código ha buscado y ha logrado, en parte, pero satisfactoriamente, hacer respetar el trato de inocente. Debe insistirse en la idea que es posible un proceso penal sin medidas cautelares y que lo relevante es llegar lo antes posible a la solución final, al juicio o a la alternativa correspondiente, pero a la solución. La imposición de esta dinámica, sana y justa, debiera terminar por relegar las cautelares más graves al sitio de las excepciones más categóricas.

Las primeras cifras arrojadas por el sistema –estadísticas de la Defensoría Penal Pública– muestran una disminución apreciable de la prisión preventiva. Del total de robos con fuerza, por ejemplo, un 20,9% de los casos presenta la aplicación de la prisión, mientras que el 46,4% presenta la aplicación de alguna de las otras alternativa a ella. En el robo con violencia o intimidación, la prisión ocupa el 32,2% de los casos, y las alternativas el 26%; en el homicidio, la prisión alcanza al 55,4% y las alternativas al 25,6%; en la violación, al 35,2% y al 46,3%, respectivamente.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> En general se admite que “El Principio de inocencia que asiste a todo imputado impide la afectación de cualquiera de sus derechos, incluso –y en especial– el de su libertad ambulatoria, a título de pena anticipada por el delito que se le atribuye, antes del dictado de una sentencia condenatoria en su contra. La privación de libertad durante el proceso sólo encuentra excepcional legitimación –como ya se dijo– en cuanto medida cautelar, cuando sea **imprescindible** (máxima necesidad) –y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia, pero menos gravosa–, para neutralizar el grave peligro (por lo serio y por lo probable) de que el imputado abuse de su libertad para intentar obstaculizar la investigación, impedir con su fuga la sustanciación completa del proceso (no hay juicio en rebeldía), o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer”. Cafferatta Nores, José, en *Materiales para la discusión sobre la reforma de la justicia en América Latina*, PNUD, Red de Justicia, pág. 3.

<sup>16</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, ob. cit., pág 97.

## Sobre el juicio oral

En el Código Procesal Penal el juicio oral es el procedimiento de mayor calidad procesal penal. En él se hallan descritas todas las fórmulas idóneas para un enjuiciamiento justo y se conjugan todos los principios que un debido proceso de ley debe considerar para ser tal.

Así considerado, el juicio oral se constituye en paradigma del proceso penal e irradia y “determina lo que ocurre en todo otro momento de la persecución penal: el trabajo de la policía, las actuaciones del fiscal durante la investigación, la posibilidad de efectuar procedimientos abreviados o de terminar el caso a través de una salida alternativa”.<sup>17</sup> En efecto, la fiscalía se cuida de actuar dentro de la legalidad y más aún la policía, porque saben que el modo utilizado para recoger las pruebas no es indiferente al resultado, toda vez que la procedencia de esas pruebas y su correspondencia con los estándares previstos en la ley será concretamente evaluada en el juicio oral. A su vez, dados los supuestos del procedimiento abreviado, la renuncia al juicio oral la hará el imputado previa valoración de lo que le significa ir al juicio oral, los riesgos que le supone; la fiscalía decidirá llevar el asunto al procedimiento abreviado porque en el caso de que se trata prefiere no arriesgar la pretensión en el juicio oral correspondiente; una y otro, en la hipótesis, sopesan ventajas y riesgos en relación con el juicio oral. En definitiva, son las expectativas de éxito o fracaso que se puedan abrigar respecto del juicio oral y en el caso concreto las que llevan a actuar y decidir a fiscales, policías, defensores e imputados. Como el juicio oral puede tener lugar finalmente, como el único que puede renunciarlo es el imputado, todos los demás se comportarán antes, en las fases previas, como si fueran a ir a juicio oral y ello hace que los estándares de éste se deban tener siempre en cuenta para no sufrir los perjuicios de no hacerlo.

Tales consideraciones conducen a asignar gran valor a que existan juicios orales y, consecuentemente, a lamentar cuando así no ocurre.

El proyecto de simulación ya citado había previsto que en promedio un 2,5% del total de los ingresos irían al juicio oral.<sup>18</sup>

Las primeras mediciones arrojaron que en las regiones piloto sólo un 0,04% de los ingresos totales y un 0,09% de los términos totales había alcanzado el juicio oral.<sup>19</sup> Investigaciones realizadas señalaron la existencia de una

<sup>17</sup> Carocca, Alex y otros. *Nuevo Proceso Penal*, Editorial ConoSur Ltda., Santiago, 2000, pág. 229.

<sup>18</sup> Se refiere al *Estudio de Simulación Computacional de la Reforma Procesal Penal* de la Fundación Paz Ciudadana, Santiago, mayo de 1998.

<sup>19</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, ob. cit., pág. 54

especie de exceso de celo en las fiscalías que imponía perfeccionar los antecedentes y alcanzar altos grados de certeza para decidir acusar e ir al juicio oral. Por otro lado, es lo cierto que los plazos de la investigación a la fecha de aquellas cifras –septiembre de 2001– estaban, en la mayoría de los casos, vigentes, por lo que no era censurable no haber tomado las decisiones sobre el particular, no obstante que el mayor plazo de la investigación no siempre es beneficioso, toda vez que puede afectar severamente la calidad de la prueba.

En el período que va del 16 de diciembre de 2000 al 11 de octubre de 2002 han tenido lugar 91 juicios orales en la IV Región y 100 en la IX Región. Entre el 16 de octubre de 2001 y el 11 de octubre de 2002 han tenido lugar 46 juicios orales en la II Región, 7 en la Región de Atacama y 17 en la VII. En total ha habido en el país 261 juicios orales.<sup>20</sup>

Las cifras señaladas muestran, aparentemente, un muy leve repunte en la cantidad de juicios orales, estándose todavía lejos del diseño seguido.

### **Acerca de las ventajas de un nuevo sistema de administración y gestión de tribunales. El aseguramiento del ejercicio de la jurisdicción.**

La reforma procesal penal introdujo una profunda modificación al diseño organizacional de los tribunales conocido entre nosotros y reglado por el Código Orgánico de Tribunales. El nuevo esquema consiste en la agrupación del conjunto de jueces a quienes corresponde una misma competencia en un mismo tribunal, que ejerce sus funciones a través de salas que son operadas por un cuerpo común de administradores. En cada tribunal de éstos funciona un Comité de Jueces, un Juez Presidente, un Administrador de Tribunal y los funcionarios administrativos dependientes de éste organizados en unidades encargadas de materias específicas. En concreto, mientras el Administrador del Tribunal maneja el presupuesto, abastece al órgano y vela por la más eficiente organización de las audiencias en que se debe desarrollar la función de los jueces, al Juez Presidente le corresponde evaluar anualmente esa gestión del Administrador y aprobar los criterios definidos y aplicados por él.

Este nuevo diseño ha buscado, por un lado, permitir a los jueces dedicarse esencial y completamente al cumplimiento de su misión exclusiva, evitándoles asumir tareas administrativas que les distraen de esa misión; por otro

<sup>20</sup> Información Estadística del Ministerio Público, Tercer Trimestre de 2002, División de Estudios, Santiago.

lado, ha buscado incorporar al funcionamiento del tribunal criterios técnicos, profesionales y de gestión capaces de generar eficiencia.

El desafío impuesto por la reforma a los administradores y a los jueces fue imprimir a la operación del tribunal una lógica administrativa profesional, permitir una cuota de autogobierno del respectivo tribunal que asegurara la satisfacción rápida de sus necesidades y finalmente descentralizar la misma administración, desvinculándola de la administración central ejercida por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, desde Santiago.

Este nuevo esquema está efectivamente operando. Sin embargo, las primeras evaluaciones del mismo han reflejado dificultades en la mantención de los roles de cada uno. Algunos jueces han mantenido, consciente o inconscientemente, su propia lógica administrativa, las más de las veces más bien formalista y poco eficiente. Los administradores de tribunal han expresado sentirse "absorbidos por esa lógica judicial... sienten sus capacidades profesionales mermadas frente a su dependencia de los jueces y a la incapacidad de éstos de dejarse administrar con criterios eficientistas; sienten que su rol, subordinación, atribuciones y responsabilidades no están bien definidos, o la práctica las ha definido de un modo que no corresponde a sus capacidades profesionales".<sup>21</sup>

En esta materia queda pues un camino largo por recorrer. Es indispensable superar los problemas que ha presentado la inserción de los funcionarios administrativos en los nuevos tribunales. Los jueces, que constituyen la parte esencial del tribunal, tienen, por lo mismo, la mayor responsabilidad en respetar y hacer respetar un esquema que entrega la administración y la gestión del tribunal a personal experto profesional. En definitiva la cuestión es asegurar a esos jueces el mejor cumplimiento de su propia función; de cara a la comunidad, los jueces responden finalmente por el cumplimiento eficiente de esa su misión esencial y no de cómo hayan manejado el tribunal.

Es obvio que la función judicial es un recurso y como tal debe ser administrado conforme con criterios profesionales. Es común la crítica al funcionamiento de los tribunales y a su capacidad operativa y precisamente de lo que se trata es de mejorar uno y otra, cuestión que supone incorporar personal idóneo y no distraer ni menos recargar a los jueces con esas tareas. Por lo mismo, se requiere en este plano un gran esfuerzo por corregir los defectos percibidos en el primer tiempo. Nos parece que en la ley están suficientemente perfilados los roles de jueces y administradores y en lo que no lo estén, en los vacíos, será preciso recurrir a los principios que

<sup>21</sup> *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, ob. cit., pág. 29.





inspiraron la normativa. La preparación recibida oportunamente por jueces y administradores sobre estas cuestiones y la capacidad profesional de unos y otros es la mejor garantía de que se encontrarán los mecanismos para superar el conflicto.

## Ideas finales

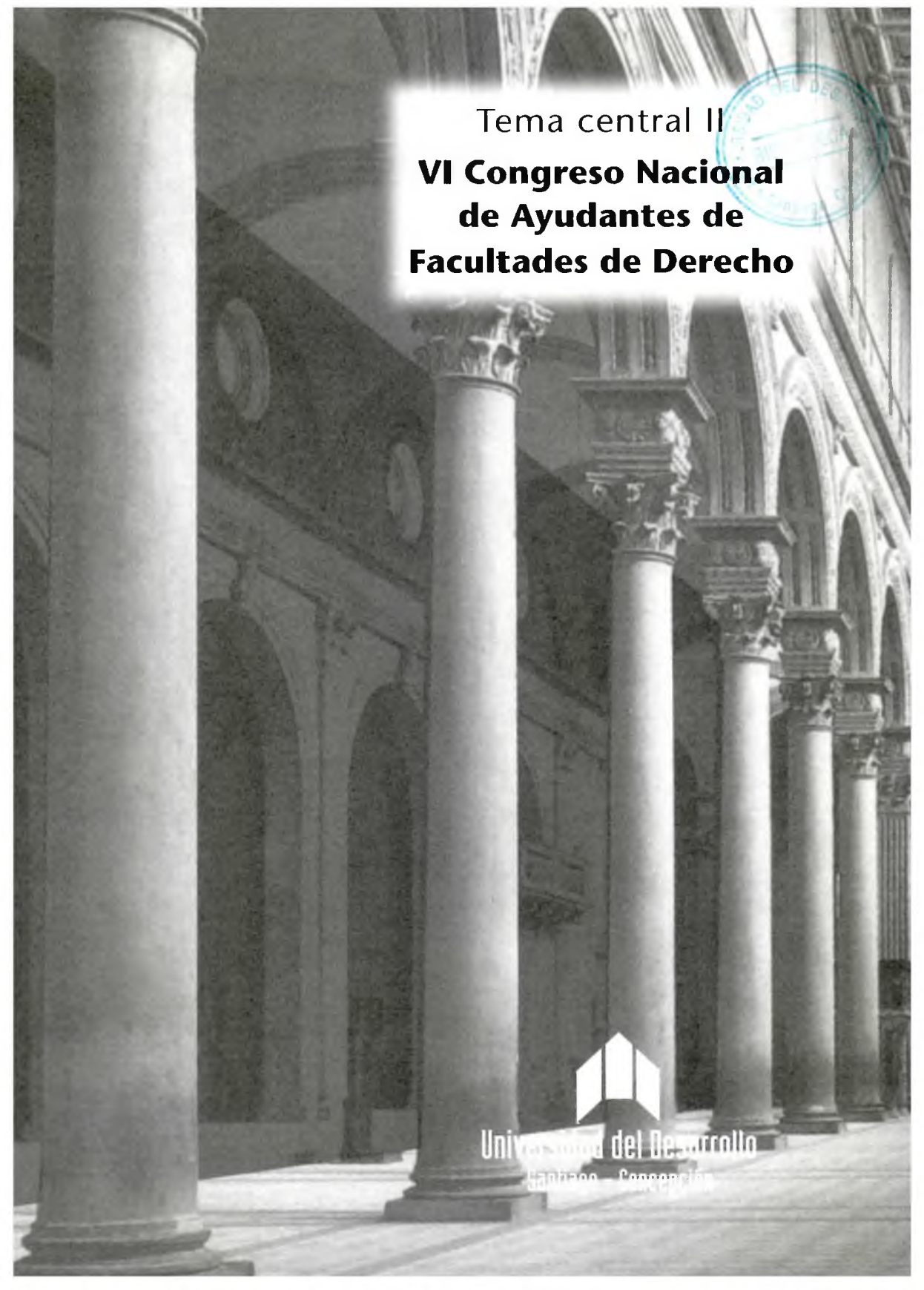
1. La vigencia aún parcial del nuevo Código Procesal Penal ha producido una verdadera revolución jurídica. Son hechos notorios la profusa actividad expresada en seminarios, diplomados, cursos, talleres y conferencias realizados sobre el contenido de la reforma, la mayor profundidad y extensión de los planteamientos y conclusiones que se formulan sobre su contenido y la cantidad, inusual entre nosotros, de artículos, monografías, editoriales, estudios y publicaciones en general, sobre el proceso penal, así como su contundente y actualizada bibliografía. El derecho nacional se ha enriquecido con esta reforma y se ha potenciado en su capacidad para hacer justicia, no siendo aventurado señalar que lo que se vive puede asimilarse *mutatis mutandi* al interés que despertara el Código de Bello, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y la dictación de las Constituciones Políticas de 1925 y de 1980.

2. La vigencia de los principios e instituciones que la reforma procesal penal ha potenciado tendrá, más temprano que tarde, profundas repercusiones en otras áreas del ordenamiento jurídico. La cláusula constitucional del debido proceso y sus estándares no es privativa del proceso penal. Tampoco lo es la imparcialidad del juzgador. No lo son tampoco la publicidad ni la inmediación ni la concentración ni la continuidad ni, a fin de cuentas, la oralidad. No lo son, en definitiva, múltiples formas y soluciones regladas en el Código Procesal Penal, pero que pertenecen al proceso, a todo proceso, porque resultan esenciales para el ejercicio justo de la jurisdicción. Por lo mismo, ellas presionarán naturalmente por ser reconocidas legislativamente en el proceso civil, en algunos de raigambre constitucional, en el laboral, el tributario, etc., si es que la jurisprudencia nuestra, muchas veces más creadora que el legislador, no hace su parte.

3. La reforma procesal penal está efectivamente en marcha y operando. Lo real es que en todas las regiones en que ha debido iniciarse se han instalado los tribunales y comenzado a actuar las fiscalías y los defensores y ello ha permitido los procedimientos correspondientes. Resultados también hay y son positivos: conflictos graves han sido resueltos en un tiempo razonable. Las dificultades habidas son las propias de un proceso de esta envergadura y se hallan dentro de padrones normales, con posibilidades de corrección,

las más de las veces por medio de una interpretación distinta o más elaborada de una norma. Quizás si todas pudieran resolverse con un poco de mayor agilidad. Las evaluaciones en esta etapa son iniciales, están referidas a pocos ingresos y a pocas operaciones, no obstante lo cual tienen un valor indiciario que debe servir a los operadores para corregir prácticas erradas. Con todo, pareciera que sólo un tiempo mayor permitirá conclusiones más certeras y más acabadas.

4. Queda, por cierto, más por hacer que todo lo que se ha hecho. La aplicación de los principios y la operación de las instituciones es incipiente, sólo comienza a esbozarse. Las dificultades y problemas deben analizarse en el contexto de una reforma fundamental, que ha sido bien diseñada y que responde esencialmente al deber ser jurídico más actual en el plano procesal penal. Es preciso que la prudencia presida toda evaluación y toda crítica. En definitiva, se ha de ser cuidadoso en las correcciones que puedan ser necesarias. Muchas veces y con el mejor espíritu, en vez de corregir se destruye.

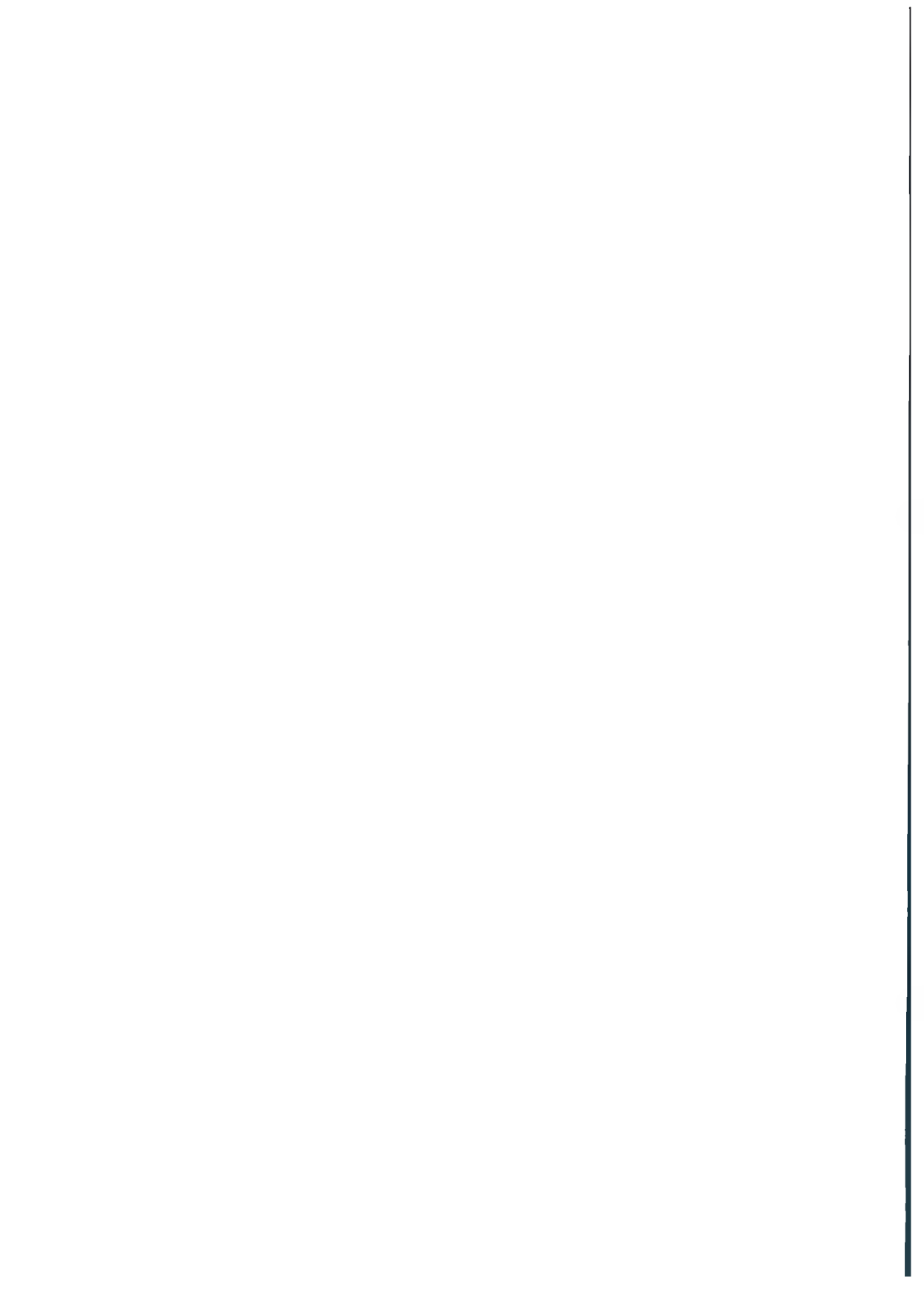


Tema central II

**VI Congreso Nacional  
de Ayudantes de  
Facultades de Derecho**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción





## VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho

**Hugo Fábrega Vega**

Presidente

Comisión Organizadora

Tal como antaño, y producto de una acertada decisión de las autoridades de la Facultad de Derecho, la Universidad del Desarrollo fue la sede del VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho, cuyo tema central fue *"La Responsabilidad frente al Derecho: perspectiva histórica, filosófica y dogmática"*, retomando la instancia en la cual profesores ayudantes de todas las cátedras jurídicas posibles a nivel nacional, exponen temas de su interés. Esta iniciativa, que nace en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a principios de la década pasada, se venía desarrollando con regularidad hasta el año 1997, donde se produce un término abrupto de estas actividades y que, tal como dije, la Universidad del Desarrollo se propuso reiniciar, dado el interés en el proyecto educativo que se apuesta a futuro al dirigir temas especializados para un cuerpo académico en formación, con vocación y constancia de permanecer vinculados con la enseñanza universitaria y la investigación jurídica.

En efecto, por decreto universitario de marzo último, el señor Decano de la Facultad de Derecho procedió a designar la Comisión Organizadora del VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho, designaciones que recayeron en: Hugo Fábrega Vega (presidente), Cecilia Muñoz Echeverría (secretaria ejecutiva), Jaime Silva Bruce y Alejandra Carrasco Morales (vocales).

La iniciativa del VI Congreso, al ser de carácter nacional, hizo necesario hacerla extensiva a todas las facultades de derecho del país. Con este propósito, se imprimieron más de 1000 trípticos y 300 afiches publicitarios que se repartieron entre tribunales de justicia (para vista pública), en la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, juzgados civiles, del crimen, de menores y laborales de la ciudad de Santiago, y en todas las facultades de derecho de Chile; además, y aprovechando la vía electrónica, se enviaron las cartas informativas a todos los profesores y autoridades posibles tanto

gremiales (Colegios de Abogados) como autoridades públicas (ministerios y secretarías) vía email, como la inclusión de la noticia y descarga de los archivos en los portales de Internet de la universidad ([www.udd.cl](http://www.udd.cl)), como de la red de universidades universia ([www.universia.cl](http://www.universia.cl)). De la misma forma, se hizo un extenso trabajo de motivación con profesores, ayudantes y alumnos que sobrepasó los niveles esperados de expositores e interesados, tanto por los académicos de la Facultad de Derecho, como de otras autoridades universitarias.

No podemos sino calificar de exitosa en todos sus aspectos posibles la convocatoria de este VI Congreso Nacional de Ayudantes. Lo anterior bajo dos puntos de vista: la cantidad de ponencias (65 en total) y la calidad de ellas. En efecto, se hizo recurrente el comentario tanto de los profesores moderadores como de autoridades de la Facultad de Derecho, en relación con el sistema formal de exposición (destrezas de oratoria y lenguaje) como con el material (novedad de las materias, profundidad, síntesis y propuestas de enseñanza del derecho) de todos los trabajos expuestos. En este punto se hace especial mención de la opinión de los profesores a cargo, quienes calificaron de muy bueno el nivel académico de los expositores.

En cuanto a los profesores ayudantes que efectivamente participaron como expositores, la Facultad de Derecho (sede Santiago) contabilizó 22 ponencias, de 42 posibles del número total del cuerpo de ayudantes actual, en tanto que la Facultad de Derecho (sede Concepción) contabilizó 6. La síntesis general la podemos desglosar en la participación por universidades de la siguiente manera:

- Universidad del Desarrollo (sede Santiago): 22 expositores;
- Universidad Central de Chile: 12 expositores;
- Universidad del Desarrollo (sede Concepción): 6 expositores;
- Universidad de Concepción: 5 expositores;
- Universidad de Chile: 3 expositores;
- Universidad de Valparaíso: 2 expositores;
- Universidad Católica de Valparaíso: 2 expositores;
- Universidad Andrés Bello: 2 expositores;
- Universidad Arturo Prat de Iquique: 2 expositores;
- Universidad de Atacama de Copiapó: 2 expositores;
- Universidad Mayor de Temuco: 1 expositor;
- Pontificia Universidad Católica de Chile: 1 expositor;
- Universidad Diego Portales: 1 expositor;
- Universidad Internacional SEK: 1 expositor;
- Universidad Mariano Egaña: 1 expositor.



Especial mención merecen las ponencias que a continuación se transcriben, pues ellas fueron elegidas las mejores de cada sesión de trabajo por los profesores moderadores respectivos:

### **Area Derecho Romano e Historia del Derecho**

- Srta. Angela Cerda Cattán (Universidad Central, Santiago), *“La responsabilidad del médico en el Derecho Romano”*.
- Srta. Claudia Morgado Moscoso (Universidad Central, Santiago), *“La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes”*.
- Sr. Abraham Simón Jury (Universidad de Chile, Santiago), *“La responsabilidad civil a la luz de los proyectos de codificación”*.

### **Area Derecho Privado**

- Sr. Felipe Amenábar Atria (Universidad del Desarrollo, Santiago), *“Derechos del paciente frente a la responsabilidad”*.
- Sr. Marcelo Sanhueza Marambio (Universidad Central, Santiago), *“Análisis económico de la responsabilidad extracontractual”*.
- Srta. Cynthia Carrillo Carrillo (Universidad del Desarrollo, Concepción), *“Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas”*.
- Sr. Rafael Gómez Pinto (Universidad del Desarrollo, Santiago), *“Responsabilidad en la Quiebra”*.

### **Area Derecho Laboral y de la Seguridad Social**

- Sr. Noé Cisternas Salinas (Universidad Arturo Prat, Iquique), *“El daño moral en las relaciones laborales”*.
- Srta. Fabiola Vergara Ceballos (Universidad del Desarrollo, Santiago), *“Despido Abusivo y Daño Moral”*.
- Sr. Jaime González Orrico (Universidad del Desarrollo, Concepción), *“La responsabilidad del empleador por despido antisindical del trabajador sin fuero”*.

### **Area Derecho Público**

- Sr. Pedro Aguerrea Mella (Universidad del Desarrollo, Santiago), *“Responsabilidad del Estado. Polémicas”*.
- Sr. Marco Aurelio González Vásquez (Universidad del Desarrollo, Santiago) *“Responsabilidad del Estado por Error Judicial”*.
- Srta. Josefina Soto Larreátegui (Pontificia Universidad Católica de Chile), *“La Responsabilidad del Estado-Municipalidad”*.
- Sra. Cecilia Muñoz Echeverría (Universidad del Desarrollo, Santiago), *“Responsabilidad del Estado. Caso de las especies protegidas”*.

### **Area Derecho Penal y Procesal**

- Srta. María Isabel Warnier Readí (Universidad del Desarrollo, Santiago) *“Responsabilidad del Parricida por Omisión”*.

- Sr. Misael Morales Godoy (Universidad Central, Santiago), *"Responsabilidad en el Código Tributario"*.
- Sr. Ricardo Celaya Bastidas (Universidad Central, Santiago), *"La Responsabilidad y la Ley de la Renta"*.
- Sr. Sergio Huidobro Martínez (Universidad del Desarrollo, Santiago), *"Responsabilidad penal de los menores"*.

#### **Area Derecho Internacional**

- Sr. Enrique Toledo Aldunate (Universidad Católica de Valparaíso), *"Algunos aspectos contemporáneos de la responsabilidad internacional de los Estados"*.
- Sr. Francisco José Cofré Castillo (Universidad de Chile, Santiago), *"La responsabilidad del sujeto en conflictos armados y terrorismo"*.
- Sr. Andrés Sánchez Andrade (Universidad del Desarrollo, Santiago), *"La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet"*.

#### **Area Teoría General del Derecho**

- Sr. Hugo Fábrega Vega (Universidad del Desarrollo, Santiago), *"El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza jurídica de la ética profesional del abogado"*.

En cuanto a la realización del programa, tal como se ordenó originalmente, a las 19 horas del día 24 de julio, se dio inicio al congreso, mediante un acto inaugural con la asistencia del Sr. Rector, quien pronunció las palabras de bienvenida a los asistentes y expositores; el Sr. Decano de la Facultad de Derecho, quien dictó una clase magistral sobre "La Enseñanza Jurídica"; y de los profesores y expositores (tanto de Santiago como de provincia) del congreso. En total, se contabilizaron más de cien asistentes, actividad que culminó con un cóctel de honor.

Tanto las actividades y sesiones de trabajo programadas para los días jueves y viernes, se cumplieron en su totalidad y con estricta puntualidad. Cabe hacer presente el interés de los participantes, quienes, más los expositores, sumaban alrededor de 50 personas en cada sesión de trabajo.

En cuanto a los moderadores, se puntualiza en forma unánime la satisfacción con las exposiciones e interés del público asistente. Dejamos especial constancia de la gratitud para con los siguientes profesores moderadores: Sr. Antonio Dougnac Rodríguez (Historia del Derecho y Derecho Romano), Sr. Ambrosio Rodríguez Quirós (Derecho Privado), Sra. Cecily Halpern Montecino (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Sres. Iván Aróstica





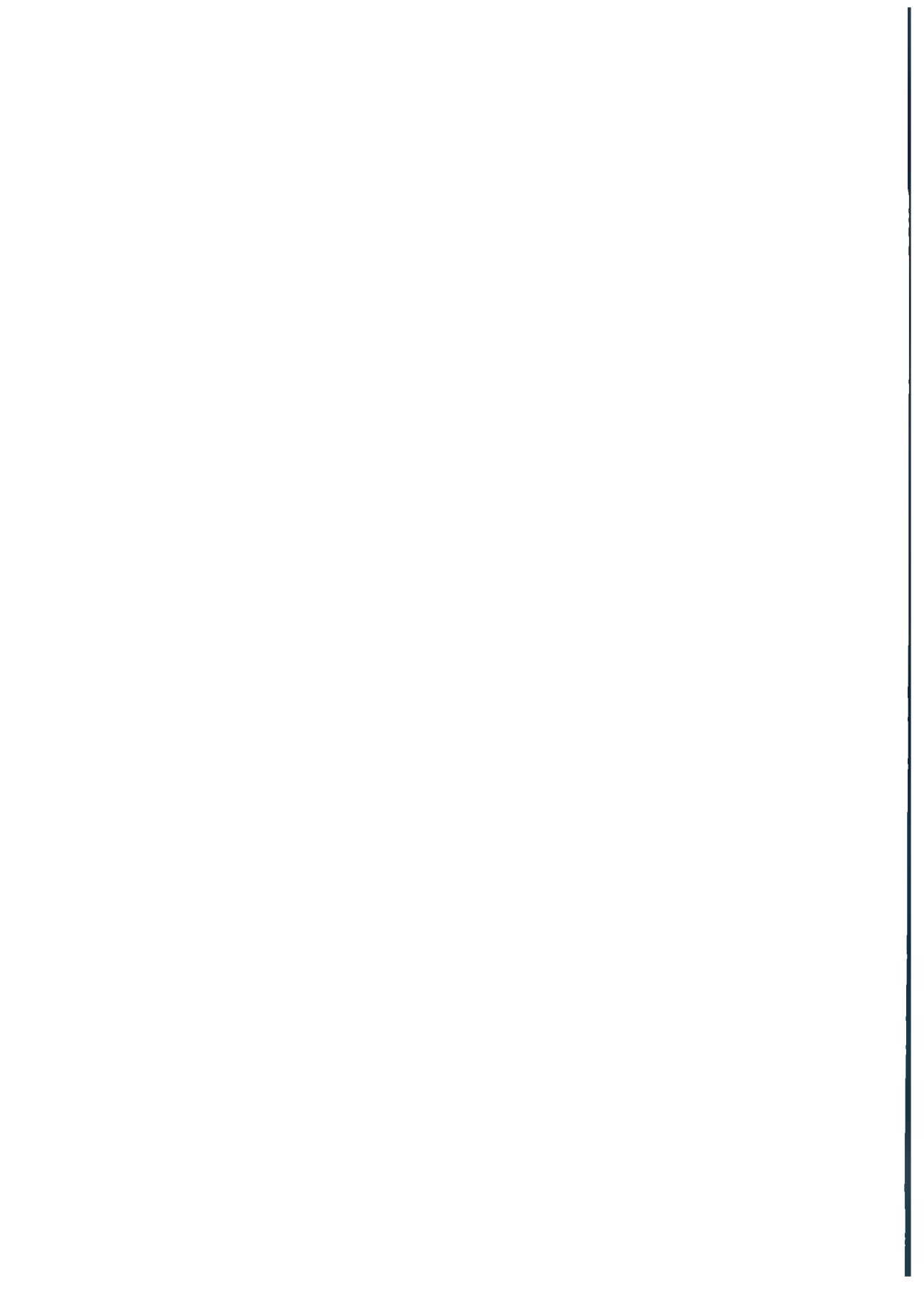
Maldonado y Eduardo Soto Klöss –reconocimiento especial a este último, quien, en su calidad de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, participó de la sesión de trabajo como moderador y expositor de la parte introductoria al tema central– (Derecho Público), Sra. Ximena Pulgar Núñez (Derecho Penal y Procesal), Sr. Raúl F. Campusano (Derecho Internacional) y Sr. Julio Alvear Téllez (Teoría General del Derecho).

Terminadas las sesiones de trabajo, se procedió a la ceremonia de clausura del congreso, acto encabezado por el señor Decano. En esa ocasión se hizo entrega a los expositores de su diploma de certificación, y se nombró a las mejores ponencias. También se aprovechó la oportunidad para acordar la realización del VII Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho, que quedó radicada en la ciudad de Concepción.

Posterior a este acto, el Sr. Decano invitó a los asistentes a una cena de honor en el restaurante del Hotel Park Inn, dando por finalizadas las actividades oficiales.

De la misma forma, es de toda justicia agradecer la gestión, guía y apoyo de los profesores Sra. Ximena Pulgar Núñez e Iván Aróstica Maldonado, quienes fueron factor fundamental, con su experiencia, en la realización de este encuentro a nivel nacional.

A continuación, se publican algunas de las mejores exposiciones elegidas por el consejo editorial de nuestra revista.





## La responsabilidad del *pater* por los delitos cometidos por sus dependientes

**Claudia Morgado M.**

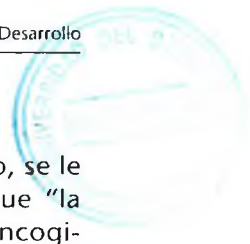
Profesor Ayudante de Derecho Romano  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

“Desde el momento en que existe la sociedad, existe también la posibilidad de que algún miembro de ella le cause daño”. Esta afirmación del autor Mommsen es una realidad en nuestra sociedad actual y lo fue también en la romana; era necesario, por tanto, primero determinar qué eran estos actos, que en términos genéricos se les denominó delitos, y se indicó que eran todas aquellas conductas contrarias a derecho que irrogaban daño a otro. En Roma se distinguieron dos tipos de éstos, los *crimina* y los *delictum*, siendo los primeros comportamientos antijurídicos que ofenden al Estado, violando normas jurídicas que se consideran particularmente importantes para el orden social, tales como, por mencionar algunos, los atentados contra la seguridad del Estado, llamados *perduellio*, el homicidio de hombre libre, o *parricidium*, las exacciones abusivas cometidas por magistrados en provincias, cuyo nombre era *repentundarum*, también el crimen *peculatus*, consistente en el desfalco en cajas del Estado, el crimen *maiestatis* o atentados contra los órganos estatales de mayor importancia, el de incendio, entre otros, todos los cuales eran castigados por tribunales especiales. Además se les aplicaban penas públicas que revestían una mayor dureza, principalmente corporales, como la muerte por crucifixión precedida de flagelación, mediante el empleo de fuego, o arrojar al culpable desde la roca Tarpeya; todo ello dependiendo del delito cometido y de la calidad del delincuente, lo que se expresó en los primeros tiempos con la palabra *suplicium*, para luego aplicarse penas pecuniarias, que en todo caso no beneficiaban a los perjudicados.

En cuanto a los *delictum*, éstos consistían en una ofensa a un particular, sin trascendencia pública, llamándose en un principio *maleficium*, que etimológicamente significa “mala acción” y que en las organizaciones sociales más antiguas se entendía que el daño era el resultado de un maleficio, es decir, de la práctica de hechicerías, para posteriormente recibir el nombre de delito, implicando esto un quebrantamiento de la ley dictada en interés de la comunidad ciudadana. El castigo correspondía sólo a los mismos particulares afectados, aplicándose, por lo tanto, penas privadas.

Surge, asimismo, la necesidad de crear un sistema de represión de estos delitos, porque aunque Cervantes escribió que no estamos obligados a castigar a los que nos ofenden, sino sólo a aconsejarlos a la enmienda de sus delitos, es también natural del hombre alzarse contra lo que nos parece injusto y vil. De esta manera, se originó en la época más primitiva la vindicta o venganza, puesto que el daño causado a la víctima provoca en ella un deseo de represalia, deseo que se extiende al grupo social, horda, gens o clan al que pertenece, materializándose en un mal que se irroga al ofensor o a cualquier individuo de su organización, aun cuando no haya sabido de la comisión del delito o que, incluso, abiertamente lo hubiera reprochado. Esto es lo que se conoce por algunos autores como venganza indeterminada. Entonces, en los pueblos más antiguos se denota cierto primitivismo, en que el hombre reacciona instintivamente con toda su fuerza física contra el delincuente o sus familiares, en definitiva, el hombre se vengaba como podía y mientras podía, puesto que si se era débil, las posibilidades de resarcir el daño eran escasas, coincidiendo esto con lo que diría Platón: "Yo declaro que la justicia no es otra cosa que la conveniencia del más fuerte". Por lo demás, el daño que se causaba al ofensor estaba regulado sólo por el resentimiento de la víctima, siendo muy objetiva la forma de reparación. Durante este tiempo existía también un marcado carácter mágico-religioso, habiendo una importante conexión entre derecho y religión, por ello se distinguía entre el *ius* y el *fas*, siendo el *ius* la norma que determina lo lícito conforme al criterio humano y el *fas* el patrón de lo adecuado y lo no propicio a los dioses. De ahí entonces que las primitivas penas también cumplían una función expiatoria y representaban un sacrificio religioso necesario para aplacar la ira de los dioses. Por ello también el culpable tenía el carácter de sacrílego, proveniente del término *sacer*, empleado por la ley de las XII Tablas para indicar a quien conervenía sus preceptos; era así como estas ideas religiosas justificaban y legitimaban la venganza.

Luego, nace un método para medir y limitar el castigo que se aplicaba al agresor, cual es la ley del talión, que aunque conserva la represión directa del sujeto pasivo contra el activo, ya se establece cierta equivalencia entre el hecho ofensivo y la sanción. Ahora, el daño inferido a la víctima se castiga con otro de idéntica naturaleza y sólo al que lo causó, mas no a su grupo, surgiendo el sistema de venganza determinada, cuyo origen estuvo en los pueblos nómades, en virtud de reglas de conducta impuestas por los más fuertes y en los sedentarios por los más ancianos. Aplicado esto en Roma, cabe destacar que también aparece en la ley de Moisés, el Pentateuco, complementado luego por el Talmud, tal como se destaca en el Antiguo Testamento, en el libro de Exodo: "ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe



por golpe”, de manera que si se ha robado, se le roba; si ha matado, se le da muerte, y aun cuando Rodo, un escritor del siglo XIX, diría que “la venganza es siempre placer de los espíritus estrechos, enfermos y encogidos”, este sistema estuvo en vigor durante muchos años. Pero ni las costumbres más arraigadas ni las tradiciones más sólidas logran detener la evolución de la historia ni de las instituciones, por lo que nace la composición voluntaria, en que los individuos interesados avaluaban los perjuicios sufridos y ellos mismos determinaban la manera de resarcimiento. Así, por la pérdida de una mano se pagaba un cordero, pero si era la derecha, dos corderos; si era un ojo, se debía dar un caballo. De modo que surge el término “indemnización”, que viene a reemplazar al de venganza. De hecho, si el autor del delito ofrece una suma pecuniaria que es aceptada por la víctima, esa aceptación implica una renuncia a la venganza y opera como un convenio pacificador; pero tal como lo establece la ley de las XII Tablas “si el culpable ha lastimado y no ha llegado a un compromiso con su víctima, que la víctima aplique el talión”.

Le sobreviene a este sistema el de composición legal, en que el Estado es el que interviene indicando la cantidad de dinero o especies que se estima equivalente al daño. Así, por la rotura de un hueso debían pagarse 300 ases si el ofendido era libre, o 150 si no lo era, y si se trataba de otras lesiones, 25 ases, etc.

En todo este contexto vive y se desarrolla la familia romana, que más que una agrupación natural, es un organismo jurídico, político y social, integrado por una gama de sujetos unidos entre sí por más vínculos que los de sangre. Ulpiano señaló que por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que están bajo la misma *potestad*, sujetos a ella por naturaleza o por derecho, como el padre de familia, la madre de familia, el hijo y la hija de familia, y los que siguen como nietos y nietas. Constituye el núcleo inicial y básico de la *civitas*, hasta el punto de que el *populus romanus* se considera integrado no por sujetos aislados, sino por personas adscritas a una familia, cuya figura central era un *pater*, de tal importancia que Rudolf Von Ihering supuso que nuestro derecho privado tiene su origen precisamente en este jefe o *pater familia*.

La familia romana estaba integrada, entonces, por un grupo de personas sometidas al *pater*, sea por el hecho de haber nacido de matrimonio con el *pater* o de matrimonio de varones que se encontraban bajo su poder. También formaban parte de ésta la mujer casada con el *pater conventio in manu* y las mujeres de sus hijos sometidos a su *potesta*, los extraños adoptados y adrogados, además de los engendrados fuera de matrimonio y que posteriormente fueren legitimados.

El factor aglutinante de este grupo familiar era la *potesta*, que no era de carácter biológico, sino que estaba constituida por la idea jurídica de autoridad, de sujeción a una jefatura. Este poder se proyectaba sobre quienes estaban supeditados al *pater*, sin otras limitaciones que las que imponían los *mores maiorum*, siendo perpetuo y absoluto, diversificándose según sus diversas manifestaciones. Así el poder sobre las cosas se llamó *dominium*, el que se ejercía sobre la mujer era la *manus*, la supremacía sobre los *filius familia* denominábase *patria potesta* y sobre los esclavos *dominica potesta*. Tenía este poder también un significado religioso, de hecho, Catón, Suetonio y Séneca señalaban que el *pater* tenía una posición augusta de consagración religiosa. Por su parte, Cicerón decía que el *pater familia* era respetado como un dios. Este poder tan amplio que detentaba el *pater* se expresaba en distintos aspectos, en su mayoría favorables para él, como el ser dueño de todos los bienes que adquirieran sus dependientes, con escasas excepciones; comprendía el derecho de vida y muerte y el de vender a sus hijos y esclavos, teniendo pleno control no sólo en sus patrimonios, sino también en sus personas. Sin embargo, en virtud de esta potestad, el *pater* debía responder por los delitos cometidos por sus dependientes, puesto que recordando las palabras iniciales de Mommsen acerca de que existe la posibilidad de que algún miembro de la comunidad pueda causar daño, este miembro perfectamente podía ser un sujeto que se encontraba bajo su sumisión. En todo caso, dentro de la *gens* no hay delito, de modo que si un hecho punible se comete dentro de ella, queda sujeto a la jurisdicción familiar. Era precisamente el *pater* quien ejercía atribuciones judiciales sobre los integrantes, pudiendo incluso aplicar pena de muerte. Este es el poder de punición doméstica en el que se presentaron todos los elementos constitutivos del procedimiento sancionatorio, cuales son la comisión del hecho injusto, su comprobación y correspondiente sanción, además de las bases para su determinación y establecimiento de penas aplicables, penas que imponía el *pater*, pero respaldado por un consejo de familia presidido por él.

En consecuencia, si el delito era cometido por un dependiente dentro de la misma organización familiar, su *pater* era quien le aplicaba el respectivo castigo, pero si este dependiente perpetraba un delito contra un extraño a la familia, su *pater* debía responder frente al afectado; quedaba, por lo tanto, obligado a la reparación del daño, es decir, nacía para él una obligación, dado que, tal como dice Gayo, "toda obligación o nace del contrato o nace del delito".

"Obligación" etimológicamente proviene del latín "*obligare*", que significa atar o amarrar, puesto que en unos primeros tiempos la obligación implicaba una sujeción física en que efectivamente el deudor quedaba atado



a su acreedor y por ello "pagar" era *solutio*, que viene del latín *solvere*, que es desatar. En las Instituciones de Justiniano, la *obligatio* se define como el vínculo jurídico por el que se nos constriñe a pagar algo según el derecho de nuestra ciudad, y aunque Jovolano señaló que toda definición en el derecho civil es peligrosa, porque es difícil que no se pueda subvertir, el concepto dado por Justiniano nos sirve para extraer los elementos principales y constitutivos de toda obligación y definirla actualmente como un vínculo jurídico por el cual una persona se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo a favor de otra, o como se diría en Roma, a *dare, facere* o *praestare*, existiendo un vínculo, objeto y sujetos.

Habiéndose reemplazado la *vindicta* por el sistema de composición voluntaria y legal, quien cometía un delito se encontraba entonces en la necesidad de pagar la pena estimada en una cantidad de dinero o especies convenida o impuesta, siendo por tanto el hechor sujeto pasivo de la obligación y el ofendido sujeto activo de la misma, habiendo entre ambos un vínculo, siendo, además, el objeto de la obligación dicha cantidad o pena. Pero cuando el delito era cometido por un dependiente, el vínculo obligacional se configuraba entre el ofendido y el *pater*, quien ocupaba el rol de sujeto pasivo, y por lo tanto era él, y no el ofensor, quien debía cumplir la prestación, era él en definitiva quien debía pagar la pena. Sin embargo, el derecho romano contempló la posibilidad de que el *pater* evitara tal pago entregando al dependiente en *noxia*, esto es, abandonarlo a favor de la víctima para que ésta hiciese con él lo que estimare bastante para resarcir el daño experimentado, recibiendo el culpable directamente el castigo. Para esto, el ordenamiento jurídico le otorgaba al ofendido la *actio noxalis*, de naturaleza civil y única, referida a un *oportere* del *pater* o dueño. Con esta institución, vino a resolverse el conflicto entre el poder represivo de la víctima y el poder del jefe sobre el autor del delito.

El término *noxia* era usado desde antaño por el derecho romano, pero haciendo más bien alusión a los delitos, incluso "*noxia*" es uno nuevo, siendo su antecedente el término "*noxia*". Tanto *noxia* como *noxia* abarcaban los delitos del derecho público y privado, como asimismo al daño y la pena, sin hacer mención a ningún delito en particular. *noxia* y *noxia* tenían igual sentido, tanto según su transparente derivación, como según el uso que de ellos se hacía; ambos significaban daño y por lo tanto eran adecuados para abarcar los delitos de las dos esferas referidas, en cuanto el daño podía ser inferido tanto al Estado como a los particulares. Sin embargo, pese a su amplitud, las palabras *noxia* y *noxia* se ha visto que se utilizaban cuando se hacía responsable no al culpable, sino a un tercero, pero no se conocía una condena penal a la entrega en *noxia*, sino que ésta representaba en el derecho público un expediente o recurso de que se echaba mano

para liberar a la comunidad de la punición divina a que se había hecho acreedora, y en el derecho privado, un subterfugio al que se acudía para librar al demandado de la condena que tenía que responder por un individuo que se hallaba sometido a su *potesta*. Pero esta responsabilidad por el hecho delictivo del dependiente no alcanza al *pater* bajo cuya potestad se encuentra al momento de su comisión, sino que a aquel que reviste tal carácter en el instante de ser ejercida la acción. En definitiva, el *pater* podía hacer cesar su responsabilidad pagando la pena o entregando al culpable. Era, por tanto, una obligación facultativa, puesto que ejercida por el ofendido la acción noxal directamente contra el *pater*, éste facultativamente puede pagar la indemnización o entregar al ofensor, de modo que la obligación determinada del *pater* es la de pagar la pena pecuniaria, pero el ordenamiento jurídico lo faculta para liberarse de esa obligación pagando con otra, cual es la entrega *in noxa*. No hay alternatividad, puesto que no hay varias cosas que se deben y que se convienen libremente entre obligante y obligado, para que este último se libere pagando con cualquiera de ellas.

En el procedimiento, el momento para intentar la acción noxal contra el *pater* es en la *litis contestatio*, sin embargo no sólo puede ejercerse contra quien era realmente el *pater* o dueño del ofensor, sino que también contra el que no siéndolo reconoce tener actualmente potestad sobre él, previo interrogatorio *in iure*, en que la pregunta se formula como doble: "si era suyo y si tenía la posibilidad de exhibirlo ante el magistrado". Si el demandado no acepta el juicio ni exhibe, porque alega que no tiene potestad para exhibir al hijo o esclavo, corresponde desmentirle mediante una acción *in factum sine noxae deditio*, acción pretoria que también se otorga contra el que dolosamente se desligó de su potestas, pero Juliano dice que debe aceptar el juicio, lo mismo respecto de aquel que en falso negare que el culpable está bajo su potestad. Por otro lado, cuando el demandado no sólo alega no ser *pater* ni dueño del hechor, sino que además impide que el actor se lo lleve, procede en su contra la *actio ad exhibendum*.

Puede también prometerse que será presentado en juicio aquel sobre el cual hay acción noxal, y tal como dice el pretor, "debe presentarlo en el mismo estado en que está entonces, hasta que sea aceptado el juicio". En cuanto a este mismo estado, Ulpiano opinó que se entiende por tal al que para litigar no hace peor el derecho del actor. Así, si un esclavo dejare de serlo del prometedo o si la acción se hubiere perdido, dice Labeón que no se entiende que se permaneció en el mismo estado, lo mismo ocurre si el que estaba en igual situación para litigar comenzó a estar peor, sea por mutación de lugar o de persona. Si alguno hubiere sido vendido a quien no puede ser demandado en el fuero del prometedo o si es demandado a otro más poderoso, Labeón afirma que ahora hay más motivo para que se repu-



te que no fue presentado en el mismo estado y si hubiere sido entregado en *nox*a a otro. Ofelio opina que tampoco se presenta en el mismo estado, porque con la entrega se extingue para los demás la *actio noxalis*; de hecho, cuando existen varios juicios noxales, la *noxae deditio* que se hace al primer reclamante, libera al demandado, resultando favorecido entonces este primer reclamante más diligente, respecto de aquellos posteriores, y también beneficia al demandado, puesto que con la entrega al primero se extingue su responsabilidad, no debiendo responderles a los restantes.

Paulo dice que si se promete que se presentará hecho libre bajo condición, se entiende que se presenta en el mismo estado cuando se presente libre, porque para él estuvo comprendido el caso de libertad.

En cuanto a la fórmula, en la *intentio* se adiciona una cláusula noxal, indicándose entre paréntesis que da al demandado la facultad de evitar la aceptación de responsabilidad delictual. Por cuanto la cláusula noxal forma parte de la *intentio*, el demandado puede liberarse *in iure* abandonando al culpable, quien recibirá el nombre de *noxae deditio*, sin que haya necesidad de una posterior absolución judicial, a diferencia de la cláusula arbitraria. De esta manera, citando como ejemplo el delito de hurto, la fórmula reza así: "si resulta que AA fue víctima del hurto de una escudilla de oro hecho por obra o consejo de NN y que por tal causa NN debe estarse a la determinación de la pena por hurto (o dar noxalmente al esclavo Stico), condena, juez, a NN a favor de AA, por tanto dinero como al doble de lo que la cosa valía cuando se cometió el hurto". Otros autores indican que la cláusula noxal debía ser agregada en la *condemnatio*, que se redacta como una posibilidad de pagar la pena, diciendo "o pagar la pena", o bien entregar al culpable en *nox*a, lo que se indica como "o entregar a Estico o a Lucio hijo en *nox*a". Si la *intentio* resulta, el juez condena dando la posibilidad al demandado de escoger con qué prestación liberarse, pero, siempre, en todo caso, debe probarse el delito y una vez acreditado y dictada condena, el demandado escoge la prestación a pagar.

La sentencia condenatoria no puede imponer exclusivamente la entrega en *nox*a y si así lo fuera, es nula. Cuando se trata de dar *in nox*a al hijo, es necesario efectuar una *mancipatio* del padre a la víctima, que según los proculyanos, muy apegados a la ley de las XII Tablas, debía ser triple, pero los sabinianos señalaban que bastaba una, dado que argumentaban que cuando la ley de las XII Tablas exigía tres, se refería sólo a las hechas voluntariamente. Con este proceder, el *filius* adquiría una situación similar a la esclavitud, denominada *causa mancipii*, entendiéndose que la potestad del *pater* originario sólo se suspendía, recobrando todo su vigor cuando por cualquiera causa el *filius* salía de la potestad de la persona a la que

había sido entregado, mientras que con la *deditio* del esclavo, se transfiere al ofendido el dominio de tal esclavo.

Si el esclavo estuviere ausente y su señor no niega que está bajo su poder, Vindio dice que debe estar compelido a prometer que será presentado en juicio o simplemente aceptar el juicio si no quisiese defenderlo o conservarlo, pero debe dar caución de que lo presentará tan pronto como pueda. Sobre un esclavo en usufructo no basta la *noxae deditio* de la nuda propiedad, pero el pretor puede incitar al usufructuario a contribuir a la *litis aestimatio* o a extinguir el usufructo. Si la acción se dirige contra el usufructuario, a falta de propietario, y aquel entrega al esclavo, el pretor da una excepción contra la acción del nudo propietario que posteriormente comparece. Ulpiano señaló que si se reclamase en juicio noxal contra el usufructuario y éste no hubiere defendido al esclavo, se le deniega por el pretor la petición del usufructo.

Si el esclavo está presente y su señor ausente y nadie defiende al dependiente, según Paulo, deberá ser entregado por mandato del pretor, pero con conocimiento de causa se daría al dueño la defensa, para que tal como lo afirman Pomponio y Vindio, no le perjudique su ausencia. Por consiguiente, también se le ha de restituir al actor su acción extinguida, porque el siervo que le ha sido entregado comenzó a estar en sus bienes.

Existiendo varios dueños del mismo esclavo, y se ejercita la acción noxal contra uno de ellos, Gayo ha de preguntarse si éste debía rendir caución, específicamente fianza, a lo que Sabino responde que no debe, porque en cierto modo defenderá al esclavo el que tuviese necesidad de defenderlo.

Puede suceder que habiéndose cometido un delito por un dependiente, éste pase luego a la potestad de otro, pero todas las acciones noxales siguen a la persona, tal como lo sostiene Paulo al afirmar que si se ha de entregar el culpable a otro, por estas entregas no queda libre el entregado en *noxam* ni su nuevo *pater*, pues la *noxam* sigue al individuo, por ello dice Gayo "pues si tu hijo o esclavo cometiere algún delito, mientras esté en tu potestad, contra ti es la acción, por lo tanto si queda bajo la potestad de otro, comienza entonces a existir acción noxal contra este nuevo *pater*".

Puede ser también que siendo dependiente se cometió un delito, pero más tarde se adquiere la libertad, adoptando la calidad de *sui iuris*; en este caso, se extingue la posibilidad del abandono noxal, naciendo acción directa contra el ahora independiente. A esto se refiere la regla de la *noxam caput sequitur*, por lo que la acción persigue a quien se ha hecho libre. Por el contrario, si un *pater familia* delinque y después se da en arrogación o se



hace esclavo de otro, respecto de su *pater* o dueño, respectivamente, cabe acción noxal, por lo que habiendo primero acción directa contra el *pater* que cometió delito, al perder éste su calidad de tal, deviene dicha acción en noxal.

Se produjo en Roma la discusión acerca de si la entrega del cadáver del ofensor a la víctima por su *pater* lo libera de responsabilidad. Nació este planteamiento a raíz del testimonio del siglo quinto después de Cristo por el Gayo de Autún, respecto de la liberación de responsabilidad por la entrega del animal muerto que había cometido daños en propiedad ajena, sin embargo se estimó que esto era incompatible con las Institutas, donde se dice que no se puede entregar al cadáver para extinguir la obligación. Distinta es la situación si entregado en *noxae* el dependiente, éste fallece en poder del ofendido, porque esta muerte subsiguiente a la *noxae deditio* no impide la liberación del demandado, extinguiéndose su responsabilidad.

Tratándose de delitos particulares, las Institutas de Gayo señalan que los delitos mencionados y castigados por el derecho civil son la injuria, el *furtum*, el daño y la rapiña, sin embargo, la ley de las XII Tablas contiene otros, como el encantamiento de cosechas o el sortilegio, siendo, en todo caso, los indicados aquellos que recibían un mayor tratamiento.

La injuria en un principio se entendió como todo hecho dañoso cometido en contra de las personas, siempre que produzca lesiones de las enumeradas taxativamente en la ley, pero con la dictación de la *lex Julia de vi publica et privata*, de fecha incierta, pero probablemente de fines del siglo tercero A.C o inicios del segundo, incluyó también las llamadas injurias morales, contemplándolas el derecho pretorio, ampliándose el concepto a todas aquellas conductas que irroguen daño al pudor, honor o interés del afectado. Así Gayo dice que se comete injuria no sólo cuando, por ejemplo, fuese alguien golpeado con el puño o con un palo o azotado, sino también cuando fuese ultrajado a voces, cuando alguien hiciere pregonar los bienes de otro como si fuera deudor a sabiendas de que nada le debe, cuando alguien escribiese contra otro libelo o verso para difamarle o corteja a una *mater familia* o a menor de 17 años. Asimismo, afirma Labeón que se comete injuria o por la cosa o por las palabras: por la cosa cuando se emplean las manos, por las palabras cuando no se emplean las manos y se afrenta a voces y toda injuria es inferida al cuerpo o se refiere a la dignidad o a la mala fama; se le hace al cuerpo cuando es golpeado y a la dignidad cuando a una matrona se le quita su acompañante y se atenta contra el pudor. Había, por tanto, *injuria verbis* y *re*, pero también se distinguía entre *iniuria levis* e *iniuria atrox*, atendiendo a su mayor o menor gravedad. Se dice que es grave bien en razón del hecho, por razón del

lugar, como si se cometiere en el teatro o en el foro o, en razón de la persona, como si sufriese injuria un magistrado o un senador por obra de persona de baja condición. Podía ser también directa, si se injuriaba a la persona inmediatamente ofendida, o indirecta cuando se le hacía a sus familiares.

Podían sufrir injuria tanto las personas mismas como sus hijos sometidos a *potestas*, incluyendo las mujeres supeditadas a la *manus*, por ello dice Gayo: "si hicieses injuria a mi hija, que es esposa de Ticio, no solamente en nombre de mi hija procederá contra ti la acción *injuriae*, sino en el mío y también en el de Ticio". Cuando se injuria a un esclavo, él no se entiende injuriado realmente, sino que se considera que se ha ofendido a su dueño, pero no de la misma forma como se afecta por injurias inferidas a sus hijos y mujeres, a menos que hubiere sido de tal magnitud que se demuestre haber querido ofender al dueño. Pero si la injuria es cometida por un dependiente, la noxalidad, en este delito, presenta características especiales, puesto que el pretor da una acción noxal especial, en que la posibilidad de la *noxae deditio* se sustituye por la presentación *in iure* del que delinquirió, entregándolo a él mismo para que sufra la pena de azotes que el magistrado estime conveniente; es la regla del *servum verbendarum exhibere*, de modo que el *pater* responde sin más opción que entregando al dependiente para que se le aplique el castigo. En vista de esto, Ulpiano señala que si alguno hubiere prometido presentar al esclavo en el mismo estado y fue presentado hecho libre y sobre él existiere controversia a título de acciones capitales o de injurias, no está bien presentado, porque respecto de las primeras se aplica el suplicio y en cuanto a las injurias la pena de azotes, pero en lo que atañe a las demás causas noxales, aún se entiende que ha llegado a mejor estado.

Respecto del hurto, comprendiéndose por tal el apoderamiento ilícito y clandestino de cosa ajena, entendiéndose que debe hacerse contra la voluntad del dueño, siguió la regla general, por lo que habiendo cometido *furtum* el dependiente, el *pater* quedaba obligado al pago de la pena, cuyo monto variaba dependiendo de la forma de comisión; sin embargo, si el delincuente era esclavo y se trataba de hurto manifiesto, siendo éste aquel delito cuya comisión era sorprendida *in fraganti* o antes de que el delincuente dejara la cosa en el lugar a que había decidido llevarla, el esclavo debía ser entregado para su apaleamiento, pero ello fue derogado posteriormente, remplazándose por una pena equivalente al cuádruplo de lo sustraído.

Por otra parte, el pretor estableció una excepción para el caso de que varios esclavos de un mismo dueño cometieran hurto, así la pena exigible era una sola, puesto que se consideraba que todos ellos formaban un suje-



to único por la unicidad del dueño, de este modo, el amo sólo debía cumplir con una obligación, siendo que la regla general era la acumulatividad, en el sentido de que si son varios los autores del delito, por cada hechor una pena, habiendo, entonces, tantas penas como delinquentes.

En cuanto al delito de daño, cual es el perjuicio patrimonial o menoscabo causado a una cosa ajena, sea con la mera intención de dañar o con negligencia, se seguía la regla general, en que siendo éste cometido por un *alieni iuris* o por un siervo, el *pater* debía responder frente al ofendido, responsabilidad que era amplia, puesto que con la dictación de la *lex Aquilia*, se debía tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero habiéndose dañado a un esclavo, aun cuando éste fuera directamente el afectado, el *pater* respondía a su amo, por entenderse que en definitiva el perjuicio lo experimentaba su patrimonio. La acción que se confería era la *actio legis aquiliae*, que Justiniano clasificó en mixta, reipersecutoria y penal, permitiendo específicamente el abandono noxal.

Respecto a la rapiña, consistente en el hecho de apropiarse de una cosa con fuerza en despoblado, con pandilla o con armas, proceden las reglas generales, así lo confirma Ulpiano al señalar que dice el pretor que si habiendo juntado hombres se hubiese hecho algún daño o se dijere que se habían arrebatado los bienes de alguien, daré acción contra aquel de quien se dijere que había hecho esto y cuando se dijere que lo había hecho un esclavo, daré acción noxal contra el dueño.

La responsabilidad del *pater* también se extendió a los delitos establecidos y castigados por el derecho pretorio, dentro de los que cabe destacar el *metus* y el *dolus*.

El *metus*, o delitos de fuerza o miedo, consistía en la amenaza para obtener el consentimiento para la ejecución de un acto jurídico. En una primera época fue muy difícil cometerlo, puesto que los actos estaban revestidos de solemnidades, tales como la presencia de testigos o del magistrado, pero al cambiar las costumbres se redujeron, lo que dio paso a la aplicación de la fuerza y del miedo como elemento destinado a obligar la celebración de ciertos contratos, y aunque la fuerza en Roma primitivamente no se consideró como antijurídica, porque se reconocía el derecho del más fuerte, más tarde se entendió que debía ser castigada en protección a los más débiles. Probado el delito de *metus*, la víctima ejercía la acción de *metus*, pudiendo exigir la restitución de lo entregado por miedo o por fuerza o el pago de la pena equivalente al cuádruplo del daño, y si la violencia o amenaza fueron obra de un dependiente, su *pater* quedaba obligado a tal restitución, aun cuando personalmente ningún beneficio ello le

hubiere reportado, o al pago de la pena, según lo decidido por el afectado, quien frente a este delito tenía un derecho alternativo, o bien, podía evitar la restitución o pago, haciendo abandono noxal del delincuente.

En lo que respecta al dolo, al igual que el *metus*, en un comienzo su comisión no era fácil, por la presencia de terceras personas en los actos jurídicos, pero al hacerse estos menos solemnes, se hizo necesario sancionar el dolo como delito y se entendió por tal aquella maquinación fraudulenta o engañosa destinada a arrancar la voluntad para la ejecución de un acto jurídico, dando a quien lo sufría una acción y una excepción, teniendo por fin la primera, cuyo nombre era *actio doli*, exigir la devolución de lo que se hubiese privado en virtud del engaño o indemnizar los perjuicios causados, y la segunda, *exceptio doli*, destinada a no cumplir las obligaciones emanadas del acto doloso. Cuando quien obraba con dolo era un dependiente, su *pater* quedaba obligado a lo que determinase la víctima, sea la restitución o la indemnización por el ejercicio de la acción, aun cuando lo que caracterizaba a la *actio doli*, entre otras cosas, era ser una acción personal, pues sólo podía ser ejercitada respecto del individuo que fue autor del engaño, autor que no había sido el *pater* o dueño, pero al igual que en el caso anterior, podía liberarse dando al dependiente *in noxa*, lo que confirma Ulpiano al señalar que por esta causa se ha de ejercitar la acción noxal.

Merece hacerse mención especial de los delitos religiosos, puesto que Roma se caracterizó por su religiosidad, la que fue variando con el tiempo y con el contacto con otras civilizaciones, incorporando nuevos dioses y rituales; así Cicerón afirmaba que "si nos comparamos con las demás naciones, resultamos igual o inferiores en diversos terrenos, excepto en el de la religión, en que con el culto a los dioses somos muy superiores".

La religión en Roma tenía un carácter práctico, de hecho los romanos consideraban a los dioses como genios caprichosos, dominadores de la naturaleza y de todos los acontecimientos humanos y autores de todos los males posibles, por ello el culto a las divinidades se concebía como una especie de *do ut des* (doy para que des), en que el pueblo se comprometía para con los dioses a honrarlos con el fin de aplacar su enojo y recibir su protección; por ello, cada plegaria o *carmina* tenía un objetivo específico destinado a una respectiva divinidad. Tenían los romanos no sólo un sentido práctico de la religión, sino también un sentimiento arraigado profundo, hasta el punto de que, como dice el autor Tachi, "no emprendieron nunca cosa alguna sin haber previamente consultado la voluntad divina". La religión romana era de tal importancia y magnitud, que no sólo existían instituciones encargadas de la regulación del culto, como el Colegio de los Pontífices, sino también se practicaba el culto familiar en torno al altar doméstico



o *focus patrius*, además de todas las ceremonias públicas y los numerosos templos distribuidos por todo el Imperio Romano; se llegó, incluso, a crear la *apoteosis* o divinización de los emperadores, en que influenciados por Grecia, se adquirió la costumbre de honrar a los grandes como dioses, siendo, en un principio, venerados sólo aquellos que ya habían fallecido, como Julio César, que tras su muerte fue contado entre los dioses, para luego imitar la tradición oriental y comenzar a deificar a emperadores vivos. La *apoteosis* no fue lo único asimilado por Roma con el contacto con otras culturas, sino que fueron muchos los dioses extranjeros que ingresaron a la religión romana, traídos principalmente de Egipto y Asia, fundamentalmente por los soldados romanos que guarnecían en las fronteras orientales, y los dioses persas, por los comerciantes y esclavos, todo lo cual convertía a la religión romana en compleja, pero a la vez muy atractiva.

Como en toda religión antigua, ésta estaba íntimamente ligada al concepto de Estado, de ahí entonces que las infracciones de naturaleza religiosa sólo eran sancionadas si al mismo tiempo atentaban contra la comunidad o contra el orden público, de modo que si se profería blasfemia o injuria a los dioses, si ello no afectaba al orden establecido, no había lugar para castigo, como dice Mommsen, "el derecho no admitía como delito las injurias a la divinidad de palabra o por escrito, corresponde que cuando una divinidad fuese ofendida, ella misma y no el Estado es quien debe imponer el castigo". En definitiva, al sancionar un atentado contra el orden religioso, el bien jurídico tutelado era el respeto al Estado romano, que se traducía en el cumplimiento de las obligaciones religiosas por parte de los ciudadanos.

Se carecía de un término que designara las faltas contra la fe. La denominación empleada para estos efectos por Tertuliano era "*crimen lasae religionis*", pero no tuvo un uso generalizado, reemplazada más tarde por la palabra sacrilegio, que tuvo un uso más común. Dentro de estos delitos religiosos se contemplan los daños a las cosas sagradas, siendo éstas las consagradas al culto divino por ley o senadoconsulto, el que se perpetra no sólo cuando se destruyen, sino que abarca también toda construcción o edificación en terreno sagrado no autorizada expresamente, como los sepulcros. También se castigan los daños a los templos, lo que dependía de cada uno, ya que tenían normas propias, al menos hasta que se estableció el sistema sacral general, y finalmente los daños en sepulcros, consistentes en su profanación.

El Digesto dispuso que si un esclavo habita un sepulcro o edificó en él, deja de tener lugar la acción noxal y el pretor promete contra él esta acción, más si no habitara, sino que allí tuviere una pequeña casa, se habría

de dar acción noxal, si es que pareciere que puede tenerla. Es decir, en esta materia se estableció un caso de excepción a la aplicación de la *actio noxalis*, puesto que si el esclavo hubiese construido cualquier edificación ajena al sepulcro o hubiera habitado en él, la acción noxal no se aplica, debiendo dirigirse por la *violatio* o violación, directamente contra su dueño, sin que éste pudiera eximirse de responsabilidad haciendo abandono *in noxa*, debiendo entonces pagar la pena, que era de 500 áureos. Pero se vuelve a la regla general de la acción noxal, pudiendo por tanto el dueño abandonar noxalmente al esclavo, si se probaba que éste posee una vivienda de no grandes dimensiones en el sepulcro, que además no fue construida por él ni la está habitando actualmente.

Se distinguieron en Roma categorías especiales de contratos y delitos, pero sin la intención de incluirlas en ninguna clasificación. Dice Samper que en una primera época consideraron los postclásicos que además de los contratos y delitos había un tercer grupo de fuentes cuya denominación era "figuras de causales varias", agrupándose en ellas todas aquellas fuentes en las que falla el acuerdo constitutivo o que no responden a las clásicas figuras delictuales. Así, hay unas que se aproximan a los contratos, llamados cuasicontratos, y otras que se acercan a un delito, que son los cuasidelitos y que Kaser los definió como violaciones jurídicas simplemente culposas, comprendiendo tanto los actos sin intención, como los hechos cuya intencionalidad era discutible, contemplando también el caso de responsabilidad objetiva, en que se prescinde de atender a la culpa.

Dentro de los cuasidelitos figura el de *effusum et deiectum*, en que se castigaba a aquel habitante de cuyo edificio caían a la calle líquidos o sólidos que causaban destrozos a la propiedad ajena, herían o mataban a alguna persona o a algún animal. El pretor urbano dio la acción privada al *duplum* del daño originado, una acción popular por 50.000 sestercios en caso de muerte de un hombre libre y otra por lesiones sufridas, cuyo monto era determinado por el juez. Esta acción se daba contra el habitator, sea éste dueño de la vivienda o sólo arrendatario, pero si el habitator era un esclavo o un hijo, procedía la *actio noxalis* contra el *pater* o dueño, aun cuando el *pater* o amo no viviera con el dependiente y la falta de cuidado sólo fuera imputable al culpable.

También se contempló el cuasidelito de *positum et suspensum*, en que se daba la *actio de positis et suspensis* contra el habitante de un edificio que hubiere puesto o colgado en sus tejados o balcones objetos que amenazan caer a la calle e hiciese temer la provocación de un daño, obligándolo a pagar una multa, sin que sea necesario que el daño efectivamente se causara. Pero si quien había colocado objetos cuya caída se temía era un de-



pendiente, la multa se aplicaba al *pater*, aun cuando no hubiere tenido conocimiento de su actuar.

La institución de la *nox*a no se mantuvo intacta, conservando las mismas características que tenía en sus orígenes, sino que experimentó cambios con el transcurso del tiempo, por lo que se modificó también la forma de responder por parte del amo o *pater*, pero fue una religión la que pondría a la *nox*a en tela de juicio, principalmente en lo que dice relación con los hijos; ésta fue el cristianismo. El cristianismo surgió como una luz para todos los desesperanzados que no encontraban una salida espiritual en el politeísmo, puesto que toda la religión romana y la filosofía antigua carecían de una virtud propia del cristianismo: la caridad. Esta religión, que hizo su aparición a inicios del siglo I, fundada en las enseñanzas de Jesús de Nazaret, estaba revestida de una sólida base moral y propugnaba principios, calificados de interesantes y revolucionarios, como la igualdad de todos los hombres, estando sometidos a un padre común, cuya perfección y grandeza era una cuestión sólo de fe y creencia. Vino a dar al mundo antiguo el contexto ético que le faltaba al reconciliar a los hombres con Dios, indicándolos como hermanos, unidos por el afecto y nacidos de un mismo padre. Con estas nociones se empezó a transformar la naturaleza de las instituciones existentes hasta ese entonces, dotándolas de nuevos fines y concibiéndolas desde perspectivas no experimentadas anteriormente.

Ya había surgido una corriente de tipo filosófico, el estoicismo, que cuestionó muchas costumbres ancestrales. El estoicismo se mostraba como una doctrina consoladora y persistente en terminar con las supersticiones sobre las que descansaban la política y la religión romana. Junto con la retórica, arte de hablar bello para cautivar al público, inició a la juventud en atrevidas novedades. De hecho, Cicerón declaró que no es en la ley de las XII Tablas donde debe buscarse la fuente y la regla del derecho, sino en las profundidades de la razón y que la ley es la equidad, pero este movimiento intelectual no tuvo la influencia que tuvo el cristianismo. Sin embargo, su acogida en el Imperio Romano fue paulatina, así, en breves palabras, la primera reacción ante los cristianos fue de antipatía y odio, puesto que muchos de sus predicamentos no eran comprendidos, sino por el contrario eran considerados ataques directos y firmes contra la sociedad y el Estado romanos. Fueron acusados de ateísmo por despreciar a los dioses paganos, por no tolerar el culto al emperador, ser considerado por los cristianos, muchas veces, lleno de defectos e imperfecciones. Debido a sus ceremonias misteriosas y extrañas, fueron convertidos en los culpables de todos los males y crímenes, negándose abiertamente a cumplir las obligaciones que imponía la ley en materia religiosa, incluso Polibio dijo que los cristianos estaban convencidos de odio contra el género humano, de ir contra el resto de los hombres.

Aun cuando algunos autores sostienen que en los dos primeros siglos sólo hubo persecuciones esporádicas, fue una religión rechazada e incomprendida. Ya a mediados del siglo tercero se producen persecuciones generalizadas con los emperadores Decio y Valeriano, siendo la más cruenta la ordenada por Diocleciano. No importaba quién se adhiriera a esta nueva doctrina por darle un mayor sentido espiritual a sus vidas; condición social ni política eran excusas para no experimentar castigo; por ejemplo, en el año 95 el cónsul Flavio Clemente fue condenado a muerte por probársele el hecho de ser cristiano. Sin embargo, no hubo ni fuerzas ni dolores que mermaran esta religión, sino que, al parecer, invocando la frase de que aquello que no nos mata nos hace más fuertes, el cristianismo se robusteció, ordenándose más tarde su tolerancia con el Edicto de Milán, reafirmando con la conversión de Constantino, hasta que Teodosio lo declaró religión oficial del Imperio, prohibiendo los cultos paganos y transformando los templos en iglesias cristianas. Finalmente, en el año 392 se declaró que constituye delito de lesa majestad el ejercicio de cualquier culto pagano, castigando a los autores con la pérdida de su ciudadanía. Se empieza a perseguir ahora a los no cristianos, quienes deben soportar los atropellos y amenazas que por años habían sufrido los cristianos.

Se impuso de esta forma el cristianismo y llegaba con él, para los desposeídos y marginales, la esperanza. Hasta antes del cristianismo, el derecho civil y las instituciones que consagra estaban dotados de una rudeza única. La esclavitud era un conjunto de abusos y matanzas legalizadas y la patria potestad un arma de ataque contra cualquier desobediencia. La actitud del amo era fielmente representada por las palabras de Catón: "los esclavos son nuestros enemigos", de hecho, los amos romanos sometían a los esclavos a horribles tratos, obligándolos a mantenerse en pie, en ayunas, sin hacer el menor ruido, debiendo estar siempre silenciosos e impasibles. Sus cuerpos no eran más que instrumentos y sus vidas carecían de valor. Se sabe, por ejemplo, que el senador Flaminius hizo dar muerte a uno de sus esclavos, sin más motivo que el de procurar ofrecer un espectáculo a uno de sus amigos que no había visto jamás matar a un hombre.

La situación de los hijos tampoco era muy favorable, hallándose sometidos al *pater*, quedaban regidos por éste sin muchas posibilidades de opción, y el poder de vida y muerte que la potestad le confería, le hacía posible castigar con dureza todo tipo de molestias; así, más de una vez, la espada de un enfadado *pater* se introdujo en el cuerpo de un hijo que no obedeció sus designios, tal como lo hizo Casio en contra de su hijo que había abrazado el partido de las leyes agrarias, castigo que también aplicó el senador Fulvio a su primogénito por haberse inclinado del lado de Catilina y de la causa popular.



De ahí, entonces, que los hijos y esclavos se unieron al cristianismo; numerosos fueron los esfuerzos de esclavos cristianos por adoctrinar a los hijos y esposas de sus amos, para adherirlos a la causa cristiana. En todo caso, el cristianismo no se pronunció en orden a abolir la esclavitud, pero sí promovió el que el esclavo fuera tratado como un igual y en virtud de ello se dictaron distintas leyes con el fin de mejorar su condición, como la *lex Petronia*, que prohibió lanzar a los esclavos a las fieras, y otras que impusieron penas de años de penitencia para el caso de que se envenenara, apaleara, clavara o quemara a un siervo. Se empiezan a castigar conductas anteriormente toleradas respecto de los hijos; así, cuenta Marciano que habiendo un padre matado a un hijo por cometer adulterio con la madrastra, fue deportado a una isla. Es que con el cristianismo se comenzó a concebir, tal como él mismo lo propugnaba, que la patria potestad está establecida para la protección de los hijos y por lo tanto la relación *pater-filius*, antes que todo, era un derecho del *filius* a ser resguardado por el *pater*; como dijo también Marciano, "la patria potestad debe consistir en piedad, no en atrocidad". De esta forma, comportamientos que antes no sólo eran aprobados, sino que muchas veces alabados, se tornaron inaceptables; fue así como un caballero romano que hizo morir a su hijo fue perseguido en el foro a golpes de punzón por el pueblo indignado; sin duda mucho había cambiado.

La influencia del cristianismo en la *nox* tuvo mayores repercusiones tratándose del abandono noxal del hijo, pues si bien el derecho de vida y muerte sobre los esclavos se transfiere a los magistrados y la corrección debe determinarse según las reglas más humanas, el régimen de la noxalidad se mantuvo firme en lo que concierne al *servus*.

El abandono *in noxa* de los hijos en la época arcaica estaba limitado por los *mores* y las *leges regiae*. También operaba como factor moderador el *consilium domesticum* o consejo de familia, que asesoraba al *pater* en el ejercicio discrecional de sus facultades paternas; además, siempre se vio limitada por el afecto natural que muchas veces el *pater* sentía sobre sus dependientes. Pero con el derecho cristiano, abiertamente se excluyen de la *nox* los hijos e hijas, alegando que era inhumano, de modo que en la época postclásica ya no se aplica, aunque ya en el período clásico hay atisbos de reducirse sólo a los esclavos, para ser abolida la *noxae deditio* del hijo por Justiniano al estimársela de un contenido odioso. Desaparece, además, en el derecho justiniano la facultad de vida y muerte del *pater* sobre sus *filius familia*.

Lo que ayudó también a este decaimiento y posterior desaparición fue el fortalecimiento de la capacidad patrimonial de los hijos con el reconoci-

miento de los peculios y a partir de este momento es dable actuar directamente contra los hijos por los delitos que hayan cometido.

En otras organizaciones de rasgos primitivos se presentan distintos sistemas de responsabilidad del que desempeña el rol equivalente al de *pater* en Roma por los delitos perpetrados por sus dependientes; cabe hacer mención, entonces, a otras civilizaciones, también de índole grupal, a título de cotejo.

En las costumbres africanas los individuos actúan dentro de un grupo cuya cabeza está representada por un jefe que resuelve las disputas que se suscitan tanto al interior de dicha organización como las que se produzcan con otros grupos. Se habla precisamente de un clan que se presenta a la sociedad como un todo unitario. Este clan tiene como base económica un conjunto de tierras que pertenecen al grupo, perpetuándose de generación en generación, sin que se pierda el dominio de ellas por el hecho de ser abandonadas. El sentido de propiedad es absoluto, radicado en la agrupación toda, incluyendo a los miembros que ya han muerto, a los vivos e incluso a los que aún no han nacido.

Los conflictos interindividuales son dirimidos por el jefe de acuerdo a la costumbre local, recibiendo el culpable el castigo determinado por la propia organización y aplicado por el jefe, pero por los delitos cometidos a integrantes de otros grupos responde todo el clan, como organización unitaria; para ello el dominio común de la tierra acarrea la responsabilidad del clan, el que se ve obligado a pagar una indemnización al afectado por el daño causado, cuyo monto es conversado por el jefe con su homólogo del grupo al que pertenece la víctima. Entonces, el jefe, a diferencia del *pater*, no debe soportar él solo el pago de la pena, sino que todo su clan, y juega un papel de relacionador con el otro grupo. No hay lugar a la venganza privada, puesto que la mayoría de los delitos traen aparejada como sanción el pago de una indemnización, incluso los delitos contra la persona, en que debe pagarse el llamado precio de la sangre; sin embargo, tratándose de esto último, si el clan no desea pagar ese precio, puede aplicar al culpable la pena de destierro y así puede ser matado por los familiares de su víctima, ya que se entiende que deja de pertenecer al grupo y por lo tanto ya no es obligación del clan el defenderlo, pero no se trata de un abandono del culpable a la víctima, para que ésta resarza el daño de la manera que estime conveniente, sino que simplemente es una expulsión sin entregárselo a alguien en particular. Además, cabe recordar que este proceder está reservado para los delitos más reprochables y que no tuvieren contemplada pena de muerte.



Al ser estos derechos primitivos de índole mágico-religiosa, se consagraban como alternativa los juramentos, adivinación y los juicios de Dios u ordalías. Si se recurre al juramento, el imputado debe, precisamente, jurar sobre un objeto ritual que no ha cometido delito, y si ha mentido, se abatirán desgracias sobre él y su familia; nuevamente es toda la familia la que debe sufrir los castigos. El poder del *pater* de vida y muerte no se muestra con la misma claridad en el jefe de las organizaciones africanas, puesto que por tabú sagrado estaba prohibido matar a un miembro del clan, por lo que si el delito cometido por el integrante era merecedor de pena capital, no pudiendo operar por tanto la reparación pecuniaria, se confiaba la muerte a individuos de tribus extranjeras o de los *ovambo*, que eran grupos intocables, a los que no se les podía causar daño alguno. Ahora, si el jefe así lo prefería, el mismo clan le daba muerte, pero para no vulnerar la prohibición aludida, primero era necesario preparar una batalla ficticia en que el reo es muerto accidentalmente o por equivocación; es lo denominado *wachaga*.

Otro tipo de organización grupal se presentó en la sociedad preislámica primitiva, en que el juez islámico se limitaba a aplicar la pena del talión, o si la parte ofendida lo aceptaba, condenaba al pago de la pena, y si ésta era la elección de ella, tenía lugar el rito malequí que preveía y ordenaba la responsabilidad de todo el grupo, llamado *aquila*. Una vez más, no obstante la existencia de un superior al que se le debía obediencia, frente a hechos delictivos respondía la organización toda.

Hay culturas en las que este principio de responsabilidad colectiva es sólo un caso especial, siendo la regla general la responsabilidad individual, obligando al culpable, independientemente de su situación personal y sin importar la integración a un grupo. Ejemplo de ello es la civilización hitita, en que cometiendo el delito de no acatar la orden del rey, se cree que la culpa se vincula a la familia entera del culpable, de esta forma lo confirma y establece el artículo 173 del denominado código hitita, en que el castigo a aplicar implica la casa del que delinquiró, esto es, todas sus pertenencias y su familia. En todo el resto del código, la pauta es la responsabilidad individual, pero respecto de los esclavos se mantiene la responsabilidad colectiva, así, un pasaje señala que "si muere, no muere solo, sino que su familia va con él".

En Japón, hasta la época Tokugawa, las costumbres y el derecho eran muy similares a los de China, estructurándose la sociedad en base al concepto de familia patriarcal y concibiéndose al derecho como subordinado a la moral. Se reconocía, a su vez, una división jerárquica en que las leyes eran dictadas por los shogún o señores militares, leyes con validez en todo el imperio y que delegaban amplios poderes y facultades de corrección a los

frailes respecto de los integrantes de su monasterio, a los jefes de profesión respecto de sus miembros y a los padres respecto de sus dependientes; sin embargo, en virtud de esta delegación de los shogún a los padres, se les imponía a estos la obligación de responder por los delitos de los integrantes de la familia, pero se les permitía castigar sólo a las hijas y dependientes mujeres, mas no a los hombres. Además, si la familia era campesina, el padre podía desentenderse de la comisión de delitos de sus dependientes, puesto que se toleraba el uso típicamente japonés de que se hiciera justicia con sus propias manos.

La civilización tibetana, por su parte, contemplaba un sistema sancionatorio que se caracterizaba por su crueldad y dureza. La pena más severa era la de muerte, pero acompañada por el terror para evitar que el alma del culpable emigrara de su cuerpo al de otro, e incluso, directamente el Dalai Lama podía ordenar la no transmigración del alma, que era aun peor, pues todo el mundo huía de él y su imagen causaba verdadero horror y pánico, puesto que tal castigo era más cruel que la más dura muerte, ya que ese sujeto se encontraba maldito por los dioses. En el antiguo Tibet las sanciones eran numerosas y disímiles, pero todas de una notable crueldad, e incluso la prisión iba acompañada de castigos corporales y torturas y después de éstas y de la aplicación de otras penas el culpable era libre para ir donde quisiera y tanto si vivía como si moría, el Estado no se preocupaba por su suerte. Sea cual fuere el delito, sólo el Estado tibetano imponía las penas, de modo que era indiferente si el hecho era perpetrado por un dependiente como si no, puesto que el padre bajo cuya obediencia se encontraba el delincuente no tenía facultades sancionatorias de ningún tipo, pero ello no era causal de exclusión de responsabilidad, todo lo contrario, debía responder por los delitos cometidos por quienes se encontraban en su esfera paternal, pero la manera de hacerlo según el *Solché Chutruk* o Código de las 16 ordenanzas, era sufriendo las mismas penas que se aplicaban al culpable, pues este cuerpo normativo y la cultura tibetana entendía que el padre tiene la obligación de cuidar que ningún miembro de su familia fuese un malhechor.

En definitiva, en todas estas organizaciones señaladas a modo ejemplar, se hace responsables a los que desempeñan el papel de superior de su agrupación por los hechos de sus integrantes, pero entendido de modo diferente, puesto que en el sistema del Tibet el padre es responsable por no haber cumplido satisfactoriamente la misión educativa que se le ha confiado, debiendo sufrir la misma pena, mientras que en los otros ejemplos citados, toda la familia se ve en la necesidad de responder, pero ninguno de éstos establece la posibilidad de extinción de responsabilidad por la entrega del culpable, de hecho, en el único caso en que se contempla una



desvinculación para con el grupo es en las costumbres africanas, cuando el clan decide desterrar al sujeto, pero ello, en situación alguna, implica un abandono noxal, menos aun se posibilita dar muerte a un integrante. Estas diferencias se deben básicamente a la naturaleza del poder que el *pater* ejerce sobre los dependientes, puesto que es fuerte y prácticamente absoluto, poder que no se presenta con tales dimensiones en otras culturas, de hecho, Gayo sostiene en sus *Institutas* que ningún pueblo tenía sobre sus hijos igual potestad que los romanos. Según este jurista, el único pueblo que tenía una patria potestad semejante a la de Roma eran los gálatas.

Recibieron el nombre de gálatas, bautizados así por los griegos, los celtas que partieron al Oriente y se establecieron en la zona de los Dardanelos hacia Asia Menor, fundando el Reino de Galacia. Este pueblo fue cristianizado por el discípulo Pablo, de hecho, el fundamento de la afirmación de Gayo es posible encontrarlo en el Nuevo Testamento, en las cartas de Pablo a los Gálatas, capítulo 4, versículo 1, sobre la filiación, al decir "pues yo digo: mientras el heredero es niño, de nada difiere del esclavo", por ello de que Pablo habla de que al enviar Dios a su hijo para redimir a los que están bajo la ley, ya no se es más esclavo, sino que hijo.

Actualmente, al igual que en Roma, los padres tienen responsabilidad por los hechos de sus hijos, así el artículo 2321 del Código Civil dispone que los padres serán responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir y es que si bien el artículo 233 otorga a los padres la facultad de corregir y castigar moderadamente a los hijos, el precepto legal 222 impone que toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, por ello que no se entiende simplemente como un deber de vigilancia, sino como un poder correccional y disciplinario que los padres deben emplear en la educación de los hijos, aun cuando se le concibe con carácter discrecional. Este precepto es aplicable a los hijos menores de 18 años, pero, en todo caso, la responsabilidad subsiste si al tiempo de cometerse el delito o cuasidelito los hijos no viven junto a sus padres por habérseles privado de su tuición o cuidado.

Se hace responsable a los padres por la pública deficiente educación para con sus hijos, por el conocido descuido para con ellos o clara dejación al permitirles adquirir aquellos hábitos viciosos. De allí entonces que el autor Pablo Rodríguez Grez sostiene que en realidad se trata de una sanción civil que se aplica al padre por haber incumplido su obligación de educar al menor. La doctrina sostiene que este artículo 2321 contiene una presunción de derecho.

Por otra parte, el artículo 2320 del mismo Código dispone que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa. Esto es lo que se conoce como presunción de culpabilidad por daños causados por personas sobre las cuales se ejerce un cuidado, lo que queda comprendido dentro de la presunción del hecho ajeno, en que se destaca la presencia de un tercero civilmente responsable, pero jurídicamente se está estableciendo una responsabilidad por el hecho propio, porque en definitiva se es responsable debido a la falta de cuidado o custodia. En todo caso, es posible exonerarse de responsabilidad acreditando que se ha empleado la debida autoridad y cuidado y que aun así, no pudo evitar la realización del hecho dañoso.

El filósofo suizo Amiel señaló que la experiencia de los hombres se desvanece con ellos, en cambio, las instituciones acumulan la experiencia colectiva, adecuándose a los nuevos cambios, por ello son sabias y se mantienen en el tiempo. La responsabilidad de ciertas personas por los hechos de sus dependientes es un claro ejemplo, estimado hoy también un principio inspirador de toda nuestra legislación. En las distintas civilizaciones, a lo largo de la historia, esta institución se ha reconocido como necesaria, conservando todo su vigor. Tal vez las características con las que se presente y la intensidad de sus procedimientos sean diferentes, dependiendo de la época y del lugar, pero el espíritu permanece intacto y siempre les ha parecido lógico a los pueblos hacer responsables a quienes detentan mayor poder por los delitos de aquellos que están bajo su control. Parece ser esto más notorio y justificable respecto de hacer responsables a los padres por los delitos de sus hijos, puesto que estos no sólo están en una posición inferior, sino también de inmadurez, y se dice "escucha hablar y ve actuar a un hombre y verás en él toda su cultura, historia y enseñanza; escucha hablar y actuar a un hombre y verás su alma", y se ha entendido siempre que los primeros llamados a educar a los hijos son sus padres, siendo los organismos intermedios subsidiarios o un complemento de aquella labor, de ahí, entonces, que Victor Hugo dijera que "no hay malas hierbas ni malos hombres, no hay sino malos cultivadores"; sea éste otro fundamento, aunque literario, que dé vida a esta institución. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que a cada uno de nosotros, como seres pensantes, nos corresponde asumir.





# Los derechos del paciente frente a la responsabilidad

**Felipe Amenábar Atria**

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

## I. Introducción

Nuestra facultad abordó el tema de la Responsabilidad Médica, organizando un seminario relativo a la materia, que se llevó a cabo en julio del año 2000, con la participación de destacadas personas del área salud, y de profesores de nuestra Universidad. Los trabajos y conferencias fueron publicados en la revista *Actualidad Jurídica*, número 3, de enero de 2001.

En esas exposiciones, y posteriormente con la lectura de las ponencias, que subsumen en un grado bastante avanzado los problemas de la responsabilidad médica (tal vez el único tema que no fue directamente abordado fue el tema del seguro por responsabilidad médica), nos hemos percatado que la problemática de este tipo de responsabilidad radica en un hecho fundamental: la relación médico-paciente.

De la manera como pretendamos conceptualizar, definir y calificar esta relación, desde diversos puntos de vista, es como más perfectamente podremos comprenderla, normarla y aplicarla.

Por otra parte, el Ejecutivo, por medio del boletín número 2727-11, de fecha 8 de junio de 2000, ha enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley para establecer *Los Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud*, el cual actualmente aún se encuentra en trámite, no obstante señalarse en su mensaje que *el presente proyecto constituye la primera etapa de la Reforma a la Salud. En efecto, queremos dejar en claro que el eje de dicha reforma lo constituye la persona. Nada sacamos con modificar o reestructurar el financiamiento, la administración de los establecimientos o regular lo relativo a la autoridad sanitaria, si no establecemos previamente los derechos y deberes fundamentales que todos tenemos y podemos exigir en salud*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

En este proyecto se establecen una serie de derechos específicos de las personas cuando solicitan atención o ingresan con carácter de pacientes a las instituciones públicas o privadas de salud.

El establecimiento definitivo de los derechos que se pretenden incidirá directamente en la relación médico-paciente, afectando en particular la faz de responsabilidad de la misma, como pasaremos a señalar.

## **II. Consideraciones acerca de la relación médico-paciente**

### **1. Consideraciones de índole médica**

El doctor Gonzalo Grebe Barros, Decano de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su intervención en el Seminario de Responsabilidad Médica, aludido, expresaba que la actividad médica se funda en una relación interpersonal médico-paciente de naturaleza particular. Señala: *"ella es "un encuentro entre una confianza y una conciencia". La "confianza" de un hombre marcado por el sufrimiento y la enfermedad, y por tanto la necesidad, el cual confía a la "conciencia" de otro hombre que puede hacerse cargo de su necesidad y que lo va a encontrar para asistirlo, cuidarlo y sanarlo".*<sup>2</sup>

Por su parte, el doctor Enrique Accorsi Opazo, Presidente del Colegio Médico de Chile, conceptualiza la relación médico-paciente como *"el conjunto de interacciones que entran en juego cuando un paciente recurre a un médico en búsqueda de tratamiento, consejo o alivio a sus dolencias... Reposa en conocimientos y competencias reconocidos, responsabilidades, servicios y esperanzas, derechos y necesidades humanas fundamentales".*<sup>3</sup> Por ello, afirma, es que la relación médico-paciente es normada por códigos deontológicos.

Continúa señalando el autor, que hoy por hoy, la relación médico-paciente ha evolucionado desde una relación exclusivamente científica de la enfermedad, en donde el médico es el depositario del saber, de la competencia y de la objetividad científica suficiente para corregir lo que no funciona en el cuerpo de un individuo, a otra donde se concibe que la medicina

<sup>2</sup> Dr. Gonzalo Grebe Barros, Decano de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su conferencias "Responsabilidad Médica", en seminario del mismo nombre organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, Año II, número 3, enero 2001, pág. 157.

<sup>3</sup> Dr. Enrique Accorsi Opazo, Presidente del Colegio Médico de Chile, en su ponencia "Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica", en seminario "La Responsabilidad Médica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, Año II, número 3, enero 2001, pág. 161.

pertenece ante todo al dominio de lo racional. *“En esta perspectiva, el acto médico y el juicio clínico deben respetar el todo de la persona, incluyendo lógicamente lo vivido por el sujeto enfermo”*.<sup>4</sup> Luego, citando a Edmundo Pellegrino y David Thomas, en su libro *Bases Filosóficas de la Práctica Médica*, plantea que los deberes de un médico reposan antes que nada en el hecho que *“un ser humano tiene intrínsecamente necesidad de ayuda para recobrar la salud”*. *“La relación médico-paciente es, por ende, una relación humana que se nutre de un fundamento antropológico profundo, y para que sea auténtica requiere de ciertas características fundamentales que se constituyen en cualidades esenciales que deben definir los comportamientos de profesionales y pacientes, de unos a otros, recíprocamente”*.<sup>5</sup>

## 2. Aspectos jurídicos de la relación médico-paciente

### A. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente

Se afirma tradicionalmente, en términos generalmente aceptados, que la relación que une al médico y al paciente, y más allá del carácter “fáctico”, que como hemos visto le pretenden dar los profesionales médicos, es de índole contractual<sup>6</sup>, por cuanto se prestan servicios profesionales, y ello sin perjuicio del pago dinerario que pueda mediar por ellos.

En efecto, se sostiene por la doctrina nacional:

a) Don Enrique Paillas cita una sentencia de la Corte de Casación Francesa, de fecha 20 de mayo de 1936, en el sentido que: *“Pero considerando que se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que comporta para el médico la obligación, si no evidentemente de curar al enfermo, lo que, por otra parte, no se ha alegado jamás, de prestarle al menos cuidados, y no cualesquiera, sino concienzudos, atentos y, hecha la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados logrados por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esta obligación contrac-*

<sup>4</sup> Dr. Enrique Accorsi Opazo, ob. cit., pág. 163.

<sup>5</sup> Dr. Enrique Accorsi Opazo, ob. cit., pág. 163.

<sup>6</sup> En sentido contrario, el profesor Enrique Barros Bourie. “Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual”, texto preparado por don Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vicari, V., como memoria de prueba para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2001, pág. 233. Sostiene que en materia de responsabilidad médica para determinar la acción que se interpondrá como consecuencia de un daño deberá precisarse si existe un acuerdo contractual con el médico o clínica respectiva, debiendo así ser una responsabilidad de tipo contractual. De no ser así, se aplicarán las normas sobre responsabilidad extracontractual, y eventualmente podrá concurrir la responsabilidad por el hecho ajeno si el médico trabaja para la clínica o el daño es causado por miembros de su equipo. En consecuencia, este autor no define la relación médico-paciente *a priori* contractual, por el hecho de prestarse servicios médicos al paciente, cree necesario la comprobación de la existencia de un contrato entre ellos, de manera tal que si no existe, vuelve a la regla general, que la considera la responsabilidad extracontractual.

tual, está sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual".<sup>7</sup>

Agrega el autor que *"se trata de un contrato sinalagmático" que pone a cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a éste a remunerar al profesional, y, en todo caso, de no ir en contra de las prescripciones del médico sin advertírselo. Es un contrato intuito persona... civil y nunca comercial... sus cláusulas van subentendidas... La más de las veces este contrato es simplemente verbal*".<sup>8</sup>

b) Don Arturo Alessandri señala: *"La responsabilidad de un médico, cirujano, dentista o matrona, por los daños que cause al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o imprudencia en su cuidado, como si omite indicarle las precauciones esenciales que su estado exige o los riesgos o consecuencias que puede acarrear la operación o el tratamiento que le aconsejó... es contractual"*.<sup>9</sup>

c) El Profesor Lorenzo de la Maza en su trabajo "El Contrato de Atención Médica", publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 1, año 1989, opina en el mismo sentido, agregando que *"hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha relación inicial es una estipulación por otro (art. 1449) o el otorgamiento de un mandato (arts. 2116 y 2123) o un cuasi contrato de agencia oficiosa (arts. 2284 y 2286), lo que en su opinión no excluye que, en todo caso, la responsabilidad civil será contractual"*.<sup>10</sup>

## B. La naturaleza jurídica del contrato celebrado entre médico-paciente.

El profesor Ambrosio Rodríguez Q., en su intervención en el seminario "Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño", de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, y posteriormente, en su conferencia a propósito del seminario sobre "La Responsabilidad Médica" de esta casa de estudios superiores, ha señalado que el artículo fundamental del Código Civil que se refiere a la materia que nos ocupa es el 2118: *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*.

<sup>7</sup> Enrique Paillás, *Responsabilidad Médica*. Editorial Jurídica Conosur, 1995, pág. 27

<sup>8</sup> Enrique Paillás, ob. cit., pág. 28.

<sup>9</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Editorial Jurídica Conosur, año 1983, tomo I, pág. 75, N° 42.

<sup>10</sup> Lorenzo de la Maza R., "El Contrato de Atención Médica". *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 16, N° 1, año 1989.



Sostiene el profesor Rodríguez Q. que el Código Civil en el artículo 2118 no entra a calificar la naturaleza jurídica de los contratos que tienen por objeto estos servicios, sino que se limita a señalar que *"se sujetan"* a las reglas del contrato de mandato. Luego continúa señalando que según el artículo 2012 del mismo texto legal, esos mismos servicios se sujetan, también, a las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tienen de contrario a las reglas del mandato.

Así concluye, de las normas referidas, que *"los servicios a que nos estamos refiriendo no pueden calificarse de contrato de mandato"*, y que *"en principio, los servicios a que se refiere el artículo 2118 dan origen al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y pueden darlo a su vez al contrato de trabajo en dos casos: a) Cuando para el desempeño de estas funciones no se requiere de un título profesional; b) Cuando, requiriéndolo, el profesional presta sus servicios a un solo empleador bajo vínculo de subordinación o dependencia"*.<sup>11</sup>

De esta manera los servicios profesionales que debe brindar un médico a su paciente se rigen primeramente por las normas dadas para el contrato de mandato, luego, en forma subsidiaria, y en lo que no fueren contrario a ellas, por el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Ambrosio Rodríguez Q., conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez, 15 de junio de 2000, Seminario "Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño"; y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 27 de julio de 2000, Seminario: "La Responsabilidad Médica". Publicado en la revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, año II, número 3, pág. 186.

<sup>12</sup> Sostiene el Profesor A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 186, que *"La prestación de los servicios por las personas a que se refiere el artículo 2118 se rige en primer término por las reglas del mandato, porque así lo dispone esta norma, y subsidiariamente, en lo que no fueren contrarias a esas reglas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Los preceptos que rigen a este último contrato, y que por tanto se aplican al que nos ocupa, se refieren, según el artículo 2006, a las siguientes materias:*

1. A la determinación del precio u honorario; en esta materia prima el artículo 2117, en consecuencia, estos servicios serán siempre remunerados y la remuneración se determina primeramente por la voluntad de las partes, a falta de estipulación por la ley, si no hay disposiciones legales por la costumbre, y en último término por el juez, ya que el artículo 2117 entrega al tribunal esta facultad discrecional.
2. El derecho de reclamar perjuicios se rige por las reglas generales de los contratos (artículo 1999); salvo los que se dirá más adelante sobre el peso de la prueba.
3. Aplicando preferentemente las reglas del mandato, puede concluirse también que el médico puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio que deba continuar cumpliendo sus obligaciones por un tiempo razonable para evitar perjuicios al cliente.
4. El cliente puede revocar el contrato a su arbitrio.
5. Ambas situaciones descritas, renuncia y revocación, están sujetas a las reglas generales de los contratos en lo que se refiere a las reclamaciones de perjuicios.
6. En caso que se alegue por el cliente que los servicios no se han ejecutado debidamente, rige el artículo 2158, cuyo inciso final dispone que no puede el mandante excusarse de cumplir con sus obligaciones alegando que el asunto encomendado no ha tenido buen éxito, salvo que le **pruebe culpa**. En consecuencia, la prueba incumbe al cliente y si no la produce será obligado a pagar la remuneración.
7. El resto de las disposiciones del contrato se regirán por las normas de arrendamiento de servicios inmateriales".

### **III. Referencia al proyecto de ley "Derechos y deberes de las personas en materia de ley"<sup>13</sup>**

#### **1. Disposiciones generales y definiciones**

##### **A. Ambito de la aplicación.**

Señala el mensaje del proyecto de ley que los derechos y deberes que se establecen los poseen las personas respecto a la atención de salud que requieran frente a cualquier tipo de prestador, teniendo siempre en consideración, en los casos que proceda, con observancia de la normativa específica reguladora del sistema público o privado de que se trate.

##### **B. Conceptos generales.**

Se definen en el proyecto una serie de términos tales como prestador de salud y miembro del equipo de salud, esenciales para comprender acertadamente el alcance y naturaleza de esta normativa.

#### **2. Derechos de las personas en salud**

En el título II de la iniciativa legal, destaca su mensaje, se contiene un catálogo de derechos fundamentales de las personas en salud, que pretenden dar materialidad específica, frente a los prestadores de salud, a la garantía constitucional de protección del libre e igualitario acceso a las acciones de salud.

##### **a. Libre e igualitario acceso a las acciones de salud.**

Se pretende garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de aquellas destinadas a la rehabilitación.

Asimismo, se prohíbe que, cualquiera sea la entidad que otorgue la atención, se puedan efectuar discriminaciones arbitrarias de ningún tipo.

##### **b. Trato digno y respetuoso**

---

<sup>13</sup> Este capítulo se ha desarrollado sobre la base del mensaje del Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de Ingreso a la Cámara de Diputados 8 de junio de 2001, incluyéndose en términos similares a su desarrollo y redacción con el fin de dar una visión global del proyecto que incluye la normativa objeto de este estudio.



Se contempla el derecho de las personas al trato digno y respetuoso que el equipo de salud respectivo debe prodigar a las personas que decidan atenderse con ellos; trato digno que involucra, como mínimo, el uso del lenguaje adecuado, la adopción de una actitud cordial y amable, y el absoluto respeto de la privacidad y pudor de las personas.

c. Derecho a recibir compañía y asistencia religiosa o espiritual

Señala el mensaje que estrechamente relacionado con la protección y garantía de la dignidad de las personas, así como con la mejor y más pronta recuperación de los pacientes hospitalizados, se establece el derecho a recibir la compañía de parientes y amigos cercanos y de recibir apoyo espiritual si así lo desearan, todo ello de acuerdo a la normativa reglamentaria especificada vigente.

d. Derecho a formular consultas y reclamos

Se establece el derecho de todas las personas de efectuar, en forma verbal o por escrito, las consultas, reclamos y sugerencias, así como de manifestar sus opiniones a los prestadores de salud, relativas por cierto a materias de su competencia.

e. Derecho a la información.

Otro derecho esencial, que recoge la iniciativa legal, es el de información que las personas pueden solicitar a los prestadores de salud y el correlativo deber de éstos de proporcionarla, respecto de materias administrativas como las acciones o prestaciones de salud que ofrecen los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a ellas, y las condiciones exigidas para la obtención de atención de salud.

En relación con lo anterior, materia que abordamos en detalle en el próximo capítulo, se establece el derecho a ser informado respecto de materias directamente relacionadas con la atención de la salud específica de que se trate, en especial el derecho de toda persona a ser informada, en forma adecuada, oportuna y comprensible, y con estricta consideración de sus características personales, respecto a su condición de salud, los tratamientos posibles, su evolución y pronóstico.

Se establece que podrán ser informadas personalmente o a través de familiares debidamente autorizados por el interesado o representantes legales, así como de manifestar por escrito la voluntad de no ser informados.

f. Consentimiento informado.

Una de las mayores innovaciones introducidas en este proyecto está representada por el "consentimiento informado", el cual sólo enunciamos en este acápite, por cuanto lo desarrollaremos en el siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que el mensaje sostiene que el consentimiento informado contribuirá decisivamente a fortalecer la relación de confianza entre médicos y pacientes y, de paso, disminuirá las asimetrías de información propias de dicha relación, en la medida que institucionaliza una instancia que permite que el facultativo entregue oportunamente información completa, adecuada y necesaria para que las personas y/o sus familiares puedan adoptar ilustradamente las decisiones más acertadas para el cuidado de su salud.

También se ocupa, como veremos, el proyecto de la situación de los pacientes terminales, la que el mensaje se preocupa de diferenciar de la eutanasia. Luego aborda la situación relativa a la muerte cerebral, para finalmente darnos normas sobre responsabilidad, todo lo cual trataremos en los capítulos siguientes.

#### g. Privacidad de la ficha clínica.

Por otra parte, el proyecto contiene normas relativas al uso de los datos consignados en las fichas clínicas, señalando que toda la información en ellas contenida será considerada como dato sensible, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N°19.628.

Asimismo, se establece que las fichas clínicas deberán permanecer en poder del prestador de salud, sin perjuicio que el paciente o sus herederos, en caso que éste fallezca, podrán obtener copia de todos o parte de los datos consignados en ellas.

Finalmente, y como consecuencia de su carácter de datos sensibles, se consagra el derecho de los pacientes a que nadie que no esté involucrado directamente en su atención médica tenga acceso a la información de su ficha clínica, salvo autorización por escrito del titular, orden judicial o, respecto del Ministerio de Salud y sus organismos dependientes, razones estadísticas, de salud pública o de fiscalización.

### **3. Deberes de las personas en salud**

En términos genéricos, la iniciativa contempla un catálogo de deberes destinados a obtener, de parte de las personas, su colaboración en la creación





de condiciones que permitan gozar de un ambiente saludable, lo que por cierto constituye una importante medida de prevención sanitaria, contribuyendo igualmente al cuidado de su propia salud, al de su familia y al de la comunidad toda.

a. En este sentido, se determina que es un deber de las personas informarse de los riesgos y alternativas de procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se le indiquen o apliquen, así como solicitar la debida atención de salud para sí y sus familiares.

b. Se contempla, igualmente, que las personas deben cumplir las prescripciones generales de carácter sanitario, comunes a toda la población, así como las indicaciones del equipo médico respectivo, si hubiere aceptado someterse a un tratamiento o procedimiento específico.

c. Se establece que las personas deben informarse acerca de los procedimientos de consulta y reclamación que los prestadores de salud respectivos hubieren habilitado al efecto.

d. Finalmente, las personas deben contribuir a la mantención de los establecimientos de salud, a través del cuidado de sus instalaciones y el uso responsable de sus servicios y prestaciones.

#### **4. Fiscalización y sanciones**

En lo que se refiere a la fiscalización de las normas de esta ley y la sanción por su incumplimiento, teniendo presente que el Código Sanitario, en su artículo 129, encomienda a los Servicios de Salud la autorización sanitaria de los establecimientos asistenciales así como su fiscalización, se estimó apropiado entregar tales funciones a dichos servicios, todo ello conforme a las normas del Libro Décimo del referido Código, sobre procedimiento y sanciones.

Respecto de los Servicios de Salud mismos, en su carácter de prestadores de salud, se encarga a su Director velar por el cumplimiento de esta normativa y sancionar sus infracciones conforme a las disposiciones de la Ley N°18.834, Estatuto Administrativo, cualquiera sea el estatuto específico que rija al funcionario infractor.

## IV. El consentimiento informado

### 1. Concepto

El mensaje del proyecto conceptualiza el consentimiento informado como *"una institución en virtud de la cual las personas tienen derecho, una vez que se les haya entregado información completa al respecto por parte de los profesionales tratantes, de aceptar o rechazar los procedimientos de cirugía mayor o compleja u otros que determine el Ministerio de Salud, que le hayan sido propuestos o sugeridos por los profesionales tratantes"*.<sup>14</sup>

### 2. Consagración positiva del derecho

En el proyecto de ley, bajo el Párrafo 7<sup>º</sup>, que trata del consentimiento informado, no se define la institución, prefiriendo la técnica legislativa de consagrar directamente el derecho, así el artículo 16 inciso 1<sup>º</sup> señala: *"Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento invasivo, de cirugía mayor o compleja, y otros que defina el Ministerio de Salud, salvo que la negativa pueda implicar su muerte y siempre que no exista otro procedimiento alternativo"*.

Para ejercer este derecho el proyecto les impone una obligación a los profesionales médicos, en el inciso 2<sup>º</sup> del artículo 16, cual es el de *"proporcionar información completa al respecto, en forma oral y también por escrito, en un formulario que deberá firmar la persona o su representante legal en caso que decida otorgar o denegar el consentimiento"*, debiendo llevarse a cabo el proceso en forma previa al tratamiento o intervenciones, y en lenguaje comprensible.

Si estamos en presencia de menores de edad, debe consultárseles su opinión, cuando sea posible, correspondiendo la decisión definitiva a su representante legal (Artículo 16, inciso 3<sup>º</sup>).

Finalmente, en el inciso 5<sup>º</sup> del artículo en comento se establece que, *"en caso de pacientes cuyo estado impida obtener su consentimiento, se presumirá que acepta el tratamiento respectivo hasta que su voluntad pueda ser recabada"*.

La consecuencia legal de la decisión adoptada por el paciente, luego de informado en los términos exigidos por el legislador por su médico tratan-

<sup>14</sup> Mensaje del Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.



te, es que tal decisión debe ser acatada por el cuerpo médico, según lo señala el artículo 17 del proyecto.

Sin embargo, señala el mismo artículo 17, no se requerirá el consentimiento del paciente, y por ende no producirá sus efectos, en caso de:

a) que se genere un riesgo para la salud pública, de conformidad a lo señalado por el Código Sanitario, en este caso, el paciente debe someterse a las decisiones que al respecto adopten los profesionales médicos.

b) que se trate de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, que haya riesgo vital o consecuencia funcional grave.

Ahora bien, aun cuando el paciente haya rechazado el tratamiento, por el ejercicio que el legislador le pretende conferir, y ello pueda significar o acarrear la muerte del paciente, esta voluntad no debe ser acatada por el médico tratante, sino cuando se den los siguientes supuestos, señalados en el artículo 18 del proyecto:

a) Que se trate de un paciente en estado terminal, situación de hecho que define el legislador como aquel que *“padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida”*.

b) Que los cuidados sean innecesarios, es decir, sólo prolonguen su agonía.

c) Que un segundo médico, que no haya participado en las tratativas médicas, esté conteste con el carácter de terminal del médico y con lo innecesario del tratamiento.

d) Que no haya riesgo para la salud pública.

Se trata también por el proyecto la situación de los pacientes en estado de muerte cerebral, que además estén en la situación de estado terminal, artículo 19 del proyecto de ley:

a) Tratándose de menores de edad, o de legalmente incapaces, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos corresponde al representante legal; a falta de éste, al cónyuge; a falta de éste, corresponde a los parientes consanguíneos en línea recta de grado más próximo presentes; a falta de ellos, a los consanguíneos en línea colateral de grado más próximo, hasta el tercer grado.

b) La muerte cerebral, para estos efectos, se debe acreditar por medio de una certificación unánime e inequívoca de un cuerpo o equipo médico, de los cuales uno de ellos, al menos, debe desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

La certificación se debe otorgar cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acredita con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por pruebas o exámenes calificados.

c) Un reglamento establecerá que se debe declarar la muerte cuando, al menos, se presenten en el paciente: i) ningún movimiento voluntario observado durante una hora; II) apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador; III) ausencia de reflejos troncoencefálicos.

d) En estas condiciones la decisión de no someter al paciente a los tratamientos médicos, o cirugías correspondientes, será acatada.

### **3. Elementos**

Los elementos que integran el consentimiento informado, deducidos a partir de su concepto y normativa, estimamos serían los siguientes:

1. Información completa del médico tratante, oral, escrita en un formulario, y comprensible.
2. Se refiere exclusivamente a determinados procedimientos médicos, que deben ser invasivos, de cirugía mayor o compleja, o bien determinados por el Ministerio de Salud.
3. Solemne, se requiere sea otorgado en forma previa, en formulario firmado al efecto.
4. En principio no se puede actuar por intermedio de representante legal, sólo está permitido ello en determinadas situaciones.
5. Se debe consultar la opinión del menor de edad.
6. Se presume el consentimiento en caso de pacientes con un estado tal que impida conocer voluntad.
7. Es jerárquicamente inferior al derecho a la vida.



Analizaremos cada uno de ellos:

## 1. La información del médico tratante.

Primeramente, es importante destacar que el legislador establece un requisito esencial para el ejercicio del derecho, y lo hace imponiendo una obligación, que, a todas luces, era una necesidad y así ha sido ampliamente reconocido por la doctrina nacional: el deber de informar por parte del médico tratante.

Hemos indicado este elemento en primer lugar porque, como veremos, pasará a ser fundamental al momento de analizar la responsabilidad del médico tratante.

El profesor Ambrosio Rodríguez, en las conferencias citadas, hacía referencia a la obligación del médico tratante, como parte del contenido contractual que une al médico con el paciente, a la luz del artículo 1546 del Código Civil.<sup>15</sup>

“El enfermo antes de consentir en algo debe conocer y comprender el alcance de su decisión sea para aceptar o rechazar lo que se le propone. El deber del médico de informar al paciente debe comprender *“de manera completa y continua, verbal y escrita al enfermo, familiares o allegados, acerca del diagnóstico y pronóstico y alternativas del tratamiento”*, así lo dice expresamente la Ley General de Sanidad de España, promulgada el 25 de abril de 1986, artículo 10.”<sup>16</sup>

En el proyecto se exige que la información que el médico debe entregar al paciente debe darse en forma oral, esto es, verbalmente, explicando la situación, ello basado en las características humanas de la relación médico-paciente que hemos destacado más arriba, pero, además, el proyecto ha pretendido que el consentimiento se manifieste en forma solemne, por ello, la información del médico también debe constar por escrito, y para ello, deberá llenarse un formulario al efecto, no basta cualquier medio de información escrita.

En la información a que hacemos referencia se debe explicar cabalmente las eventuales actuaciones médicas que corresponda, el diagnóstico, los tratamientos que se van a seguir u otros posibles, los riesgos y efectos secundarios, si existen, e incluso las alternativas posibles que existen a las medidas que se proponen.

<sup>15</sup> A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 187

<sup>16</sup> A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 188

Estimamos, aunque el proyecto no lo expresa, pero lo deducimos de la característica que la información debe ser completa, que ella debe además comprender las consecuencias que se generarían de no llevarse a cabo el tratamiento sugerido.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde sí establecer que la información debe comprender ciertos límites que son conocer las características más típicas del o los tratamientos informados, los riesgos y dificultades más comunes.<sup>17</sup>

El proyecto rescata otra realidad dada por la naturaleza de las cosas, al exigir que la información, además, deba ser dada en un lenguaje comprensible. Es de público conocimiento que la medicina, por lo técnico y complejo de las materias que trata, emplea un lenguaje particularmente especializado, que el común de las personas dista de dominar. El legislador se ha preocupado de ello, y ha pretendido exigir que la información sea entregada en un lenguaje que sea comprensible para el paciente. Puede que así brindada no sea todo lo especializada y técnica que se requiera, o no se logre una cabal explicación médica, pero no se está frente a una cátedra de medicina, sólo frente al paciente, y él ciertamente la comprenderá; ello es fundamental para que su consentimiento sea informado.

Reiteramos que lo que se ha dicho respecto de la calidad de la información, como veremos más adelante, será fundamental al momento de analizar la responsabilidad del médico tratante.

Finalmente, en este contexto, creemos que el profesional médico se acercará en nuestro país, empleando la terminología del Profesor Extraordinario de Medicina de la Universidad de Chile Dr. Jaime Pérez-Olea,<sup>18</sup> al llamado "médico cibernético", que basa sus conclusiones sólo en hechos que comprueba, descartando en principio los juicios de valor, tratándose de un profesional "lógico y frío", "bien informado", "formula un diagnóstico y propone la terapéutica", por cuanto, salvo las excepciones legales, la aceptación o rechazo del tratamiento dependen del paciente.

<sup>17</sup> Mayor información sobre los límites de la información en Ambrosio Rodríguez, ob. cit., pág. 189.

<sup>18</sup> Jaime Pérez-Olea, "Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica." *Revista de Ciencias Penales*, año 1982; citado por el Profesor A. Rodríguez, ob. cit.: "a) El "Médico cibernético", que basa sus conclusiones sólo en hecho que comprueba, descartando en principio los juicios de valor. Es un profesional "lógico y frío", "bien informado", "formula un diagnóstico y propone la terapéutica". La aceptación o rechazo del mismo dependen del paciente. b) El médico paternalista, sobreprotector, que apoya emocionalmente al paciente, pero que actúa como si la responsabilidad fuese exclusivamente suya. "A menudo le oculta al enfermo la verdadera naturaleza de la enfermedad y prescribe el tratamiento sin requerir el consentimiento del enfermo". c) El médico que establece una relación contractual con el paciente, en el cual la responsabilidad es compartida, su rol es de un médico dispuesto a tomar sólo aquellas decisiones en las cuales el enfermo ha convenido".



## 2. El tratamiento médico.

De la lectura del artículo 16 del proyecto, podemos concluir que no cualquier enfrentamiento a un procedimiento médico pone al paciente en la necesidad de otorgar o denegar su consentimiento a ello.

Así, estará el paciente en la situación de consentir o no en los procedimientos médicos que reúnan las siguientes características:

- i) invasivos;
- ii) de cirugía mayor o compleja;
- iii) o cualquiera otro que determine para tales efectos el Ministerio de Salud.

Se presenta así el problema de determinar qué debemos entender por invasión, y luego por complejo o de cirugía mayor.

*A priori* no podemos indicar o catalogar cuáles procedimientos reúnen una o ambas características. Puede darse el caso que se trate de un procedimiento invasivo, como la extracción de sangre, pero ciertamente no se trata de una cirugía mayor o compleja. A su turno, el trasplante de piel a una persona quemada puede perfectamente no ser invasivo desde el punto de vista que se ingrese al cuerpo del paciente, pero por cierto que es complejo o de cirugía mayor.

Para dilucidar la materia, podemos entregar algunos criterios que nos permitan tratar de clasificar si el tratamiento es invasivo y de cirugía mayor o compleja, con las prevenciones que se trata de una materia altamente técnica, y que lógicamente un facultativo tendrá más cosas que agregar:

- Tipo de anestesia empleada, distinguiendo entre la local propiamente tal (anestesia la piel y los planos subcutáneos, por ejemplo las hernias), raquídea (anestesia nervios sensitivos y motores a nivel de columna, en espacio tres o cuatro lumbar), o troncular (anestesia un tronco nervioso que da sensibilidad a un sector determinado del organismo y se utiliza generalmente en cirugías en secciones superiores), o general, siendo más compleja la intervención que requiere anestesia general. Reiteramos que estos criterios se deben tomar con cierta amplitud, por cuanto no es determinable que siempre que se requiera anestesia local, la cirugía es menor, por ejemplo, como ocurre con la operación werthtin, que consiste en una extirpación de úteros u anexos (ovarios y trompas) frente a un cáncer de ovarios o mioma uterino, en que se utiliza anestesia local raquídea. O bien cuando se opera una extremidad superior, por ejemplo fractura de antebrazo o brazo, que

emplea una anestesia troncular, en donde se anestesian los troncos nerviosos que emergen de la columna cervical, y que dan la sensibilidad correspondiente al miembro sobre el cual se intervendrá.

- El factor riesgo de la intervención también es un elemento a considerar. Por ejemplo, una biopsia hepática practicada al hígado tiene un porcentaje de mortalidad del 4 al 5 %, y se trata sólo de un examen, lo mismo vale para la biopsia renal, en que el riesgo es un poco mayor.
- Características del periodo postoperatorio, si éste es corto, si requiere cuidados intensivos, hospitalización, o es simplemente ambulatorio.
- Otro elemento, que dejo planteado al análisis, por que no creo que sea capaz de determinar a priori si una intervención es no compleja, son las características y habilidades del equipo médico, por cuanto una operación determinada puede revestir distintas dificultades para un equipo médico respecto de otro, según la experiencia que tenga cada cual, y la infraestructura del pabellón.

El proyecto legal, consciente de esta dificultad, señala que el Ministerio de Salud puede determinar cuáles procedimientos serán los que reúnan estas características.

### **3. Solemne.**

Se requiere que el consentimiento conste por escrito en el formulario que da la información por parte del médico al paciente, y ello debe ocurrir en forma previa a la realización del procedimiento que corresponda. Se exige al efecto una firma del paciente.

Estimamos necesario destacar que en el proyecto se habla de "formulario", de manera tal, que, aunque no se menciona, al parecer habría intención de estandarizar la entrega de información, tal vez por un sistema universal entregado por el Ministerio de Salud.

### **4. Se debe actuar en persona.**

Estimamos que el proyecto exige que la entrega del consentimiento debe ser dada en persona, no permitiendo la actuación de mandatario alguno.

Sostenemos lo anterior, basándonos en la norma del artículo 16 inciso final, que prescribe que en aquellos casos en que la voluntad de la persona no puede ser conocida, podría serlo por intermedio de un mandatario, se



presumirá que da su consentimiento al tratamiento que corresponda. Además en el mensaje se señala que se ha estimado como necesario que sea la persona quien deba consentir: *“Ahora bien, nos ha parecido fundamental que la decisión la adopte exclusivamente el paciente, pues él es, en definitiva, el sujeto del derecho, el que soberanamente debe aceptar o rechazar el pertinente tratamiento. Es por ello que, mientras no sea posible recabar la voluntad del paciente, se presume que él la ha dado, debiendo aplicarse los tratamientos correspondientes”*.<sup>19</sup>

Excepcionalmente se permite la actuación por intermedio de un representante legal: tal es el caso de los menores de edad (sin perjuicio que deban ser consultados), cualquiera sea el caso; o que se trate de legalmente incapaces en estado de muerte cerebral, y además, terminal, artículos 16, 18 y 19 del proyecto.

### **5. Se debe consultar la opinión del menor de edad.**

Siguiendo las tendencias internacionales sobre los derechos de los niños, el legislador pretende establecer la obligación de escuchar la opinión del menor, la que será informativa, pero no determinante, por que quien debe manifestar el consentimiento es el representante legal del mismo. Artículo 19.

### **6. Presunción de consentimiento.**

Establece el artículo 18 inciso final del proyecto, que tratándose de un paciente cuyo estado impida obtener su consentimiento, se presumirá que acepta el tratamiento respectivo, hasta que su voluntad pueda ser recabada.

Se establece una presunción legal de haberse consentido. En efecto, del hecho conocido, gravedad del paciente e imposibilidad de conocer si consiente, debemos concluir, presumir, que significa que consiente. Ello, en consecuencia, permitiría, al menos en teoría, desvirtuar el consentimiento o hecho conocido de la presunción. Decimos en teoría, porque en la práctica los únicos medios para atacar la presunción serían el establecer que el paciente no se hubiese encontrado en un estado que impidiera conocer su voluntad, por cuanto atacar el hecho desconocido es imposible, si el paciente en esa época no podía manifestarse.

Sería pertinente agregar que no estamos en presencia de un caso de silencio circunstanciado en la formación del consentimiento, desde el momen-

<sup>19</sup> Mensaje Proyecto de Ley “Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud”, Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

to que la presunción tiene una duración en el tiempo, toda vez que se concluye el consentimiento del paciente hasta que él pueda manifestar su voluntad. Como sabemos, el silencio circunstanciado forma consentimiento, aunque sólo excepcionalmente en nuestro sistema.

### **7. Es jerárquicamente inferior al derecho a la vida.**

En efecto. Se consagra el derecho a consentir o no en un tratamiento médico de las características mencionadas, en la medida que la negativa no vaya a implicar la muerte y siempre que no exista un tratamiento alternativo.

En la medida que la negativa del paciente implique la muerte, y no exista un tratamiento alternativo, se le debe efectuar el tratamiento originalmente prescrito.

En el mismo sentido, no se acata la voluntad del paciente si se ve involucrada la salud pública, o bien estamos frente a atenciones médicas de urgencia que de no practicarse implican riesgo vital o secuela funcional grave.

Sólo puede acatarse la decisión de no aceptar un tratamiento médico que implique la muerte, en caso de estar frente a un paciente terminal, a la luz del propuesto artículo 18, cuando se den las siguientes condiciones, copulativas:

- Que se trate de un paciente en estado terminal, situación de hecho que define el legislador como aquel que *“padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida”*.
- Que los cuidados sean innecesarios, es decir, sólo prolonguen su agonía.
- Que un segundo médico, que no haya participado en las tratativas médicas, esté conteste con el carácter de terminal del médico y con lo innecesario del tratamiento.
- Que no haya riesgo para la salud pública.

Ahora bien, si además el paciente en estado terminal se encuentra en estado de muerte cerebral, se debe:

- Tratándose de menores de edad, o de legalmente incapaces, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos corresponde al representante legal; a falta de éste, al cónyuge; a falta de éste, corresponde a los



parientes consanguíneos en línea recta de grado mas próximo presentes; a falta de ellos, a los consanguíneos en línea colateral de grado mas próximo, hasta el tercer grado.

- La muerte cerebral, para estos efectos, se debe acreditar por medio de una certificación unánime e inequívoca de un cuerpo o equipo médico, de los cuales uno de ellos, al menos, debe desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.
- La certificación se debe otorgar cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acredita con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por pruebas o exámenes calificados.
- Un reglamento establecerá que se debe declarar la muerte cuando, al menos, se presenten en el paciente: i) ningún movimiento voluntario observado durante una hora; II) apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador; III) ausencia de reflejos troncoencefálicos
- En estas condiciones la decisión de no someter al paciente a los tratamientos médicos, o cirugías correspondientes, será acatada.

El Ejecutivo en el mensaje sostiene la necesidad de consagrar estas normas sobre el paciente terminal al permitir no prolongar innecesariamente la agonía que le aqueja, dejando que su enfermedad siga su curso normal, hasta que fallezca, si así lo decide, diferenciándola de la eutanasia:

*"En efecto, la eutanasia implica poner fin voluntariamente a la vida de una persona enferma, con miras a evitarle intensos sufrimientos.*

En estos casos, la decisión del paciente de que se le ponga fin a su vida no puede obligar a un tercero (médicos, en este caso) a acatar esa voluntad.

Ni tampoco el tercero podría, libremente, aceptar tal decisión, pues ello configuraría lo que penalmente se denomina auxilio de suicidio.

*Una ley de derechos como la que se pretende, no puede indirecta y tácitamente modificar el tipo penal de auxilio del suicida. Esto es algo que deberá resolverse directamente sobre el tipo penal y no en una ley de bases, como la planteada".<sup>20</sup>*

<sup>20</sup> Mensaje Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

## **V. Efectos del consentimiento informado. Normas sobre responsabilidad médica.**

### **1. La propuesta normativa**

El ejecutivo sostiene que en forma consecuente con la normativa sobre consentimiento informado, es necesario establecer normas sobre responsabilidad médica.

Para ello si, la decisión del paciente es fundamental para la realización de los tratamientos propuestos, se indica que *"parece lógico establecer que, en tales casos, no existirá responsabilidad médica, salvo, claro está, aquella que derive de una mala praxis"*,<sup>21</sup> debiendo ocurrir lo mismo en aquellos casos en que, por ley, la decisión del paciente se presume o es irrelevante.

La norma fundamental y única es la establecida en el artículo 21 del proyecto de ley: *"En los casos señalados en el presente párrafo, no existirá responsabilidad penal ni civil para los médicos o para el establecimiento asistencial que haya atendido al paciente, derivada de la aceptación o rechazo de los tratamientos propuestos."*

Igual regla se aplicará cuando la voluntad del paciente no sea necesaria, en los términos indicados en el artículo 17".

### **2. Análisis**

La norma propuesta por el Ejecutivo implica que logrado que sea el consentimiento por parte del paciente hacia el médico tratante, éste queda eximido de todo tipo de responsabilidad.

En efecto, de obtenerse la firma del formulario que exige el proyecto de ley, el médico tratante no responde ni civil ni penalmente. No hay más requisitos que los señalados para el consentimiento informado, y ello acarrea la exención de responsabilidad, absoluta.

Pero aun más, la eximente de responsabilidad no consagra sólo en favor del médico, sino que exime, además, al establecimiento asistencial que haya atendido al paciente.

Para el caso de estar en presencia de un paciente en que no sea necesaria su voluntad, esto es, cuando esté involucrada la salud pública, o estemos

---

<sup>21</sup> Mensaje Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.



frente a atenciones médicas de urgencia de las cuales se arrastraría riesgo vital o secuela funcional grave, también se establece la inimputabilidad del médico y establecimiento tratantes.

### 3. Observaciones y comentarios

No estamos de acuerdo con los términos en que se establece la eximente de responsabilidad para el médico tratante y el establecimiento que atiende al paciente, por las siguientes razones:

A. En primer lugar, aparece una inconsistencia entre el mensaje y el texto legal.

En efecto, en el mensaje se indica que se establece la eximente de responsabilidad de los médicos, pero que ello no afecta a las situaciones que se deriven de una mala praxis.

No vemos la razón por la cual el Ejecutivo no haya establecido la contraexcepción de la responsabilidad médica derivada de la mala práctica del facultativo.

B. Ahora bien, corresponde preguntarse cómo podremos determinar cuáles casos importan responsabilidad derivada de mala praxis, y cuáles no, y en consecuencia no acarrear responsabilidad; se abre un vasto campo para las discusiones y precisiones jurídicas y médicas.

C. Nos parece insólito, por decir lo menos, que se establezca que los centros asistenciales que hayan atendido al paciente no tendrán responsabilidad al atender al paciente que ha dado el consentimiento, si en el articulado que trata el derecho en comento nada dice de los centros asistenciales.

Respecto de esta materia, relación hospital-paciente, es menester determinar si estamos frente a un contrato o no, si corresponde aplicarle el estatuto sobre responsabilidad contractual o extracontractual.<sup>22</sup> El proyecto de nada de esto se ocupa, e inexplicablemente favorece con la eximente al establecimiento asistencial.

D. De estar frente al caso de consentimiento presumido, artículo 18 inciso final, corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad, porque

<sup>22</sup> Se puede consultar sobre la materia relación entre el centro hospitalario y el paciente, el contrato de asistencia hospitalaria, el estatuto de responsabilidad aplicable, y en general sobre la responsabilidad de los establecimientos de salud, la conferencia dictada por el profesor Gustavo Cuevas Manríquez en el Seminario sobre "La Responsabilidad Médica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, año II, número 3, pág. 169.

legalmente estamos ante un consentimiento, aunque pueda ser limitado en el tiempo.

E. En el inciso segundo del artículo 21 se prescribe que igual norma –la exigente de responsabilidad– es aplicable cuando no se requiera el consentimiento del paciente para el caso del artículo 17, esto es, frente al peligro de la salud pública, o bien frente a casos de urgencia que acarreen riesgo vital o consecuencia funcional grave.

F. Creemos que simplemente liberar de toda responsabilidad en los términos propuestos es pernicioso y va a desencadenar una búsqueda de consentimientos por parte de los médicos y establecimientos asistenciales, para la realización de todo tipo de intervenciones, en donde la categoría de cirugía mayor o compleja abarcará prácticamente todas las intervenciones o tratamientos.

G. Estimamos que hay matices en la realidad de la materia que tratamos, que el legislador no puede desconocer, por ejemplo, ¿qué ocurriría frente al error de diagnóstico?; ¿qué pasa frente a operaciones fáciles que durante su ejecución se complican?, ¿quién da el consentimiento para seguir?; ¿qué acontece con las llamadas operaciones peligrosas que se complican a medio camino?; ¿qué hay si el paciente no recibe los cuidados postoperatorios adecuados, o se da de alta antes del tiempo adecuado? En fin, hay un sinnúmero de situaciones que no pueden ser olvidadas por el Ejecutivo, que requieren un mayor estudio y análisis en una materia tan importante.

H. Como mencionamos más arriba a propósito del carácter contractual de la relación médico-paciente, el profesor Ambrosio Rodríguez plantea la responsabilidad médica, sintetizadamente, señalando que: *“la responsabilidad de un médico por los daños que cause a un paciente que ha contratado sus servicios, sea por negligencia o imprudencia, es contractual... debiendo destacarse que por estar sujeto este contrato a las reglas del mandato y a las del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarios a ellas, el médico responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que se apreciará con criterio más estricto si es remunerado (Artículo 2129).*

*La aplicación de las reglas generales de los contratos para hacer efectiva esta responsabilidad, a que alude el artículo 1999, debe entenderse con la salvedad expuesta en relación con la primacía del inciso final del artículo 2158, que creemos prevalece sobre el artículo 1547. No es que lo modifique, es que se trata de cuestiones distintas, porque la ley en este caso impone al paciente la necesidad de probar infracción de la obligación general*



*de diligencia o cuidado que pesaba sobre el médico, o sea, la de probar la culpa".<sup>23</sup>*

El problema que plantea el proyecto es que dificulta aun más la prueba del paciente. En efecto, actualmente, siguiendo la doctrina citada, le corresponde probar la falta de diligencia o cuidado en el tratamiento médico; de aprobarse el proyecto tal y como está, tendrá el actor paciente que probar que no existió consentimiento, que él no fue informado, que se efectuaron tratativas médicas diferentes a las informadas, y por ello no están amparadas por su consentimiento, nulidad del mismo, etcétera, y luego establecer la falta de diligencia o cuidado.

Así una norma que se plantea como un derecho de las personas, resulta que sobreviene en una carga mucho mayor para ellas, y si ya establecer la negligencia médica es complejo, la probanza en juicio se torna ahora aun más difícil.

I. Si las consecuencias que se le atribuyen al consentimiento en el proceso médico son tales que eximen de responsabilidad, parece lógico que el legislador se preocupe de tener la mayor certeza respecto de la existencia del mismo; en este sentido la firma del formulario que contiene la información médica debería ser autorizada por un ministro de fe, y al efecto establecer como tal en esa función al director del centro hospitalario.

J. Creemos importante, también, el establecimiento de normas especiales sobre vicios del consentimiento informado, considerando las clásicas, error, fuerza y dolo, pero agregándole matices como la calidad de la información que se le brinda al paciente, las aptitudes y conocimientos del médico, la especialidad que pueda tener, la idoneidad del tratamiento que se propone, todas circunstancias que afectan la formación del consentimiento, y en definitiva, la entrega del mismo por parte del paciente.

En este mismo sentido, sería también conveniente normar o prever la situación del paciente que se ve angustiado y aquejado por su dolencia, y cómo estas circunstancias no pueden afectar el consentimiento que da al médico.

K. Creemos que de establecerse una eximente de responsabilidad para el caso de obtener el consentimiento, es justo el establecimiento de agravantes de responsabilidad para el caso que no se obtenga el consentimiento, o

---

<sup>23</sup> Ambrosio Rodríguez Q., ob. cit., pág. 198. En el mismo sentido David Stitchkin, citado por el profesor Rodríguez. Sin perjuicio de lo anterior, reconoce el profesor Rodríguez determinados casos en que puede coexistir la responsabilidad extracontractual, para ello ver ob. cit., pág. 199.

que obtenido que haya sido, se hayan desarrollado procedimientos médicos distintos o diferentes de los informados, o, incluso, si la información que se dio para obtenerlo no fue completa o fidedigna.

L. Creemos ver una suerte de discriminación del Ejecutivo entre los profesionales médicos y los centros hospitalarios, respecto del resto de los profesionales y empresas, por cuanto estos últimos responden por su actuación profesional, y por los servicios que dan a sus consumidores, toda vez que ha existido consentimiento entre ellos y sus clientes; ¿por qué el consentimiento informado habría de abonar una diferencia tal?

**En conclusión**, consideramos que el consentimiento informado debe ser enriquecido y mejor normado que en los términos propuestos; y rechazamos absolutamente la eximente de responsabilidad del médico tratante, y aun más del centro hospitalario, creemos que hay matices que el proyecto debe recoger, y diferenciar, porque se trata de una materia sensible y compleja, que no puede borrarse de un solo plumazo la posibilidad de los afectados de ser indemnizados por las actuaciones de los médicos y centros asistenciales que les han afectado, aun cuando hayan consentido en ellas.





# **El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado**

**Rafael Gómez Pinto**

Profesor Ayudante de Derecho Comercial  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**  
**UNIVERSIDAD DE CHILE**

## **Generalidades**

El tema ha sido denominado “El juicio de quiebra en general y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado”, lo cual se explica si se advierte la importancia y complejidad del derecho de quiebra en la actualidad y que ha quedado demostrado desde el año 1865, época en que el Ejecutivo envía un mensaje al promulgar el Código de Comercio chileno, y destaca que el derecho de quiebra es una de las materias de mayor importancia y difíciles que abraza el derecho comercial.

En el presente trabajo desarrollaremos de manera simple una serie de delineamientos sobre la quiebra considerada como una institución jurídica procesal de interés público que se encuentra regulada en la Ley 18.175, del día 28 de octubre del año 1982; así como la responsabilidad jurídica de los diferentes órganos que participan en el juicio de quiebra, tales como: el fallido, el tribunal de la quiebra, la junta de acreedores, la Superintendencia de Quiebras (Ex Fiscalía Nacional), y los síndicos en el carácter de representantes legales del fallido y de los intereses generales de la masa.

Seguidamente, abordaremos un tema de relevancia jurídica como es la responsabilidad del peticionario de la quiebra, que trae aparejada una serie de efectos nocivos para el deudor que no pueden desconocerse y que se contraponen al ejercicio legítimo de una acción concursal que la ley previene para proteger el crédito.

## I. El juicio de quiebra en general

Ha de tenerse presente que el juicio de quiebra tiene por objeto la realización de los bienes del deudor para proveer al pago de los créditos contra su titular y concitando como efecto fundamental el desasimio del fallido, que lo inhibe de la administración y disposición de sus bienes, por lo que no podía escapar al legislador, si quería salvar y facilitar el cumplimiento de los fines del juicio concursal, la necesidad de arbitrarle ciertos órganos idóneos, capaces de llevar a cabo dicho cometido.

A su vez, como el juicio de quiebra produce un estado indivisible para el fallido, que adscribe todos sus bienes para procurar el pago de los acreedores al concurso, es indispensable que este estado de indivisión forzoso, que carece de personificación, disponga de ciertos órganos para intervenir en este juicio, en que desempeñan diversas funciones, como son: 1) Dirección y jurisdicción (Título IV); 2) Supervigilancia (Título II); 3) Administración y representación (Título III); 4) La deliberación (Título VIII).

Sobre el particular, es propio destacar que todo el procedimiento concursal se concentra ante el tribunal de la quiebra, por lo que tiene la necesaria unidad de dirección y competencia para resolver dentro del juicio todas las cuestiones que por vía incidental en él puedan surgir.

Por su naturaleza de órgano jurisdiccional, no podría por sí solo llevar un control y supervigilancia de las diversas y complejas operaciones del juicio y de allí que se haya establecido la Superintendencia de Quiebras (Ex Fiscalía Nacional), que en el carácter de comisario cumple esta función de fiscalización no solo de los síndicos, sino para que en cada juicio de quiebra se cumplan los objetivos que la ley previene en su artículo primero. No es menos cierto que la administración y representación de los bienes y créditos que forman la masa le corresponde al síndico, que está al frente del estado indivisible que la quiebra engendra, ya que los acreedores quedan privados de ejercer sus acciones ejecutivas individuales (salvo excepciones, ver artículos 70 y 71) y, por lo mismo, no pueden proveerse personal y directamente del pago de sus créditos, y en consecuencia deben organizarse en un órgano de deliberación, que es la junta de acreedores.

En consecuencia, conviene destacar qué función cumplen en el juicio de quiebra sus órganos más singularizantes, tales como:

1. El tribunal es un órgano rector y supremo de la quiebra, porque todas las actuaciones procesales, gestiones y la liquidación misma se realizan dentro del juicio de quiebra, debiendo siempre éste resolver todas las controversias que se suscitan en el curso del procedimiento.



Es fácil comprender que la quiebra es una institución procesal, y que entraña una ejecución universal, ya que es colectiva, porque comprende a todos los acreedores, y general, puesto que incluye a todos los bienes del deudor.

Por otra parte, no puede desconocerse que por muy perfectas que sean en lo sustantivo las disposiciones del Derecho Comercial, no se podría moderar la adversidad que la quiebra provoca sin una adecuada regulación del proceso, como instrumentos de justicia, de garantía y tutela del derecho. No puede el derecho quedar expuesto a sucumbir por la ineficacia del proceso, porque el instrumento de tutela fallaría en su cometido. El tribunal declara la quiebra, con lo que se produce la apertura del proceso. El mismo tribunal conoce del recurso especial de reposición.

En la propia sentencia que declara la quiebra, se destacan algunas menciones, tales como: designa al síndico provisional, convoca y cita a los acreedores a la primera junta, ordena al síndico que se lleve a efecto la incautación de los bienes del fallido y apercibe a los acreedores a que verifiquen sus créditos.

Este mismo tribunal puede alzar la quiebra, con la dictación del sobreseimiento definitivo o la homologación del convenio judicial.

Este tribunal abre el cuaderno de administración con el inventario de los bienes y ordena notificarlo, y si hay objeciones, él las resuelve.

Fija la fecha de cesación de pagos, que tiene importancia para el ejercicio de las acciones de inoponibilidad y determina la calidad del deudor, lo cual es importante, ya que sólo puede ser sujeto pasivo del juicio de calificación de quiebra aquel deudor previsto en el artículo 41 de la ley.

Ante el tribunal de la quiebra habrán de verificarse los créditos, posteriormente el tribunal deberá declarar cerrado el período ordinario de verificación, decidiendo las eventuales impugnaciones a los créditos verificados. Además, el tribunal debe:

- Intervenir en los procedimientos de reasignación de los bienes.
- Conocer de la impugnación de la cuenta final del síndico.
- Autorizar la continuación efectiva del giro en forma transitoria (artículo 27, N° 9).

2. Por otra parte, ha de destacarse la labor que cumple el síndico, a quien en general corresponde la representación legal del fallido y debe, a su vez, velar por los intereses de los acreedores.

Una de las primeras y más fundamentales obligaciones del síndico es precisamente la de fijar y conservar el activo, y para su determinación es primordial proceder a la facción de un inventario de todos los bienes del fallido, de conformidad a lo establecido en el numeral 2º del artículo 52, que contempla una orden al síndico para que se incaute bajo inventario de todos los bienes del deudor.

Pues bien, estas normas sirven de fundamento al Título VII, que se ocupa, justamente, de la incautación e inventario de los bienes.

Una de las medidas conservativas del activo se encuentra prevista en el numeral 1º del artículo 94, el que señala que el síndico debe adoptar las providencias necesarias para recoger libros, papeles, bienes del fallido, y si estima que éstos corren peligro donde se encuentran, debe colocarlos en un lugar seguro.

Esta diligencia de incautación tiene por objeto resguardar el efecto del desasimio y debe concretarla el síndico de inmediato, en presencia del secretario del tribunal o de un notario, o de un ministro de fe designado por el tribunal y con auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.

Ahora bien, de estos mismos bienes de que el síndico se incauta debe formar un inventario, sujetándose al numeral 2º del artículo 94, que indica ciertas directrices, tales como:

- a) Debe iniciarlo al día siguiente hábil de asumido el cargo.
- b) Debe hacerlo en presencia de un ministro de fe similar al que interviene en la incautación.
- c) Comprende todos los libros, correspondencia, documentos y bienes del fallido.
- d) Debe dejar constancia del estado de los bienes y de todo derecho o pretensión de terceros sobre los bienes.

Sobre esto último, cabe observar que: I) sólo el fallido o los acreedores pueden formular objeciones al inventario de acuerdo al art. 98 y por esta vía conseguir que se excluya o integren otros bienes al inventario, II) los



terceros que sostengan derechos o pretensiones sobre los bienes deben interponer las acciones reivindicatorias o las que correspondan, de acuerdo a las reglas generales.

Conviene agregar que si el deudor pide su propia quiebra de acuerdo al artículo 42, debe acompañar en duplicado el inventario de los bienes, que se agrega a la quiebra.

Por otra parte, el artículo 52 N° 5 previene que la sentencia que declara la quiebra pone a todos los que tengan bienes o papeles del fallido en la necesidad de entregarlos al síndico, so pena de ser considerado encubridor o cómplice de la quiebra (Art. 221, N° 3).

A su vez, conforme al artículo 96, se completa la idea, obligando al fallido a poner a disposición del síndico todos sus libros, papeles, bienes y demás antecedentes. Si el deudor ha fallecido o se ha fugado, esta obligación es de sus colaboradores.

Empero, tampoco puede desconocerse que la ley da derecho al síndico para requerir del fallido que le suministre toda información que juzgue necesaria, siguiendo el delineamiento de la norma del artículo 27, en sus numerales 3° y 4°.

Seguidamente, el tribunal dictará una resolución, teniendo por agregado el inventario de los bienes del fallido, y esta resolución se notifica por aviso en el Diario Oficial. Esto tiene importancia, porque desde esta notificación entra a correr el plazo de 15 días para objetar el inventario, de acuerdo al artículo 98, dándoseles de esta manera tramitación incidental a las impugnaciones que se promuevan (art. 50).

Con relación a lo anterior, cabe preguntarse: ¿qué pasa si no aparecen bienes o éstos son escasos?

Si no existen bienes, se decreta el sobreseimiento temporal (artículo 97) después de 15 días (arts. 97, 109 y 158).

Ahora, si los bienes fueren escasos: el tribunal prescinde de toda formalidad y se efectúa una realización sumaria de los bienes de acuerdo al artículo 109, y concluida la realización, de oficio se decretará el sobreseimiento temporal (en estos casos, apenas se costean los gastos de la quiebra)

Sin perjuicio de lo anterior, el sobreseimiento temporal deja subsistente el estado de quiebra, a la espera de que aparezcan bienes, pero para no per-

judicar a los acreedores y sólo como una amenaza al fallido, éstos pueden iniciar ejecuciones individuales (art. 161).

Otro aspecto que comprende el análisis del activo es la administración de los bienes, debiendo tomarse las providencias conservativas para evitar el detrimento de los bienes.

El fallido pierde la administración de sus bienes y pasa a representarlo el síndico y los acreedores tienen derecho a disponer de los bienes de cuya administración es privado el fallido, pero ese derecho lo ejercen a través del síndico; así resulta de los artículos 64, y numerales 7, 16 y 18 del artículo 27.

Por otra parte, la ley confiere al síndico la representación de los intereses de los acreedores y del fallido, por lo que serenamente puede resultar contradictorio debido a que son contrapuestos, y sus actuaciones padecer en cierta forma de una suerte de autocontrato.

Esta situación es consecuencia del postulado del artículo 20 de la Ley de Quiebras, que advierte que la quiebra produce un estado indivisible para el fallido y los acreedores, que ha de regularlo el síndico.

El artículo 27 desvirtúa este choque de intereses, dándole la representación al síndico de los intereses generales del fallido y los acreedores, y allí no puede haber conflicto, porque el objetivo central es superar el estado de quiebra, consiguiendo el pago del crédito con la liquidación de los bienes en la mejor forma y de acuerdo a la ley.

En la verificación de créditos cada acreedor tiene un derecho excluyente al de los otros acreedores y al deudor fallido, por eso, ni los acreedores ni el fallido son representados por el síndico, por tener intereses contrapuestos en esta gestión.

La ley da una explicación y contempla medidas cautelares, tales como:

- 1) En el desempeño de sus funciones el síndico responde de la culpa levísima (art. 38). El mismo artículo contempla un delito específico.
- 2) Quedan sometidos en sus actuaciones a la fiscalización técnica, jurídica y financiera de la Superintendencia de Quiebras (título 11, arts. 7<sup>º</sup> al 13) (de acuerdo al art. 8<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 1), que es una institución autónoma, costada con fondos destinados para su patrimonio en la Ley de Presupuestos, que se relaciona con el Ministerio de Justicia y que ejerce la supervigilancia y control de los síndicos (art. 70).



3) La cuenta y la gestión del síndico queda sometida a la Junta de Acreedores, según los artículos 29 y siguientes, 108, 11 y otros, la cual puede removerlo, si juzga que su desempeño no es satisfactorio, conforme al artículo 117, en relación con los artículos 32 N° 3 y 81 N° 5.

El artículo 27 en 22 puntos señala las atribuciones y funciones de los síndicos.

Entre las facultades de que dispone el síndico, de acuerdo a la numeración del art. 27 y que inciden en la administración de los bienes de la quiebra, figura en los N°s 8 y 9 la continuación del giro, que puede ser provisoria o efectiva, cuya razón es que no siempre resulta conveniente a los intereses de la masa el precipitar la liquidación de los bienes y negocios del fallido, según lo advierte el artículo 99.

Por último, en cuanto el síndico efectúa la incautación de bienes, debe decidir provisoriamente si paraliza o no las actividades del fallido o si continúa el giro transitoriamente, esto es, hasta la primera junta de acreedores, de conformidad al artículo 99.

3. Otro órgano que participa en el juicio de quiebras es la junta de acreedores, y sobre el particular cabe destacar que la actual ley ha estatuido a la junta de acreedores como un órgano de importancia de la quiebra, para lo cual la ley se ocupa de ella en el título 8º, dividido en 3 párrafos, a lo largo de 20 artículos, contrariamente a lo que ocurría antes en la Ley 4.558, que le dedicó algunas normas insuficientes (arts. 101 y sgtes.).

El legislador asignó competencia a la junta de acreedores para pronunciar y conocer de materias de real interés y especialmente las que dicen relación con lo siguiente:

- a) Designación, ratificación o sustitución del síndico (art. 108 N° 2)
- b) Liquidación de los bienes, a cuyo respecto cabe considerar que, si bien el síndico es el que procede a su realización, debe actuar, empero, ateniéndose a los acuerdos de las juntas de acreedores (art. 120).
- c) La junta puede acordar, a propuesta del síndico, la enajenación de los bienes como un conjunto unidad económica (art. 124).
- d) La junta puede acordar, de acuerdo al art. 112, la continuación efectiva del giro del fallido.

Todas estas materias son de significativa y verdadera trascendencia para los acreedores y la ley pensó así que era imprescindible su acuerdo y decisión, adoptados en reuniones celebradas en la forma que la ley estatuye.

De ahí, en consecuencia, que si bien el síndico como representante es el encargado de la administración de los bienes, en sus decisiones importantes no puede actuar independientemente.

Por eso la ley indica desde luego que, en la reunión de constitución de la junta de acreedores, aquella a que el tribunal cita en la sentencia que declara la quiebra (art. 52 N° 9), o sea, en la primera reunión, junto con oír la cuenta provisional del síndico, lo ratifica o designa un reemplazante y acuerda luego lo necesario para el más adecuado cumplimiento de sus funciones como síndico (art. 108). Luego, a la reunión ordinaria que siga a la sesión constitutiva, según el artículo 111, el síndico debe presentar un programa de realización del activo y la proposición de un plan de pago del pasivo, sobre lo cual debe pronunciarse también la junta de acreedores.

Estas dos normas revelan la preocupación de la ley de instituir a la junta de acreedores como un órgano (reservado para las materias importantes y que decide cuestiones de interés común) en la administración que realiza el síndico.

El título 8º, que versa sobre la junta de acreedores, comprende 3 materias:

- a) Disposiciones generales;
- b) Reunión constitutiva de la junta, y
- c) Las demás reuniones, así como la continuación efectiva del giro del fallido.

El párrafo 1, entre las disposiciones generales, considera los artículos 102 y 104. En el primero trata de quiénes tienen derecho a concurrir, los quórum para reunirse y tomar acuerdos, y la actuación del síndico y del fallido en las juntas. El artículo 104 contiene una norma sabia por la que prohíbe fraccionar los créditos, para evitar mayorías ficticias, y castiga al contraventor, privándolo del derecho de asistir a las reuniones de las juntas.

El párrafo 2 se refiere a la constitución de la junta de acreedores en diversos artículos, tales como: 105, sobre la oportunidad (art. 52 N° 9); 106, se refiere al quórum (dos acreedores o más que representen 2/3 partes del total del pasivo); 107, la junta la preside el juez y actúa como ministro de fe el secretario del tribunal; 108, sobre las materias de que conoce.





El párrafo 3 se refiere a las reuniones ordinarias y extraordinarias:

1) **Ordinarias:** Se celebran por lo menos una vez al mes (art. 108 N° 3).

a) En la primera sesión ordinaria (art. 111) el síndico debe presentar un informe completo de los bienes y negocios del fallido, un programa de realización del activo y una proposición de pago del pasivo. Puede proponer la continuación efectiva del giro y enajenación del activo como unidad económica.

b) Las demás sesiones ordinarias (art. 116) conocen del informe periódico del síndico y de las proposiciones que haga y demás materias necesarias.

2) **Extraordinarias:** Conocen de materias incluidas en convocatoria (art. 117), sólo en éstas ha de tratarse sobre la revocación del síndico (art. 117 inc. 20), además, se decretan a iniciativa del juez o a petición del síndico, del fiscal, acreedores o una junta.

En la secuencia lógica del juicio de quiebra es posible distinguir 4 etapas fundamentales:

1º Hay que determinar el activo, para evaluar los bienes con que se pagarán los créditos. Esto está regido en los artículos 94 y siguientes.

2º Hay que saber cuáles son los créditos que habrá que pagar, para lo cual habrá que determinar el pasivo. Esto está regulado en los artículos 147 y siguientes.

3º Realizar el activo, esto es, convertirlo en dinero para facilitar el pago de los créditos.

4º Y por último, corresponde pagar el pasivo.

Para tales efectos habrá de tener presente las normas establecidas en los títulos 7º sobre la incautación, 9º sobre la realización de los bienes y el título 8º sobre las juntas de acreedores.

En consecuencia, se pueden distinguir cuatro etapas que son de ordinaria ocurrencia, salvo causas extraordinarias, que pueden alterar el curso regular del procedimiento, produciendo la conclusión de la quiebra, como son los casos siguientes:

a) Sobreseimiento definitivo: conforme a las causales previstas en el artículo 164 y demás causales del artículo 165, debiendo tenerse presente sus

efectos, cuales son que cesa el estado de quiebra y en consecuencia, ejecutoriado que fuere el sobreseimiento, corresponde que el síndico restituya todos los bienes, papeles y documentos al deudor y si es que hubiere algún fondo o remanente que sobre, esto es, después de pagar los créditos, deberá seguir la misma regla anterior.

b) Convenio simplemente judicial o de solución: conforme a las proposiciones previstas en el artículo 174 y para que se encuentre aprobado deberá ser aceptado por el quórum establecido en el artículo 180, cuyo efecto fundamental es que se alce la quiebra, aunque no impide que continúe el curso del juicio penal sobre la calificación de la quiebra conforme al artículo 196.

## **II. Responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado**

1. Respecto de la eventual responsabilidad del peticionario de la quiebra, es preciso destacar que nuestra legislación concursal señala en el inciso 3º del artículo 45 de la Ley N° 18.175, del 28 de octubre de 1982, que: "Si la solicitud –de quiebra– fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente".

Este precepto es idéntico al que se contenía en el inciso segundo del artículo 39 de la Ley N° 4.558, de 4 de febrero de 1929, que vino a derogar el Libro IV del Código de Comercio Chileno, siguiendo la inspiración de la ley francesa de 8 de junio de 1838, que reformó el Libro III del Código de Comercio Francés, promulgado el 15 de septiembre de 1807, al disponer en el inciso 5º del artículo 1351 lo siguiente: "Desechada la solicitud –de quiebra–, el deudor podrá demandar indemnización de daños y perjuicios al acreedor que hubiere provocado la declaración de quiebra, probando que éste ha procedido culpable o dolosamente".

Resalta el distingo, si se considera que el derecho que tenía el deudor para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados contra el acreedor requería que se hubiese dejado sin efecto previamente la declaración de quiebra, como consecuencia de la revocación de la sentencia en virtud de la oposición del fallido y solamente concurriendo esta exigencia, como elemento objetivo, era necesario examinar la conducta del actor, como elemento subjetivo, para determinar así la responsabilidad que le pudiere incumbir por la culpa o el dolo en que hubiere incurrido.

Esta precisión del antiguo Código de Comercio es la que ha sido reconoci-



da en el derecho comparado por la mayoría de las legislaciones de quiebras, como también por la doctrina y la jurisprudencia, como lo comenta el autor Augusto Juan Menéndez, en su obra *Responsabilidad del Peticionario de la Quiebra*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Así, en España, el artículo 885 del Código de Comercio establece que “El comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podrá ejercitar contra éstos la acción de daños y perjuicios, si hubieren procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta”. La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en concordancia con el Código, reserva en el artículo 1332 el derecho “Al quebrado repuesto contra el acreedor”, para hacerlo valer en el mismo expediente de reposición, sustanciándose por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía.

En México, el artículo 25 de la ley de 31 de diciembre de 1942 dispone que: “Si se obtiene la revocación del auto de quiebra, se podrá accionar contra los solicitantes de ésta o contra el juez que la declaró de oficio, por el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, si hubieren procedido con malicia, injusticia notoria o negligencia grave”. Igual principio se adopta por el artículo 1330 del Código de Comercio de Honduras y el artículo 73 de la ley paraguaya.

En Italia, el artículo 21 del DL 267, de 1942 (*Lege Fallimentare*), regula los efectos de la revocación sobre los gastos de la falencia y los honorarios del curador, supeditando su pago al acreedor que haya pedido con culpa la declaración de quiebra.

La legislación inglesa, comenta el mismo autor antes citado, “Celosa en la prevención de los perjuicios que se le pudieran causar al comerciante declarado en quiebra, exige como requisitos una caución de cien libras esterlinas a quien provocara aquélla y, además, que el peticionario sea acreedor por la misma cantidad e interponga la demanda únicamente a su nombre”, con lo que protege al fallido del abuso en que pueda incurrir.

El Código de Comercio de Colombia, en su artículo 1951 prescribe como premisa que “La revocación del auto que declaró la quiebra y el decreto de restitución del quebrado... dan lugar a condena al pago de las costas y de los perjuicios causados, a cargo de quien promovió el proceso”. Montoya Gil, en su obra *De los contratos y la quiebra de los comerciantes*, Ed. Librería del Foro de la Justicia, Bogotá, 1984, pág. 261, comenta que ello es necesario valorarlo en armonía con el criterio subjetivo, juzgando el abuso del derecho con los mismos principios de la responsabilidad aquiliana, por culpa o dolo.

La Ley de Quiebras N° 19.551, de Argentina, señala en su artículo 103 que "Revocada la sentencia de quiebra, quien la peticionó con dolo o culpa grave es responsable por los daños y perjuicios causados al recurrente, en la extensión del artículo 1078 del Código Civil. La acción se tramita ante el juez del concurso".

2. Nos ha parecido interesante dejar esclarecido como reflexión inicial lo razonable que resulta examinar la lógica del legislador en los diferentes textos de los ordenamientos concursales citados, así como del referido ex libro IV de nuestro Código de Comercio, en el sentido de supeditar el ejercicio de la acción al alzamiento de la quiebra, como consecuencia de una sentencia revocatoria por oposición del fallido, y que, como agraviado, pueda deducir el deudor en razón del eventual resarcimiento de los perjuicios que injustamente se le hayan causado por el acreedor, si éste hubiere procedido con dolo o culpa.

Hay así una limitación importante que se infiere de este raciocinio, que consiste en que sólo podrá prosperar la acción por daños y perjuicios cuando la sentencia que dejó sin efecto la que declaró la quiebra se funde, aunque se aleguen a la vez otras razones, en que el acreedor procedió con dolo o culpa al provocar dicha declaración, cuyo objeto principal es el de evitar reclamaciones y pleitos nacidos de la pasión y el encono, como lo advierte el autor José María Manresa y Navarro, en su obra *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo V, pág. 63, Madrid, 1910.

Se deduce además de lo expuesto que, como la prueba de la ilicitud ha de resultar de los mismos hechos que constan de los autos del concurso, ha de ventilarse la eventual acción que se deduzca ante el mismo tribunal que conoció de la quiebra, lo que evidentemente es de indiscutible sensatez.

3. La etapa previa a la apertura del concurso, que, a instancia del acreedor, da origen a una tramitación que ha sido prevista en el artículo 45 de la Ley N° 18.175 para que sea resuelta a la brevedad posible, suele ocurrir que si se sustancia con la intervención del deudor puede prolongarse por un tiempo variable. Lo cierto es que mientras no se declara la quiebra, no hay quiebra propiamente tal, ni tampoco estado de quiebra, porque los efectos del juicio concursal exclusivamente se van a producir desde el momento en que se dicta la sentencia definitiva que así lo determine, lo que no obsta a que, una vez pronunciado el fallo, ciertos efectos se retrotraigan, remontándose al período desde el cual se fija la época de la cesación de pagos. Pero tales efectos no se habrían de producir de no haberse declarado la quiebra, lo que significa, entre otras cosas, que nuestro régimen no reconoce el concurso virtual o de hecho, porque, como lo sintetiza muy



bien el autor Antonio Tonón (*Derecho Concursal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 85): “La cesación de pagos jamás puede por sí sola entrañar efectos concursales”.

Al respecto, mi padre, el profesor Rafael Gómez Balmaceda, sostiene que “el fenómeno jurídico de la falencia sólo se presenta desde que la quiebra es judicialmente declarada, no puede entonces el deudor ser reputado fallido mientras el juez no fundare su cerciorada convicción en la correspondiente sentencia que así lo resuelva, y por lo mismo, nadie podría ser privado del ejercicio de sus derechos, ni imponérsele tampoco inhabilidades de ninguna especie, por una quiebra irreal. Pero la figura tiene otro matiz, si se declarase la quiebra y luego se repusiere, porque si bien es cierto que la segunda sentencia dejará sin efecto a la primera, no es menos efectivo que no puede desconocerse que mientras surtió sus consecuencias jurídicas, pudo haberle menguado al deudor su crédito temporalmente y como secuela de la inicial decisión, lo que no puede confundirse con la hipótesis en que nunca se hubiere declarado la quiebra, por haber sido derechamente denegada, dado que en este caso la solicitud habría caído en el vacío y en estas condiciones no tendría sentido que tuviere el carácter de una falencia aparente la mera petición que se deniega, como tampoco tendría razón que una persona soporte la falsa carga de una supuesta quiebra sin haber sido nunca fallido, porque absurdo es pretender desprender las graves consecuencias de una falencia si ésta no ha sido tal, por la sencilla razón de no haber existido la causa generadora que ha de servirle de fuente jurídica para producir sus efectos, cuya es la sentencia definitiva que la declara”.

4. Considerado que ha sido el criterio que consagra con tanta claridad la legislación comparada para admitir la acción de daños y perjuicios que puede impetrar el ex fallido, en el entendido que la quiebra hubiere sido revocada, lo que se fija con tal precisión en los ordenamientos referidos, que no puede admitirse la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios sin que se haya declarado la quiebra. Si bien la ley chilena no lo ha establecido, según el actual tenor literal del texto del inciso tercero del artículo 45, que reproduce, por lo demás, el que señalaba anteriormente la Ley Nº 4.558, la cual varió, a su vez, los términos de redacción que tenía en un comienzo el artículo 1351 del ex Código de Comercio, que sí lo precisaba, no quiere ello decir que el sentido y alcance de la norma lo haya desvirtuado absolutamente de su espíritu al no haberlo incorporado a su letra, tanto más cuanto que de prescindirse de la circunstancia que la declaración de quiebra hubiere sido revocada, se le quita verdadero significado y substancia a su contenido, al dejar entrever el efecto de una suerte de quiebra que jamás ha sido tal. Por lo demás, así queda de relieve el

daño. De lo contrario, entonces, bien pudo así haberse omitido el precepto, para dejar entregada la disposición a las reglas generales, según la responsabilidad del derecho común, sin recabar en las particularidades que singularizan al derecho concursal, como lo enfatiza la legislación comparada. Se pierde de vista, en suma, el alcance que tiene esta responsabilidad, como lo analizaremos seguidamente, según la índole propia de la acción de petición de quiebra.

5. En efecto, la acción para que pida la quiebra del deudor se la da la ley al acreedor, de acuerdo al principio rector que establece la primera parte del artículo 43, y como esta facultad está establecida en el interés general de los acreedores, basta que la pida uno cualquiera de ellos y su declaración valdrá para todos, porque sus efectos los alcanzarán por igual, dada la masa colectiva que ellos integran frente a su común deudor.

En armonía con el artículo 40, la ley no excluye la hipótesis que si hay un único acreedor pueda éste pedir la quiebra, porque sería injusto que cuando estuviere solo se le negara el derecho que se le confiere a todo otro acreedor, cuando sean muchos.

Además, la calidad de acreedor es requisito esencial para el ejercicio de la acción (Satta, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, traducción española de Fontanarrosa, Buenos Aires, 1951, págs. 63 y 71; Provinciali, *Tratado de Derecho de Quiebra*, Tomo I, N° 98, traducción de José Ramírez, Barcelona, 1958).

Corresponde al tribunal que conoce de la petición de quiebra comprobar la concurrencia del requisito de la legitimación del acreedor, mediante el examen de la demanda y de la documentación a ella agregada, así como de las demás pruebas que se rindieren (Raúl Varela V., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXVI, agosto 1969, página 149). Al hacer ese examen, ha de cerciorarse el juez del interés para accionar, cuya es la legitimación procesal que tiene como titular de su derecho el acreedor, aun cuando su crédito no sea exigible, como lo establece el propio artículo 43, y esto ha de ser así, por cuanto el acreedor que solicita la quiebra no pide el pago de su crédito, pues la ley no le reconoce ese privilegio, sino que su solicitud va dirigida a que se declare jurídicamente la quiebra y como efecto de ella la ley hará exigible su crédito, para que pueda de esta forma proveerse a su pago, con la realización del activo (artículo 1° y 67 de la ley). (Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo IV, París, 1954, pág. 247).

Al permitir la ley que cualquier acreedor pueda presentar la demanda de quiebra, aunque su crédito no sea exigible, ha dejado reafirmado el princi-



pio del interés social que anima al juicio de quiebra, en orden a que el que solicita la quiebra pueda invocar otros créditos distintos que existan contra el deudor, aunque no sea el propio que tenga el acreedor que promueva la acción, como son las demás deudas impagas que demostrarán el estado de quiebra.

Sin embargo, en el caso que el acreedor funde como presupuesto sustancial para la declaración de quiebra la causal del N° 1 del artículo 43, ha de acreditar, sin perjuicio de otras situaciones, el ser titular del propio crédito que la justifica, que contradice el propósito de la Ley de Quiebras y además no guarda armonía con el alcance del inciso primero, con lo que se contradice la ley en este sentido.

6. Como quiera que fuere, lo cierto es que la acción del acreedor dirigida a obtener la declaración de quiebra es una acción concursal y no individual, porque el reemplazo de las acciones aisladas de los acreedores por una acción conjunta sustituye el interés individual por el colectivo, cual es el fin institucional en que descansa y se vivifica el juicio de quiebra, que reabsorbe todas las acciones crediticias en una sola, lo que Ugo Rocco califica como "Una acción única con pluralidad de sujetos legitimados para obrar con el fin de obtener la declaración de quiebra", *La Legittimazione ad agire*, 1929, pág. 85.

De ahí entonces que hay una diferencia conceptual básica y que resalta, a medida que se ahonda en sus características, entre la acción ejecutiva y la destinada a abrir el proceso de quiebra.

Cobran así entonces más fuerza que nunca, en el significado del ejercicio de esta acción, las sabias reflexiones que formula el distinguido autor francés Louis Josserand, cuando expresa en su obra *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Ed. Temis, 1982, pág. 13, que: "El litigante que hace valer sus derechos ante los tribunales cumple una función esencial –en este caso no sólo el suyo, sino que el de un haz de acreedores–; representa no sólo sus intereses personales, sino los de la sociedad entera, porque a ésta le interesa que el derecho se ejerza, que no sea letra muerta. El litigante llena una función social; según la enérgica fórmula de Ihering, es un luchador nato por el derecho, en interés de la sociedad". Agrega en seguida: "Si cada cual abandonara sus acciones, el derecho dejaría de ser una realidad viva y seríamos, vosotros y yo, más rudamente tratados de lo que somos por algunas corporaciones, y hasta por la misma administración". A continuación añade: "Es, pues, sagrado el derecho de litigar, de apersonarse ante la justicia. Pero una vez más se necesita que el derecho se ejerza con pleno conocimiento, por buenos motivos, y no por razones más o menos

confesables. Hay individuos que litigan por placer, raza inmortalizada por Racine en una de las comedias más sorprendentes que se hayan escrito; hay otros que litigan por maldad; que, por su espíritu de rencor, de venganza, adelantan contra alguno de sus parientes, por ejemplo, contra la suegra, una serie de pleitos vejatorios, que denotan en ellos un espíritu sistemático, una voluntad de persecución; y hay una tercera categoría, integrada por los maestros cantores, que esperan, mediante la amenaza de una acción, de una queja, de una denuncia, arrancar a su víctima fuerte suma. Todos estos no se limitan a ejercer su derecho, sino que de él abusan, porque lo hacen apartarse de su destino y lo adaptan a fines ilegítimos”.

Ninguna de estas conductas negativas, de inspiración netamente de corte individualista y de que trata Jossierand, según la cita que antecede, se compece con el interés social que caracteriza a la acción que ejerce un acreedor al solicitar la apertura del proceso concursal de su deudor, porque, desde luego, la tramitación que le ha fijado la ley en el artículo 45 no denota un choque de intereses privados, que mire al exclusivo derecho de las partes, porque no implica una contienda propiamente tal, de las que llevan consigo un carácter litigioso en su recto sentido, cuanto menos la de una pasión por promover la controversia, porque, como lo sostiene Francesco Carnelutti, la finalidad que persigue es otra y difiere de la que impulsa al juicio ejecutivo, porque: “En el juicio de quiebras se embarga, se liquida y se distribuye el patrimonio del deudor, no para vencer su resistencia, sino que para asegurar la igualdad de pago entre los acreedores” (Véase la obra de su autor sobre *Derecho Procesal*, Tomo II, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 1952, págs. 404 y sgtes).

En síntesis, la obligación de resarcir los perjuicios causados por una solicitud de quiebra desestimada por un tribunal va a depender en cierto modo de la existencia de un abuso del derecho por parte del peticionario, en el ejercicio de esa facultad, y siempre que se cumplan las restantes condiciones que dan lugar a los perjuicios, que se acreditan por cualquiera de los efectos nocivos que entraña una quiebra, tales como: Efectos generales: El desasimiento, es decir, la prohibición para el deudor de continuar en la administración de sus bienes desde que se dicta la sentencia que declara la quiebra (arts. 64 y 65); vencimiento y exigibilidad de las deudas pasivas (arts. 67 a 69); acumulación a la quiebra de casi todos los juicios pendientes contra el deudor (art. 70), quedan sin valor las precautorias contra el deudor (art. 70); verificación de créditos de otros acreedores (arts. 131 y sgtes.); en general la suspensión de los derechos de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido (art. 71). Efectos especiales: Publicidad de la sentencia e intercepción de su correspondencia (art. 52); y demás





efectos retroactivos de la sentencia de quiebra fundados en la inoponibilidad, sea concursal o civil (arts. 74 y sgts.).

Respecto a los actos ejecutados y contratos celebrados por el síndico en el ejercicio de su cargo, no cabe duda tampoco que puedan traer consigo un perjuicio o deterioro a los bienes, crédito o persona del deudor.

Además, es importante distinguir que la responsabilidad del peticionario puede ser de carácter sustancial o de naturaleza procesal, y esta última se ciñe por las reglas sobre condenación en costas con cargo a la parte litigante cuando se acoge el recurso especial de reposición, cuyo fundamento sería la inexistencia de los hechos que sirven de base a la causal de quiebra que se invoca para solicitar que se deje sin efecto la declaración de quiebra.

Y respecto a la responsabilidad civil o también llamada sustancial del peticionario de una quiebra, tiene su fundamento en el carácter abusivo, es decir, aunque se enmarca dentro del ámbito del derecho, contraviene los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo, o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, por lo que al igual que los actos ilícitos genera la obligación de resarcir los perjuicios.

En consecuencia, la sola solicitud de quiebra del deudor puede incluso traer consigo un descrédito, daño moral, o un grave deterioro económico al deudor, cuyos peligros son mayores en el caso del ejercicio de una acción de naturaleza concursal, ya que todo juicio de quiebra entraña una ejecución universal y en consecuencia se paralizan todos los negocios del deudor a fin de proceder a su liquidación forzosa.

Empero, hacer efectiva la responsabilidad del peticionario de la quiebra es una cuestión difícil de probar toda vez que habrá de cerciorarse el juez que el peticionario ha obrado con un apego o motivación dolosa de causar un perjuicio al deudor, valiéndose del ejercicio de un derecho invocando un título justificativo que sirve de base para declarar la quiebra del deudor.

En consecuencia, ha de tenerse presente que, en el caso que un acreedor tenga un título ejecutivo contra un deudor solvente, habrá de ponderar con un sentido de prudencia si opta por la acción ejecutiva o derechamente por la quiebra, cuya decisión no será fácil, toda vez que la segunda alternativa será de mayor celeridad e implicará un menor esfuerzo en el cobro de su crédito, puesto que lo corriente será que el deudor al ser citado a la audiencia informativa ante el juez, y ante el temor de ulteriores consecuencias económicas y sociales y el impacto psicológico de la quie-

bra, se vea obligado y voluntariamente deposite la suma adeudada, tanto para asegurarse de no ser declarado en quiebra, como también para evitar el incremento de otros créditos eventuales que surgen del concurso.

En este sentido, no cabe duda que el juicio de quiebra no constituye el ejercicio individual de un crédito, pero tampoco existe impedimento legal alguno para la apertura de un concurso cuando exista un solo acreedor, como se colige del numeral primero del artículo 43 de la Ley 18.175.

En cuanto a los fundamentos de la declaración de quiebra de un deudor, nuestra legislación señala una serie de hechos o circunstancias en que se configuran la o las causales para la que sea declarado en quiebra un deudor, las que en general tienen su origen en el modelo francés de la teoría amplia de la cesación de pagos, y que procura que la solicitud de quiebra no sea utilizada como medio para la percepción individual de un crédito, sino que constituya la real afirmación de un estado de insuficiencia patrimonial de un deudor y de la necesidad de adoptar medidas de preservación de su patrimonio, en defensa del interés común o general, y en algunos casos el interés público que inspira la vida de negocios entre comerciantes.

Se ha sostenido que existiría un abuso del derecho en diferentes casos, tales como: cuando se lo ejerce contrariando el objeto de la institución, el espíritu que sirve de sustento o su finalidad; o bien cuando se lo aparta del destino para el cual ha sido creado; cuando se desvirtúan los fines de su reconocimiento, por lo que no puede desconocerse que los derechos tienen su espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concebido, que tienen una misión que cumplir contra la cual no pueden revelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda, al mismo tiempo que los justifica.

Ahora bien, de conformidad con el régimen legal vigente, se configura el dolo cuando el peticionario "a sabiendas", esto es, con el deliberado propósito de obtener un resultado, independientemente que tenga conciencia o no de su obrar antijurídico, y "con intención de dañar", es decir, con la finalidad de causar perjuicio al deudor, utiliza el procedimiento concursal para obtener la declaración de quiebra de su deudor.

# **La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero**

**Jaime González Orrico**

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **1. Introducción**

Lo que hoy nos convoca es uno de los grandes tópicos del derecho, la responsabilidad.

Ella se encuentra presente en cada una de las ramas que lo conforman, y por cierto que en el Derecho del Trabajo no está ausente.

En este orden, con fecha 1° de diciembre del año 2001, entró en vigencia la Ley 19.759, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de octubre del mismo año, que introdujo numerosas e importantes modificaciones al Código del Trabajo.

Entre las múltiples materias modificadas están las referidas a las prácticas antisindicales o desleales, reguladas en el Título I Capítulo IX Libro III del Código del Trabajo, a propósito de las organizaciones sindicales.

La reforma legal aumentó las multas con que se sancionan estas prácticas y modificó el procedimiento judicial para su denuncia y declaración, prescribiendo la obligatoriedad para las Inspecciones del Trabajo de poner en conocimiento del tribunal competente los hechos constitutivos de estas prácticas, estableciendo al efecto que los hechos de que dé cuenta el informe de fiscalización, que se deberá acompañar, constituyen presunción legal de veracidad. Además, se diseñó un procedimiento especialísimo, concentrado y sumario, para el conocimiento y fallo de estas infracciones.

Junto a estas modificaciones, la ley vino a regular en forma expresa una materia que hasta antes de su dictación no se contemplaba, esto es, la situación de las prácticas antisindicales que han implicado el despido de trabajadores.

La nueva normativa regula tanto la situación de los trabajadores amparados por fuero laboral, como la de aquellos que no gozan de tal protección, aunque en forma separada.

Tratándose de los primeros, que se regulan en el artículo 292, es posible afirmar que se trata del establecimiento de una protección reforzada en el juicio por prácticas antisindicales, cuando han sido separados legalmente de sus funciones. Aquí se ordena por el tribunal, en su primera resolución, la reincorporación inmediata. Pero tratándose de los segundos, regulados en el artículo 294, la ley vino a crear una "nueva esfera de responsabilidad para el empleador" que ha incurrido en estas prácticas, pues establece una sanción correctiva contundente, que consiste, nada menos, que en la "nulidad del despido".

El establecimiento de esta norma implica la confrontación de dos bienes jurídicos protegidos, la libertad sindical y la facultad de organización y dirección de la empresa por parte del empleador, a la luz de un concepto amplio a la vez que indeterminado, como lo es el de antisindicalidad.

Será entonces objeto de nuestro análisis esta nueva esfera de responsabilidad del empleador.

Para tales efectos, abordaremos, de un modo muy general, la libertad sindical como objeto de tutela, considerando su consagración constitucional, su protección internacional y cuál es su contenido.

Posteriormente, a partir de esta noción trataremos de delinear el amplio concepto de práctica antisindical, para luego analizar en detalle las consecuencias para el empleador por el despido antisindical de trabajadores sin fuero, las cuales, como se verá, no son menores.

## **2. La libertad sindical como objeto de tutela**

### **2.1. Fuentes constitucionales de la libertad sindical**

La libertad sindical, es decir, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, o desafiliarse de los mismos, y a desarrollar todas las acciones tendientes a proteger los intereses de los trabajadores, es un derecho reconocido por la Constitución Política del Estado y por lo tanto con la categoría de derecho fundamental.

El reconocimiento constitucional de la libertad sindical está dado por el



artículo 19 de la Constitución, que "Asegura a todas las personas", en el inc. 1º del Nº 19, "El derecho de sindicarse en los casos y forma que señala la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria"; en el inc. 5º del Nº 16, "El derecho a la negociación colectiva", y en el inc. final del mismo numerando, "El derecho a huelga".

Estas normas constitucionales tienen, a su vez, consagración y desarrollo en las distintas disposiciones del Código del Trabajo, particularmente en los libros III (de las Organizaciones Sindicales y del Delegado del Personal) y IV (de la Negociación Colectiva).

## 2.2. Instrumentos internacionales sobre la libertad sindical

Desde sus comienzos la proclamación de la libertad sindical ha sido uno de los principios esenciales de la OIT.<sup>1</sup>

En lo relativo a las normas internacionales, en particular los convenios OIT, son variados los instrumentos adoptados por este organismo, siendo los principales a este efecto el Convenio Nº 87 sobre "La Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación", y el Convenio Nº 98, relativo a la "Aplicación de los Principios de Sindicación y de Negociación Colectiva", de 1949, ambos promulgados en el año 1999.

Por otra parte, y reafirmando la importancia que para la OIT tiene la libertad sindical, en el año 1998<sup>2</sup> se adoptó la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se declara que "Todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva" (Art. 2).

<sup>1</sup> Recordemos que la Organización Internacional del Trabajo es una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas, cuyos principales objetivos son mejorar las condiciones de trabajo, promover empleos productivos y el necesario desarrollo social y mejorar el nivel de vida en todo el mundo. Prevista por el Tratado de Versalles (1919), la OIT fue fundada en 1920 como una sección autónoma de la Sociedad de Naciones (Organización Internacional promovida para el mantenimiento de la paz, fundada en 1920 y disuelta en 1946, año en el cual fue remplazada por la actual ONU), convirtiéndose, en 1946, en el primer organismo especializado de la ONU. Su sede central se radica en Ginebra (Suiza).

En 1969 le fue concedido el Premio Nobel de la Paz.

Chile ha sido miembro de la OIT desde su fundación y nuestro primer Código de Trabajo (DFL 178, mayo de 1931) se basó en gran medida en sus convenios.

<sup>2</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, reunión 86.

Del mismo modo, cabe destacar la labor desarrollada por las Naciones Unidas en orden a reconocer una serie de derechos y libertades que resultan indispensables para el libre ejercicio de los derechos sindicales. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, establece que toda persona tiene "Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas" (Art. 20 N° 1), así como "Derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses" (Art. 23 N° 4).<sup>3</sup>

### 2.3. Contenido de la libertad sindical

La libertad sindical supone necesariamente un conjunto de derechos y prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere tanto a los trabajadores individualmente considerados como a las organizaciones sindicales, y que configuran a la vez su contenido.

Por ello es que se afirma que *la libertad sindical posee una doble dimensión*, esto es, una dimensión individual y una dimensión colectiva, en consideración a la titularidad de los mencionados derechos y prerrogativas.

Ahora bien, tanto en lo que concierne a los instrumentos internacionales como a los nacionales normativos, constitucionales o legales, es posible visualizar que la libertad sindical, incluyendo ambas dimensiones, posee, igualmente, un ámbito de extensión dual o, al decir de la doctrina española, *"Puede reconocerse en ambas una perspectiva dinámica de tal libertad, junto a una estática"*.<sup>4</sup>

En efecto, ella abarca por una parte lo que se conoce como **autonomía organizativa**, esto es, el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos y a afiliarse, o **no hacerlo**, al sindicato de libre elección, ya constituido, el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato y finalmente el derecho de éstos a asociarse en entidades mayores; y por otra parte, el **derecho a la actividad sindical**, es decir, la facultad de emprender las acciones tendientes a la defensa de los asociados, dentro de las cuales, en lugar de privilegio, se encuentran el derecho a la negociación colectiva y a la huelga.

De acuerdo con lo anterior, no es posible entender restringidamente la libertad sindical como un mero derecho de asociación, sino que, por el

<sup>3</sup> En igual sentido, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (Art. 22, N° 1, 2, 3) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (Art. 8 N° 1, letras a, b, c y d, 2 y 3), ambos instrumentos ratificados por Chile, contienen diversas referencias sobre el derecho de sindicación y el derecho a huelga.

<sup>4</sup> Valdeolivas García, Yolanda, *Las conductas Lesivas de la Libertad Sindical*, Madrid, 1994, pág. 46.

contrario, de *forma omnicomprendiva*, como un derecho de carácter complejo en el que confluyen, como parte de su contenido esencial, dos dimensiones con una doble extensión cada una: autonomía organizativa y derecho a la actividad sindical.

Por último, es menester indicar que en la conformación del contenido de la libertad sindical convergen otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física y psíquica (Art. 19 N° 1 CPE), el derecho de reunión (Art. 19 N° 13), el derecho a la libertad de expresión (Art. 19 N° 12), etc., que resultan imprescindibles para su efectivo reconocimiento.

#### 2.4. Tutela de la libertad sindical

La tutela efectiva de la libertad sindical importa no sólo una adecuación a los principios y previsiones constitucionales y legales que contemple nuestro ordenamiento jurídico, sino que constituye asimismo un imperativo que emana de las normas internacionales a que nuestro país debe obligado cumplimiento.

En efecto, de conformidad con los convenios de la OIT, la protección que se brinda a los trabajadores y a los dirigentes sindicales contra los actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho de libertad sindical, porque tales actos pueden dar lugar, en la práctica, a la negación de las garantías previstas en el convenio N° 87. **Ello implica, en especial, que los despidos antisindicales no pueden considerarse del mismo modo que otros tipos de despidos, ya que el derecho de sindicación es un derecho fundamental.**

En concepto de la OIT, ello implica distinciones en lo que atañe al procedimiento de protección, a las modalidades de prueba, a las sanciones y a las medidas de subsanación, etc.

El Art. 1, párrafo 1, del convenio N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) establece en términos generales que *“los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”*.

De todo lo dicho hasta aquí, sobre este punto, resulta evidente que el simple reconocimiento normativo de la libertad sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico no es suficiente para su efectiva vigencia.

Por ello se justifica la existencia de normas, tanto sustantivas como procesales, que aseguran su protección. Así, en el orden sustantivo, *“El ordenamiento legal trata de evitar las acciones que atenten contra la libertad sindical mediante el reconocimiento de ciertas conductas, llamadas prácticas desleales o antisindicales, las cuales por su gravedad son objeto de drásticas sanciones”*.<sup>5</sup>

En el orden procesal, esta protección se verifica, en el plano constitucional, a través de la acción constitucional de protección y, en el ámbito legal, por medio de un procedimiento breve y concentrado establecido en el Art. 292 del Código del Trabajo.

## 2.5. Sobre el concepto de prácticas desleales o antisindicales.

### 2.5.1. Ausencia de definición legal.

Como se apuntó recientemente, la protección sustantiva de la libertad sindical está dada por el establecimiento, en nuestro Código del Trabajo, de las llamadas prácticas desleales o antisindicales.

Su ubicación en este cuerpo legal se encuentra en el Capítulo IX Título I del Libro III, a propósito de las organizaciones sindicales (Arts. 289 a 294) y en el Título VIII del Libro IV, con ocasión de la negociación colectiva (Arts. 387 a 390).

Del examen de estos dos grupos de disposiciones, podemos observar que no existe definición alguna acerca de lo que debe entenderse por prácticas desleales o antisindicales, o, en suma, por **antisindicalidad**.

Lo que sí encontramos es una descripción genérica que, en la mayoría de los casos, es *“atentar contra la libertad sindical”*, tratándose del Capítulo IX Libro III y *“entorpecer la negociación colectiva y sus procedimientos”*, tratándose del título VIII del Libro IV.

Asimismo, existen una serie de tipos que configuran un comportamiento antisindical, descritos de manera no taxativa.

Y finalmente, aparece la determinación de los *sujetos activos* de estas prácticas antisindicales, pudiendo provenir de los empleadores, las organizaciones sindicales o los trabajadores, sea de forma separada o en connivencia de unos u otros.

<sup>5</sup> Díaz, Ana María, *“Nueva Institucionalidad Sindical”*, en revista *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2002, N° 5, pág. 238.



Considerando estas circunstancias, se las ha conceptualizado, en un sentido amplio, como *"aquel conjunto de actos en que pueden incurrir tanto empleadores como trabajadores y que afectan las libertades sindicales y la negociación colectiva"*.<sup>6</sup>

Pero esta ausencia de determinación legal no es exclusiva de nuestro ordenamiento.

En efecto, en el derecho comparado, particularmente en la legislación española, la Ley Orgánica de la Libertad Sindical (LOLS) tampoco contiene un concepto de antisindicalidad.

De este modo, esta técnica de indeterminación legal aparece empleada intencionalmente por nuestro legislador y, al decir de la doctrina española, *"responde, con seguridad, al entendimiento de que sólo una acepción amplia de conducta antisindical resulta apta para acoger las múltiples y heterogéneas formas de lesionar o vulnerar los derechos de libertad sindical objeto de aquella protección; tal es, entonces, el único criterio establecido legalmente para el reconocimiento de la antisindicalidad"*.<sup>7</sup>

Por otra parte, y sin desmentir cuanto se ha dicho, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos supuestos de hecho, que permiten acotar la amplitud referida, aunque no agotarla.

El primero de ellos se refiere a la *discriminación* en el empleo o en las condiciones de trabajo por motivos sindicales, recogido en el Art. 215 con relación a la letra f) del Art. 289, ambos del Código del Trabajo.

El Art. 215 dispone que **"No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales"**.

A su vez, la letra f) del Art. 289, establece como práctica antisindical ejercer **"discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical"**.

El segundo supuesto de hecho alude a los *actos de injerencia empresarial*

<sup>6</sup> Monsalve Basaúl, Fernando, "Modificaciones Introducidas por la Ley N° 19.759 a las normas sobre prácticas antisindicales", en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Concepción, 2001, N° 9, pág. 79.

<sup>7</sup> Valdeolivas García, Yolanda, ob. cit., pág. 58.

sobre los sindicatos, previstos en la letra e) del Art. 289 en los siguientes términos **“El que ejecute actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato, ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado”**, etc.

Estos dos supuestos de hecho, aunque, como se dijo, están lejos de agotar la amplitud de la noción de antisindicalidad, tienen la virtud de identificar dos de los *comportamientos antisindicales más graves y significativos* de cuantos pueden producirse en la práctica, en relación con la libertad sindical individual, el primero, y con la libertad sindical colectiva, el segundo.

#### 2.5.2. Identificación de la conducta antisindical. Problemas que origina.

Resulta oficioso recalcar aquí que la enunciación de las prácticas antisindicales efectuada en los libros III y IV del Código del Trabajo, a propósito de las organizaciones sindicales y de la negociación colectiva, sólo debe ser comprendida de manera ejemplar y no taxativa, en la labor de reconocimiento de conductas de esta naturaleza.

Esta circunstancia implica que existan un sinnúmero de otras conductas que pueden ser antisindicales y que no están expresamente señaladas en la ley, y es donde puede producirse la mayor cantidad de problemas, básicamente, una sensación de inseguridad jurídica.

La Dirección del Trabajo ha precisado que *“Los criterios para reconocer estas conductas tienen que ver con la finalidad última o motivación del sujeto activo y con el modo y circunstancias en que lleva a cabo su accionar. Así, por ejemplo, la renuncia de trabajadores (hecho aislado) es un acto de expresión de voluntad ajustado a derecho y puede ser inocua o consecuencia de una mala gestión de la organización sindical, pero dependiendo de las circunstancias que rodean el hecho, podría configurar una estrategia del empleador para impedir la afiliación sindical, mediante presiones para abandonar la organización, a las cuales es imposible resistir sin sufrir costos en estabilidad laboral o condiciones de trabajo y remuneración”*.<sup>8</sup>

Nos parece correcto el criterio planteado por la Dirección del Trabajo, en cuanto fija parámetros mínimos a seguir frente a un eventual supuesto de hecho.

<sup>8</sup> Dirección del Trabajo, orden de servicio N° 2, 22-03-2002.



Pero estos parámetros también pueden ser ejemplificados de otro modo. Por ejemplo, puede ocurrir que el empleador no cumpla su obligación de otorgar el trabajo convenido a un dirigente sindical. Este hecho aislado puede significar una práctica antisindical a la luz de los Arts. 7, 289 letra f), y 291 letra a) del Código del Trabajo.

Sin embargo, puede ocurrir que por una causa justificada no haya podido en ese minuto dar cumplimiento a su obligación, como si hubo un corte de energía eléctrica y el trabajador debe operar una máquina eléctrica.

La doctrina española advierte que *"En definitiva, no toda afectación negativa de los derechos sindicales puede ser calificada como lesión y, por ende, antisindical en sentido técnico-jurídico, sino que más correctamente, sólo merecerá aquella denominación la que no esté permitida por el ordenamiento jurídico; esto es, la que incorpore la nota de la antijuridicidad"*.<sup>9</sup>

Ahora bien, en esta misma línea de razonamiento, podemos afirmar que **el reconocimiento al empresario del poder de organización y dirección dentro de la empresa convierte en lícito, en principio, su ejercicio, de manera que la afectación que pueda producirse con tal ejercicio para los derechos sindicales debe presumirse legítima.**

En consecuencia, solo será posible destruir esta presunción si se acredita la existencia de hechos o indicios que demuestren que la conducta encubría, en verdad, fines antisindicales.

La doctrina española expresa sobre el particular que *"La existencia de un daño a la libertad sindical no es suficiente para declarar en estos casos la antisindicalidad, sino que amparado el empleador en el ejercicio legítimo de sus derechos, sólo cederá tal eximente cuando se pruebe que dicho sujeto actuó esos poderes de manera solapada o simulada, para atentar, efectivamente, contra aquellos derechos sindicales"*.<sup>10</sup>

Finalmente, como un último comentario, lo que se debe evitar producto de esta amplitud del concepto "antisindicalidad" es el **abuso del derecho**, esto es, que no se utilicen los legítimos derechos empresariales, así como los legítimos derechos sindicales, para obtener un fin desvinculado de aquel para el cual existen.

<sup>9</sup> Valdeolivas García, Yolanda, ob. cit., pág. 74.

<sup>10</sup> Valdeolivas García, Yolanda, ob. cit., pág. 113.

## 2.6. Las prácticas antisindicales y el despido de trabajadores

La Ley 19.759, como se adelantara al inicio de nuestro trabajo, junto con aumentar las multas con que se sancionan las prácticas antisindicales y corregir el procedimiento para su denuncia y declaración, dotando de un rol más activo a la Dirección del Trabajo para estos efectos, vino también a regular en forma expresa la situación de las *prácticas antisindicales que han implicado el despido de trabajadores*, materia que con anterioridad no se regulaba.

A este respecto cabe distinguir dos situaciones:

### **1ª Cuando la práctica antisindical ha implicado el despido de un trabajador amparado por fuero.**

Esta hipótesis la contempla el Art. 292 inc. 9º, dentro del procedimiento de denuncia y declaración de las prácticas antisindicales. No analizaremos esta norma, por no ser objeto de estudio en esta oportunidad.

### **2ª Cuando la práctica antisindical ha implicado el despido de trabajadores *no amparados por fuero laboral*.**

Esta hipótesis la contempla y regula el Art. 294 en los siguientes términos: **“Si una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en este Libro o en el Título VIII del Libro IV, han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno.**

**El trabajador deberá intentar la acción correspondiente dentro del plazo a que se refiere el Art. 168.**

**El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el Art. 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.**

**En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.**

**El juez de la causa en estos procesos deberá requerir el informe de fiscalización a que se refiere el inciso cuarto del Art. 292”.**

Esta norma será objeto de nuestro análisis particular, por las múltiples dudas que se presentan a su respecto.



### 3. El despido antisindical de trabajadores sin fuero

#### 3.1. Breve referencia a la historia legislativa de esta norma

El proyecto que ingresó al Senado (como indicación sustitutiva del presentado en noviembre del año 2000) con fecha 20 de marzo de 2001 contemplaba este Art. 294 con tan solo un inciso.

Al efecto, disponía el proyecto en su Art. único numerando 72: "Sustitúyase el Art. 294 por el siguiente: Si una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en este Libro o en el Título VIII del libro IV de este Código, han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno".

En estos términos ingresó al Senado.

El primer informe recaído en el proyecto, de la comisión de Trabajo y Previsión Social, fue evacuado el 3 de abril de 2001, en la sesión N° 32.<sup>11</sup>

Allí se consignan las consideraciones generales sobre el proyecto. Pero en lo referente a la norma que nos ocupa nos parece particularmente interesante una observación del senador Pérez, quien señala: "Dada la amplitud de las prácticas antisindicales, esta norma se constituye en *una forma encubierta de inamovilidad laboral*".

Si bien esta afirmación puede resultar, a primera vista, un tanto exagerada, refleja el extremo al cual se puede llegar si se utiliza de mala forma el Art. 294, porque no hay restricciones en la ley para su utilización. No se olvide que esta norma obliga al juez a decretar la reincorporación del trabajador, antes que todo.

Posteriormente el proyecto fue aprobado en general el 11 de abril de 2002 en la sesión N°36.<sup>12</sup>

Ya en la discusión y aprobación en particular, que se efectuó el día 4 de julio de 2001, en la sesión N° 11,<sup>13</sup> esta disposición fue objeto de indicaciones *para eliminarla*, por parte de algunos senadores, entre ellos doña Evelyn Mathei, los sres. Boeninger, Adolfo Zaldívar, Andrés Zaldívar, Alejandro Foxley, Osain Sabag y otros.

<sup>11</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión N° 32, en 3 de abril de 2001.

<sup>12</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión N° 36, en 11 de abril de 2001.

<sup>13</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión N° 11, en 4 de julio de 2001.

Los argumentos de quienes estaban a favor y en contra de esta indicación pueden resumirse con las intervenciones de algunos senadores.

Así, el senador Boeninger planteó que *"El efecto perverso que puede tener una disposición de reintegro obligado de personas despedidas es muy grande, porque siempre se va a tratar de presentar cualquier despido como una práctica antisindical, lo que genera conflictos sin resolver nada"*.

Agregó el senador que esta hipótesis del despido antisindical de trabajadores sin fuero debía *corregirse por la vía de las sanciones pecuniarias*.

En este mismo orden de ideas, el senador Pérez expresó que *"ciertamente, al existir esta disposición habrá un incentivo frente a las otras alternativas de despido existentes respecto de una persona para alegar prácticas antisindicales. Porque tengamos conciencia de que el empleador que despide a un trabajador, aunque su acción sea calificada de práctica antisindical, siempre va a tener un motivo estipulado en los artículos pertinentes del Código del Trabajo. Nunca se va a dar por acusado previamente de una práctica antisindical. Será el juez el que la señale. Pues bien, eso tiene las sanciones que hemos aprobado anteriormente, y la persona despedida tendrá las indemnizaciones que contempla este mismo Código"*.

Por otra parte, contrariamente se manifestó el senador Pizarro, quien expresó que *"lo que aquí puede producirse en la práctica constituye casi un premio para quien incurre en la conducta antisindical (...) El juez determina que el empleador incurrió en una práctica antisindical, pero el castigo es para quien pierde el empleo y no puede volver a su trabajo"*.

En definitiva, se aprobaron las indicaciones para eliminar esta norma.

Ahora bien, en la Cámara de Diputados, en el análisis particular por parte de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, esta norma fue repuesta, pero en similares términos a la actual, por indicación de las diputadas Sras. María Rozas y Adriana Muñoz, y de los diputados Sres. Riveros, León, Navarro, Muñoz y Seguel.

La única diferencia con el artículo actual era que el contenido del Art. 294 bis aparecía como inciso final en la indicación mencionada.

En concepto de estos diputados, la indicación tenía por objeto ***augmentar las sanciones al empleador que ejerce prácticas antisindicales, dejando al trabajador la opción de reincorporarse a la empresa o acceder a una indemnización aumentada, en caso de serle favorable la sentencia del Juez.***



Así pasó a la Cámara para su discusión y aprobación en particular.

En la oportunidad, el Ejecutivo formuló una indicación para remplazar el Art. 294, aprobado por la comisión de Trabajo y Seguridad Social, cuyo contenido corresponde al actual.

Los dos extremos del debate fueron expuestos, por una parte, a favor, por el diputado Navarro, y por otra parte, en contra, por el diputado Paya.

El diputado Navarro esgrimió similares argumentos a los expuestos con motivo de la indicación para reponer el Art. 294 en la comisión.

Mientras, el diputado Paya expresó que *"Con una norma de esta naturaleza, cualquier trabajador entenderá que invocar la existencia de prácticas antisindicales como trasfondo de su despido, le abre una posibilidad que no tiene si no invoca esa causal. Y esa posibilidad es, ni más ni menos, que lo reintegren. Con esto se distorsiona completamente todo"*.

En definitiva, se aprobó la indicación del Ejecutivo.

Todo lo dicho consta en la sesión N° 33, de 4 de septiembre del año 2001, de la Cámara de Diputados.<sup>14</sup>

Esta norma se mantuvo así hasta el final, pues el Senado, al conocer de las modificaciones incorporadas por la Cámara Baja al proyecto despachado en primer trámite constitucional, lo aprobó íntegramente.

### **3.2. Tipos de prácticas a las que resulta aplicable el Art. 294**

De la lectura del inciso 1º del artículo en análisis, se coligen dos elementos:

**1º** Debe tratarse de alguna de las prácticas antisindicales señaladas en los artículos 289, 290, 291, 387 y 388 del Código del Trabajo.

**2º** Que éstas hayan implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral.

Podríamos estimar, por la redacción del precepto, que para que sea procedente esta norma, debe tratarse exclusivamente de alguna de las prácticas que están expresamente descritas en la ley.

<sup>14</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión N° 33, en 4 de septiembre 2001.

En efecto, el precepto señala que debe tratarse de alguna de las prácticas "*establecidas*" en las normas que menciona. Siendo así, si la práctica ha implicado el despido de un trabajador sin fuero, y ella no aparece en alguna de las descripciones, no procede la aplicación del Art. 294.

Sin embargo, nos encontramos con que la mayoría de los tipos que configuran un comportamiento antisindical, en dicho articulado, no resultan necesariamente coincidentes con el despido. Así, por ejemplo, "el que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato" (Art. 289 letra c) o "el que se niegue a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece este Libro y el que ejerza presiones para obtener el reemplazo de los mismos" (Art. 387 letra a).

Tal vez lo correcto habría sido establecer "expresamente" como práctica antisindical *el despido antisindical* en una o más formas.

Cobra plena vigencia aquí lo dicho a propósito del concepto de "práctica antisindical o desleal", lo que nos obliga a considerar el problema de la amplitud del concepto y que los enunciados de todos estos artículos no son taxativos.

De este modo, el análisis debe partir por la descripción genérica "atentar contra la libertad sindical", en el caso del Libro III, o "entorpecer la negociación colectiva y sus procedimientos", en el caso del Libro IV.

Creemos que con esta indeterminación legal se abre la posibilidad de que cualquier trabajador, respecto del cual se ponga término a su contrato por una causal legal, puede solicitar la nulidad de su despido sobre la base de la supuesta existencia de una práctica antisindical.

Para evitar esta situación, debe tenerse presente lo que consideramos en párrafos anteriores, que *el actuar del empresario dentro de sus facultades de organización y dirección de la empresa debe tenerse por lícito, mientras no se demuestre que efectivamente ha incurrido en algunas de estas prácticas.*

### **3.3. Plazo para entablar la acción judicial y procedimiento a que se somete la tramitación**

En cuanto al plazo, parece claro que es de 60 días hábiles contados desde la separación del trabajador, conforme al artículo 294 con relación al artículo 168, ambos del Código del Trabajo.





Agreguemos que la Dirección del Trabajo ha señalado que el plazo que establece el artículo 294 para accionar es un plazo de caducidad (orden de servicio N° 2, de 22-03-2002).

Tratándose del procedimiento, la Dirección del Trabajo en la misma orden de servicio ya referida ha señalado que para que se dé inicio al procedimiento de tutela se requiere necesariamente la iniciativa del trabajador afectado.

Pero en cuanto al procedimiento a utilizar, no nos queda claro cuál es el que corresponde.

Al efecto dos son las alternativas posibles:

1ª Aplicar el procedimiento especial, breve y concentrado del Art. 292.

2ª Aplicar el procedimiento común de los artículos 425 y siguientes del Código del Trabajo.

Para fundamentar la primera de las alternativas existen los siguientes argumentos:

A) La historia de la ley. En efecto, el protocolo del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social entregado en el Senado sobre el proyecto de ley de reformas laborales, señala que "El Ejecutivo estudiará modalidades para perfeccionar el procedimiento laboral específico para el ejercicio de esta acción, de forma tal de conferirle una identidad propia a través de la concentración y brevedad del procedimiento".<sup>15</sup> Esto da a entender que puede operar mientras ocurra aquello.

B) La finalidad buscada en la sentencia del tribunal es declarar la existencia de una práctica antisindical que ha implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral. De manera que el bien jurídico protegido resulta ser la libertad sindical y no el principio de estabilidad en el empleo.

C) La orden de servicio N° 2, de fecha 22 de marzo del año 2002, de la Dirección del Trabajo, señala que "*Debe entenderse que se trata de un único procedimiento con particularidades en función del sujeto pasivo de la práctica antisindical*".

Sin embargo, pensamos diferente. Creemos que el procedimiento aplicable en este caso no es otro que el procedimiento ordinario contemplado

<sup>15</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión N°28, en 11 de septiembre de 2001.

en los Arts. 425 y siguientes del Código Laboral, por los siguientes argumentos:

1) El inciso segundo del Art. 294 señala que el trabajador deberá intentar "*la acción correspondiente*" dentro del plazo a que se refiere el Art. 168.

El legislador exige el ejercicio de una acción que ponga en movimiento un procedimiento que tenga correspondencia con aquélla y con la pretensión, o sea, obtener la nulidad del despido.

De ser aplicable el procedimiento del Art. 292, *lo habría dicho expresamente* el legislador, pues para la aplicación de un procedimiento distinto del ordinario debe existir una regla especial diversa, lo que no ocurre en este caso.

Lo anterior se desprende del tenor del Art. 425, que expresa: "las causas laborales se tramitarán de acuerdo con el procedimiento que establece este título, el que será aplicable en todas aquellas cuestiones, trámites o actuaciones que *no se encuentren sometidas a una regla especial diversa*".

2) Lo anterior redundaría en un problema de igualdad procesal.

Antes de hacer cualquier consideración, en este orden, debemos tener presente que los hechos constatados en el informe de fiscalización de la Inspección del Trabajo "constituyen presunción legal de veracidad", de manera que el empleador parte con una suerte de "presunción de culpabilidad" respecto de esos hechos.

Teniendo lo anterior presente, podemos hacer algunas precisiones.

En primer lugar, tenemos un problema con la citación a la audiencia en este procedimiento. Ella se efectúa por carta certificada, dirigida a los domicilios que figuren en el informe de fiscalización y se entenderá practicada en el plazo a que se refiere el artículo 478 bis, es decir, al sexto día hábil "contado desde la fecha de su *recepción*" por la oficina de Correos respectiva, de lo que deberá dejarse constancia por escrito.

Con una norma de este tipo, no hay certeza acerca de si, en definitiva, el empleador recibe efectivamente la carta certificada que contiene la citación a la referida audiencia, y aun cuando la recibiere, puede que lo sea en tiempo inoportuno, por ejemplo, un día antes de la audiencia u horas antes de la misma.

Aun más, la citación que debe efectuar el tribunal no está regulada, en cuanto a su contenido, en el referido artículo, de modo que, no siendo sinónimos, en sentido técnico-jurídico, los términos citación y notificación, el contenido de la primera se limitará a señalar el día y la hora en que se llevará a efecto la audiencia, pero sin expresar los motivos de ella, y si lo hiciera, no serían suficientes como para una adecuada inteligencia de la cuestión debatida

Como consecuencia de lo dicho anteriormente, las posibilidades de defensa del empleador se ven sumamente reducidas, pudiendo llegar al punto de que el juez dicte sentencia sin siquiera haber oído al empleador.

En segundo lugar, el procedimiento del Art. 292 fue diseñado, exclusivamente, para la determinación de la existencia o no de una práctica antisindical.

Pero, cuando entra en juego otro bien jurídico protegido, como lo es la facultad de organización y dirección de la empresa por parte del empleador, entonces el debate jurídico y, por consiguiente, el análisis del tribunal debe ser más detenido. Si aplicamos el Art. 292, ello no será posible, pues el juez, por la naturaleza del procedimiento, debe dictar sentencia en la misma audiencia o dentro de tercero día, conforme al inc. 8° del citado artículo, lo que excluye la posibilidad de un análisis de las características reseñadas.

Todo lo dicho hasta aquí justifica plenamente la aplicación del procedimiento ordinario laboral, pues de lo contrario significaría la vulneración de las más mínimas garantías de igualdad procesal, teniendo presente la relevancia de las materias que son objeto de debate.

3) Si se tratara del mismo procedimiento, la referencia que el Art. 294 hace al informe de fiscalización que consigna el inc. 4° del Art. 292 resultaría inoficiosa, pues si ese informe es parte del procedimiento, no habría sido necesario remitirse a él.

4) Finalmente debemos señalar que el legislador trata expresamente la situación de los trabajadores amparados por fuero, dentro del Art. 292, pero no lo hace con los no amparados por tal garantía.

De haber sido aplicable el mismo procedimiento, los habría mencionado en la misma norma, pero si los reguló en otra, es porque se trata de una situación especial distinta, que requiere de otro procedimiento.

A mayor abundamiento, sobre este punto, el inciso final del antiguo Art. 292 disponía expresamente que si la práctica antisindical implicaba el despido de un trabajador, se aplicaban las normas que regulaban la materia.

Actualmente esta norma no existe y el despido antisindical de trabajadores con fuero se recoge expresamente en el Art. 292, aplicándosele el procedimiento breve y concentrado, pero, como no incluyó a los no aforados, significa que se aplica la regla general, cual es el procedimiento ordinario.

La situación de los trabajadores con fuero, que han sido objeto de un despido, justifica la aplicación del Art. 292, el cual ordena su reincorporación inmediata.

Ello, por cuanto el despido de un trabajador amparado por esta garantía implica haber infringido el Art. 174, que señala la forma en que debe procederse a su respecto en caso de despido.

Consecuente con esto, la libertad sindical se ve directamente afectada, pues si no se utilizó la forma señalada, aparece clara una motivación antisindical.

En suma, el despido de un trabajador con fuero que está relacionado con un sindicato o involucrado en una negociación colectiva, en una forma distinta a la contemplada en el Art. 174, constituye un atentado directo a la libertad sindical, resultando plenamente justificada la inclusión de esta hipótesis en el Art. 292.

En cambio, tratándose de trabajadores no amparados por fuero laboral, la situación es más compleja, pues las más de las veces se tratará de calificar de antisindical o no aquellos supuestos en que la conducta empresarial, al tiempo de venir amparada en el legítimo ejercicio de un derecho, resulta actuada, de forma simultánea, con fines antisindicales.

Ello, entonces, obliga a analizar dos grupos de materias, esto es, la causal de despido invocada y la antisindicalidad, que no aparece tan evidente, por lo que se justifica la aplicación del procedimiento ordinario laboral.

#### **3.4. *Onus probandi***

Determinado cuál es el procedimiento a aplicar, surge la duda acerca de si el informe de fiscalización de la Inspección del Trabajo tiene la fuerza suficiente para invertir la carga de la prueba.

En este sentido, la presunción de veracidad que se asigna al informe referido no puede sino referirse a los hechos que allí constan.

Pero la estimación o calificación jurídica de que constituyan práctica antisindical es una facultad privativa del sentenciador.

De lo contrario, no se justificaría la intervención del juez para establecer la existencia de la práctica antisindical.

### **3.5. Efectos de la declaración de la existencia de una práctica antisindical**

El legislador razona sobre la hipótesis de un despido, determinando los siguientes efectos:

- 1) El despido no produce efecto alguno, es decir, es nulo.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, surge para el trabajador la posibilidad de optar por:
  - a) La reincorporación.
  - b) El derecho a la indemnización por años de servicio establecida en el Art. 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a 3 meses ni superior a 11 meses de la última remuneración mensual.

### **3.6. Consecuencias pecuniarias de la opción**

A este respecto, debemos distinguir 2 situaciones:

- 1) Si la opción es la reincorporación.
- 2) Si la opción es el término del contrato.

#### **3.6.1. Opción por la reincorporación.**

Llama la atención que el legislador se haya limitado a señalar que el despido en estos casos "no producirá efecto alguno", sin determinar la suerte de las remuneraciones comprendidas en el período de separación del trabajador.

No obstante esta omisión, pensamos que parece lo justo que, si el despido no produce efecto alguno, el trabajador perciba las remuneraciones

devengadas durante el período de separación, las que, además, deberían reajustarse y aplicárseles intereses, conforme al Art. 63 del Código del Trabajo.

La duda podría surgir a partir de lo que dispone el Art. 162 inc. 7º, a propósito de la nulidad del despido por no pago de las cotizaciones previsionales, en que se regulan expresamente los efectos de esta nulidad, disponiendo que el empleador debe pagar las remuneraciones comprendidas entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación, al trabajador, que acredita el pago de las cotizaciones previsionales.

Creemos que se trata de un simple olvido del legislador, pues "donde existe la misma razón, existe la misma norma".

Por otra parte, estimamos que el ejercicio de esta opción excluye el cobro de la indemnización establecida en el Art. 163 más sus correspondientes recargos, pues ésta sólo puede concurrir frente al término del contrato de trabajo, situación desvirtuada por el hecho mismo de la reincorporación.

Así lo corrobora el Protocolo del Señor Ministro del Trabajo y Previsión Social entregado al Senado sobre el proyecto de Reformas Laborales. Allí se expresa que *"respecto de las indemnizaciones, cabe señalar que ellas no proceden en el caso que el trabajador opte por la reincorporación, ya que éstas están indisolublemente ligadas a la terminación de la relación laboral, hipótesis que no se verificaría en el evento de la reincorporación, dado que en este evento, como ya se ha dicho, el despido fue declarado nulo y no produjo efecto alguno"*.<sup>16</sup>

### 3.6.2. Opción por el término del contrato.

En este caso parece operar de pleno derecho la indemnización del Art. 163, con los correspondientes recargos, excluyéndose el pago de las remuneraciones devengadas durante el período de separación.

Además, resulta procedente la indemnización adicional, dado que el trabajador eligió el término del contrato. Aquí se erige la práctica antisindical como una *agravante de la responsabilidad pecuniaria del empleador*.

### 3.7. Problemas que origina la opción del término del contrato

Los efectos recién señalados no dejan de producir ciertas dudas razonables, las que analizaremos a continuación.

<sup>16</sup> Idem.

3.7.1. ¿Por qué el Art. 294 al mencionar la indemnización del Art. 163 agrega "...con el correspondiente recargo"?

Lo que en definitiva debemos determinar es si, en último término, despido antisindical es sinónimo de despido injustificado.

Todo parece indicar que sí lo son, pues de otro modo la mención de los "correspondientes recargos" no se justificaría, toda vez que ellos proceden cuando la causal es injustificada, indebida o improcedente.

Si el despido se funda en una práctica antisindical, ello equivale a decir que el despido es injustificado, pues la ley no permite ningún despido que no se funde en una causal legal, y en este caso, el despido se funda en una infracción al ordenamiento jurídico.

3.7.2. Siendo equivalentes los términos despido antisindical y despido injustificado, ¿a qué causal hay que atenerse para determinar el correspondiente recargo?

Resulta de suma importancia determinar qué causal legal ha de considerarse, pues de ello dependerá el monto del recargo a aplicar, teniendo presente que el Art. 168 en ninguna de sus letras contempla, para determinar el recargo, el despido antisindical.

A este respecto surgen, a nuestro entender, las siguientes alternativas:

- 1) Considerar la causal invocada por el empleador para encubrir la práctica antisindical, y luego encuadrarla en alguna de las letras del Art. 168.
- 2) Considerar que no se ha invocado ninguna causal legal para dicho término, aplicando la letra b) del Art. 168.
- 3) Finalmente, estimar que la práctica antisindical constituye un "incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato" por parte del empleador, de manera tal que la opción ejercida por el trabajador en tal sentido signifique un verdadero "despido indirecto" con particularidades propias, debido a las circunstancias en que se produce, resultando aplicable el Art. 171 del Código del Trabajo.

Estimamos que esta última alternativa resulta ser una posibilidad cierta, atendido lo dispuesto por el Art. 2° incisos 2° y 3° con relación a su inciso 6° del Código del Trabajo.

En efecto, dispone el inciso 2° que son contrarios a los principios de las leyes laborales “los actos de discriminación”. Seguidamente, el inciso 3° expresa que los actos de discriminación son “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas (entre otros) en motivos de sindicación”.

Finalmente, el inciso 6° señala que “lo dispuesto en los incisos 2° y 3° de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporados en los contratos de trabajo que se celebren”.

De este modo, el no atender contra la libertad sindical es una obligación del contrato de trabajo, de manera tal que su vulneración a través de una práctica antisindical significa incumplirlo gravemente.

Este despido indirecto se concreta en la opción ejercida por el trabajador de poner término al contrato, una vez declarada la existencia de la práctica antisindical.

3.7.3. La indemnización adicional. Ambigüedad en los parámetros a seguir por el juez para determinar su monto.

La norma en análisis se limita, en el inciso 2°, simplemente a graduar los dos extremos de la indemnización sin hacer referencia alguna a la antigüedad del trabajador en la empresa.

No se trata de un asunto menor. En efecto, piénsese que un trabajador afectado por una circunstancia de esta naturaleza podría tener derecho a 22 meses de indemnización, 11 como máximo legal y 11 adicionales, por la indemnización adicional judicial.

Incluso esta suma será mayor si consideramos la posibilidad que la base de cálculo para los recargos puede involucrar las indemnizaciones convencionales, según lo previsto en el inciso primero del Art. 163, toda vez que la referencia a esta norma es genérica y no específica a la indemnización legal.

Finalmente, señalemos que el Sr. Ministro del Trabajo se hizo cargo de esta situación ante la sala del Honorable Senado, indicando que “el juez de la causa podrá adoptar criterios para fijar la indemnización adicional de manera proporcional a la antigüedad del trabajador o el tamaño de la empresa sancionada, entre otros”.<sup>17</sup>

3.7.4. ¿Procede la concurrencia de la indemnización adicional tanto en el evento de reintegro, como en el evento de optar por la indemnización?

<sup>17</sup> Idem.





Puede surgir la duda en orden a determinar si la indemnización adicional procede en todo evento.

Estimamos que una buena doctrina nos obliga a pensar que ésta sólo puede concurrir como adicional de la indemnización establecida en el Art. 163, en consideración a los siguientes argumentos:

1° La redacción del precepto. Se establece una “o” como conjunción disyuntiva entre las frases “el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal” “o” “el derecho a la indemnización establecida en Art. 163 con el correspondiente recargo”.

A continuación, se establece una conjunción copulativa “y”, seguida de “adicionalmente a una indemnización que fijará el juez”.

En otras palabras, la indemnización adicional lo es a la indemnización del Art. 163, pero no de la reincorporación.

2° Puede señalarse nuevamente el Protocolo del Sr. Ministro del Trabajo ya citado (N° 3.6.1).

3° La naturaleza jurídica de la indemnización permite, igualmente, arribar a esta conclusión.

La indemnización viene a reparar el daño que provoca el despido en el caso del Art. 163, y adicionalmente se incrementa por ser éste producto de una práctica antisindical.

En la reincorporación, el hecho dañoso ha sido reparado, precisamente, por esta medida decretada por el tribunal que restablece el imperio del derecho.

4° Finalmente, debemos considerar que al declarar el juez sin efecto el despido, ha generado como consecuencia el pago de las remuneraciones devengadas durante el período de la separación.

Si procediere la indemnización adicional, en este caso, el despido “sí estaría produciendo algún efecto”.

3.7.5. Efectos del pago de la indemnización por años de servicio al trabajador despedido, sin mediar finiquito y antes de la declaración de antisindicalidad del mismo.

Puede suceder que el empleador, invocando la causal de necesidades de la

empresa, pague al trabajador la indemnización por años de servicio correspondiente sin haber firmado un finiquito.

En tal caso, cabe preguntarse ¿puede el trabajador reclamar de la antisindicalidad del despido? Y en tal evento ¿puede el empleador pedir devolución de lo pagado?

Para encontrar una respuesta, debemos tener presente que la Ley 19.759 eliminó el inciso final de la letra a) del Art. 169, el cual consignaba la aceptación de la causal por la circunstancia de que el trabajador hubiese instado o recibido un pago parcial o total de la suma ofrecida como oferta irrevocable de pago por el empleador.

A luz de esta modificación, una alternativa sería entender que al trabajador le queda expedita la vía judicial para optar al recargo del Art. 168 letra a), es decir, un 30% por aplicación improcedente del Art. 161.

Ello, sin considerar las multas que deberá soportar el empleador, y la existencia de la indemnización adicional.

En cuanto a las sumas pagadas al trabajador, frente a este supuesto parece no ser necesario que las devuelva, pues en todo caso le corresponden, dado que la causal invocada es la de necesidades de la empresa, de modo que lo que en definitiva se resuelva incidirá en los recargos, mas no en la procedencia de la indemnización que ya se le enteró.

No obstante lo anterior, pensamos que la alternativa correcta es otra. En efecto, a pesar de la derogación del referido inciso final de la letra a) del Art. 169, claramente la aceptación por parte del trabajador de esas sumas implica una renuncia a toda acción.

Como "nadie puede ir en contra de sus propios actos", no puede el trabajador ejercer una facultad o hacer valer una pretensión en contradicción con una conducta anterior.

En este sentido el señor Ministro del Trabajo, ante la sala del H. Senado, manifestó que la modificación en comentario "no puede interpretarse en el sentido de que se ha querido dejar a salvo el derecho a impugnar la causal de despido antisindical a pesar de haber recibido todo o parte de las indemnizaciones, ya que, como se sabe, el hecho de haber recibido esas sumas se hace conjuntamente con la firma del finiquito, lo que implica la renuncia del trabajador a toda acción".<sup>18</sup>

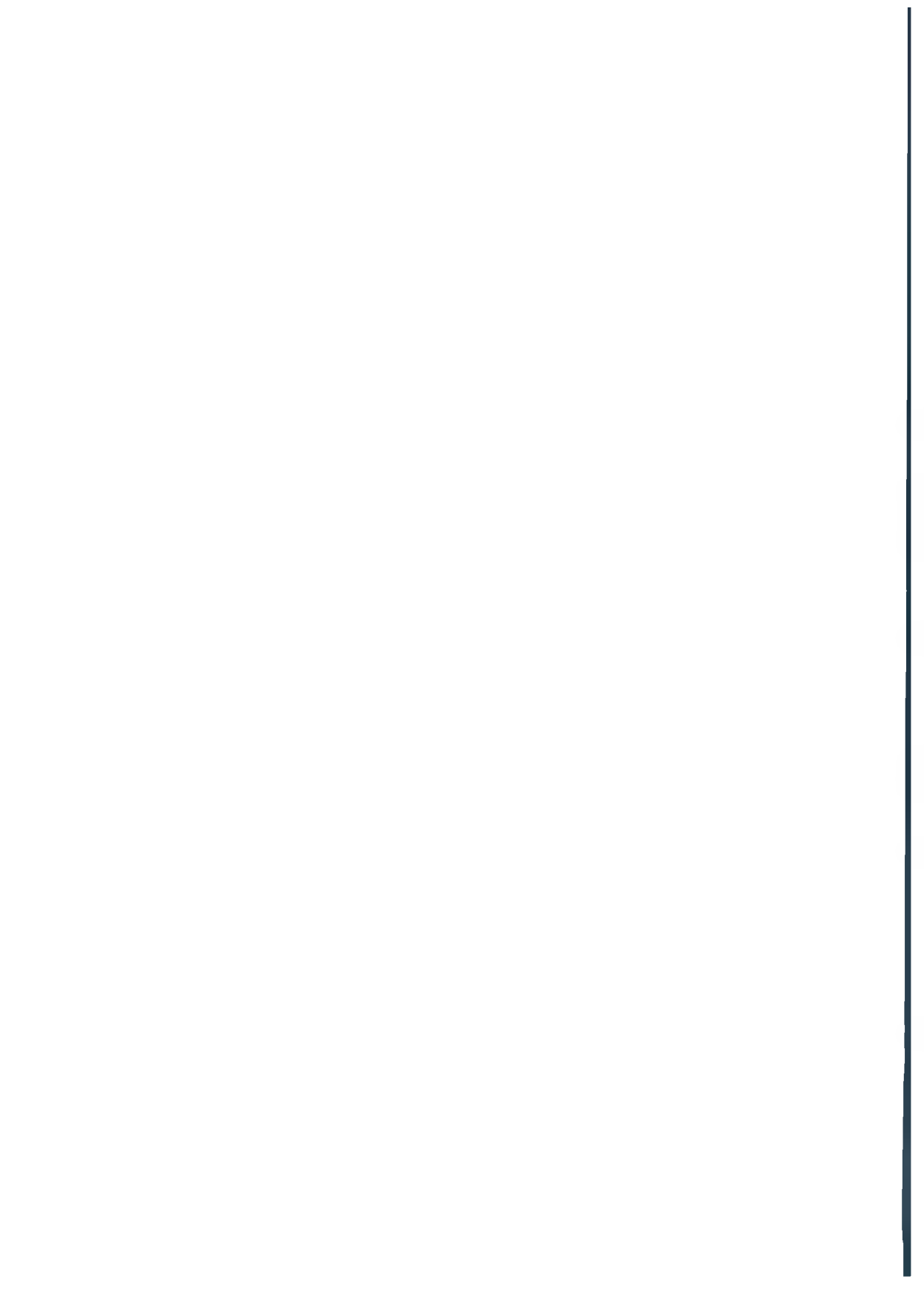
<sup>18</sup> Idem.



Compartimos parcialmente esta apreciación, pues en lo que se refiere al finiquito, la ley en ninguna parte lo hace obligatorio para poner término a la relación laboral, de manera que, acreditado que sea el pago de las indemnizaciones, significa que el trabajador ha renunciado a toda acción.

### **Algunas consideraciones finales**

- 1) La instauración de la norma que fue objeto de análisis ha creado una nueva esfera de responsabilidad para el empleador, cuya fuente es la infracción del deber ético-jurídico contenido en el contrato de trabajo por expreso mandato del Art. 2º inc. 6º del Código del Trabajo, de no atender contra la libertad sindical y que ha implicado el despido de un trabajador no amparado por fuero. Esto obligará al empleador no sólo a extremar los cuidados al invocar una causal de despido, sino que también, sin duda alguna, lo obligará a pensar muy bien la contratación de un trabajador, dadas las dificultades y costos que puede significar en el futuro.
- 2) Si bien el establecimiento de amplios criterios de libertad sindical debe ir ligado a amplios criterios de defensa de esa libertad, ello no debe llevarse al extremo de mezclar peligrosamente dos materias diferentes, como lo son el término de la relación laboral y la concurrencia de una práctica antisindical. Con esto, se advierte la tendencia del legislador a, por esta vía, crear la mayor estabilidad posible en el empleo, en circunstancias que una alta creación de empleos debe ir acompañada de una alta rotación de los mismos, lo cual se propicia a través de una legislación más flexible, que no encarezca tanto el término de la relación laboral.
- 3) La relación laboral es, en su esencia, voluntaria, de manera que no parece correcto que el legislador pretenda "forzar" su mantenimiento, como lo hace con la norma que contempla el Art. 294. Esto evidencia lo peligroso que es abordar un problema técnico-jurídico con un enfoque político.
- 4) Tratándose del ejercicio de la acción por parte del trabajador despedido, ella debería ir acompañada de mayores exigencias, de modo de evitar un uso abusivo. Por ejemplo, obligarlo a reclamar, primero, de la causal invocada por el empleador.





# La responsabilidad ante el Código Tributario

**Misael Morales Godoy**

Abogado del Servicio de Impuestos Internos  
Profesor Ayudante de Derecho Civil y Derecho Económico IV (Tributario)  
**UNIVERSIDAD CENTRAL**

## Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad demostrar una vez más que la institución de la responsabilidad en el derecho es una sola, idea que es compartida por la doctrina moderna nacional, cuyos fundamentos los encontramos en el derecho común, adoptando diversos estatutos, que dependen del bien jurídico tutelado y de cuál sea la gravedad de la violación a la norma jurídica.

Es claro que un mismo hecho puede dar origen a distintos tipos de responsabilidad. Por ejemplo, de un cuasidelito de lesiones producto de un accidente de tránsito puede derivar una responsabilidad civil, por el cobro de los perjuicios o daños ocasionados por el acto, y por otra parte, una responsabilidad penal o infraccional, según sea la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima, situación fáctica que dependerá de la calificación que de ellas efectúe el Instituto Médico legal.

En materia impositiva, por su parte, un hecho, el no presentar declaraciones a que se está obligado, puede derivar en responsabilidad administrativa o infraccional, civil y criminal, dependiendo del ánimo que en su conducta tenga el contribuyente.

En el Derecho Tributario, por su naturaleza, la ley juega un papel preponderante en el nacimiento de la relación jurídica tributaria y en el tratamiento que debe darse a la violación o quebrantamiento de este deber de pago de los tributos, que genera responsabilidades al contribuyente infractor.

La presente exposición está dividida en tres capítulos, mirados siempre dentro de la esfera del Derecho Tributario:

- I. *La responsabilidad en materia de tributos.*
- II. *Tipos de responsabilidad en materia tributaria.*
- III. *Responsabilidad penal en materia tributaria.*

## I. La responsabilidad en materia de tributos

La potestad tributaria es entendida como *"La facultad de instituir impuestos y tasas, como también deberes y prohibiciones de naturaleza tributaria"*.<sup>1</sup>

Esta potestad *"da origen a una relación jurídica: relación jurídica tributaria o relación jurídica de impuesto. Ella tiene, como toda relación jurídica, dos sujetos, activo el uno y pasivo el otro"*.<sup>2</sup>

Como se observa, desde este poder radicado en el Estado, de naturaleza impositiva, se da origen a una relación jurídica entre el Fisco y el contribuyente, cuyo objeto es el pago del impuesto, que refleja la obligación tributaria que pesa sobre el contribuyente.

Dentro de esta materia, creo necesario citar al profesor don Bernardo Lara, quien en sus cátedras nos daba el siguiente concepto de impuesto: *"la cantidad de dinero que el Estado exige de las economías privadas en uso de su poder coercitivo, sin proporcionarle al contribuyente, en el momento de pagar, un servicio o prestación, y que está destinado a financiar los egresos del Estado"*.

Lo anterior nos da el origen de la obligación en materia tributaria, es claro que su causa y fuente es únicamente la ley, en virtud del conocido principio de legalidad que en esta materia existe. Por ende, nos encontramos frente a las denominadas obligaciones legales, ya que ellas, en su contenido y alcances, están impuestas directamente por la ley.

Hasta ahora tenemos claro que respecto de los particulares el Estado ejerce su potestad tributaria, estableciendo con ello una relación jurídica de deber, que se traduce en el pago de los impuestos, siempre que nuestra conducta o actividad dé origen a un hecho gravado con un tributo establecido en virtud de la citada facultad.

Quiero dejar en claro que el pago de los impuestos es un deber y no un derecho optativo del contribuyente. En mi opinión, y como lo dice el señor Decano de esta facultad, don Pablo Rodríguez, **esta obligación es un deber de conducta**, *"la obligación, en cuanto vínculo jurídico que liga a un sujeto activo o pretensor y un sujeto pasivo (deudor u obligado), describe un deber de conducta que en el supuesto de que no sea ejecutado, habilita al acreedor para exigirlo"*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pedro Massone F., *Principios de Derecho Tributario*. Edeval, Valparaíso, pág. 28.

<sup>2</sup> Manuel Vargas V., *Obligación Civil y Obligación Tributaria*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Tercera edición, 1995, pág. 17.

<sup>3</sup> Pablo Rodríguez Grez, *La Obligación Como Deber De Conducta Típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1992, págs 193 y ss.



De esta manera, la obligación en el pago de los impuestos recae sobre todos los contribuyentes que se encuentren dentro del hecho imponible que da nacimiento al impuesto, siendo un deber que emana directamente de la ley.

Recalco que es un deber y no un derecho, pues nuestra cultura en esta materia fomenta crecientemente la evasión y elusión en el pago de los tributos, conducta que no afecta al Fisco de Chile, sino a toda la comunidad, pues con ello impide y posterga el desarrollo de las políticas de gobierno, ya sea en los ámbitos de educación, salud, empleo, etc.

El Estado está al servicio de la persona humana, dice nuestra Carta Magna, y su deber es propender al bien común, obligación que no sólo radica en él, sino en cada uno de nosotros. Es imposible satisfacer necesidades públicas en forma eficiente si tenemos cerca de un 24% de evasión tributaria, lo que significa 4 mil millones de dólares al año.

De lo señalado se desprende que el tributo se crea por el ejercicio de la potestad tributaria, la cual genera una relación jurídica de deber entre el Estado y el contribuyente, cuya obligación nace, según la posición mayoritaria, con el acaecimiento del hecho generador.

Pues bien, en teoría, según algunas opiniones, la obligación tributaria no nacería sino cuando el respectivo impuesto se determina mediante la correspondiente liquidación.<sup>4</sup>

Puede entenderse la liquidación como el acto administrativo en virtud del cual el Servicio de Impuestos Internos determina un impuesto. Quiero citar el concepto que el profesor **Gonzalo Torres Zúñiga** da en sus charlas: *"es una actuación de la Administración, cuya finalidad es la de determinar un impuesto en base a las declaraciones y antecedentes que presenta el contribuyente o deriva de la facultad de ésta para fiscalizar y aplicar los impuestos con los antecedentes que obren en su poder"*.

Como se observa, el procedimiento de liquidación en materia impositiva puede ser por regla general de tres clases: hecha por el propio contribuyente, efectuada por el ente administrador y la que se realiza mediante una colaboración de ambos.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento no podemos prescindir de la actuación emanada del contribuyente, denominada comúnmente **declaración de impuestos**.

<sup>4</sup> Manuel Vargas V, op. cit., págs. 21 y ss.

Este acto jurídico unilateral tributario emanado del contribuyente es una forma de autodeterminación a priori del tributo. En esta materia, como en todos los actos jurídicos, el principio de buena fe está inmerso, el contribuyente debe ser veraz en sus declaraciones y así se desprende de los siguientes artículos del Código Tributario:

Art. 21. *“Corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir de base para el cálculo del impuesto”.*

Art 30. *“Las declaraciones se harán por escrito, **bajo juramento...**”.*

Art. 34. *“Están obligados **a atestiguar bajo juramento** sobre los puntos contenidos en una declaración, los contribuyentes, los que las hayan firmado y los técnicos y asesores que hayan intervenido en su confección, o en la preparación de ella o de sus antecedentes...”.*

Cabe, entonces, preguntarse quiénes están obligados a declarar. Respecto del I.V.A., únicamente los comerciantes, los contribuyente gravados con el impuesto de 1ª y 2ª categoría, los afectos a los impuestos global complementario y adicional (excepción de los pequeños contribuyentes).

Como se observa, la ley, en esta materia, **impone al contribuyente la obligación, bajo juramento, de veracidad y rectitud en la presentación de sus declaraciones**, es decir, **que se efectúen de buena fe**. De manera tal que el Servicio no puede prescindir de ellas, según lo dispone el inciso segundo del artículo 21 del cuerpo legal citado.

No obstante lo anterior, el Servicio puede y debe hacer uso de todas sus facultades para comprobar **la exactitud de las declaraciones presentadas por el contribuyente, otorgándose una segunda oportunidad al contribuyente para que rectifique su conducta** (art. 63 C.T). Si ellas no fueren fidedignas, o no se presentaren por el contribuyente estando obligado a ello, en estos casos el Servicio está facultado para citar y tasar la base imponible, con los antecedentes que obren en su poder (arts 21 inciso 2º segunda parte, 22, 63 y 64).

La falta de veracidad u omisión en la obligación de declarar genera una responsabilidad para el contribuyente, que se produce como consecuencia de la **infracción** a una norma tributaria. A un deber de conducta tipificado en la ley, porque siempre invariablemente es la ley la que describe la





diligencia, cuidado y actividad que se impone al obligado, así sea directamente o remitiéndose a la voluntad de las partes que gestaron el contrato, cuando la obligación tiene este origen, o bien en función de ciertos estándares generales, como cuando se trata del deber de no causar daño a nadie.<sup>5</sup>

Por lo tanto, la responsabilidad, definida por don Pablo Rodríguez Grez en la obra citada precedentemente, es una "*sanción civil que sobreviene como consecuencia del incumplimiento de una obligación cuyo objetivo es restaurar un equilibrio, originalmente instituido en el ordenamiento, entre quien es titular de un derecho y quien lo quebranta*".

Quiero ir más lejos y señalar que este concepto en lo medular y sustantivo, como dice don Pablo Rodríguez, es aplicable también en materia penal. El sostiene que las responsabilidades civiles y penales tiene el mismo fundamento: la prohibición de una conducta típica preestablecida en la ley por los particulares (contrato), pero con la salvedad de que en un caso la tipicidad es cerrada (delito) y en el otro es abierta (incumplimiento civil), puesto que no hay delito sin ley que lo sancione, ni hay responsabilidad civil sin incumplimiento de una obligación preexistente.<sup>6</sup>

La diferencia está dada por los distintos estatutos que regulan cada una de las especies de responsabilidad, pero creo, y sobre la base de los postulados modernos del Derecho de Daños, que toda responsabilidad puede resumirse en la concurrencia de 4 elementos o presupuestos básicos: **Acción u omisión antijurídica; el daño; la relación de causalidad, y el factor legal de atribución.**<sup>7</sup>

Tomemos como ejemplo esta importante obligación que deriva de la relación jurídica tributaria: la presentación de declaraciones no fidedignas o sencillamente su omisión, puede dar origen a distintas clases de responsabilidades, pero que tienen su fuente en un solo hecho, el incumplimiento de una obligación legal. Claramente se observa **una acción** (declaraciones que no sean fidedignas) **u omisión antijurídica** (no presentar declaración estando obligado); **el daño** (evasión en el pago de los tributos); **relación de causalidad** (que la evasión o elusión sea causada por la conducta); **factor legal de atribución** (que dicho actuar sea imputable a la negligencia o malicia del contribuyente).

<sup>5</sup> Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, págs. 11 y 12.

<sup>6</sup> Pablo Rodríguez, op. cit., pág. 17.

<sup>7</sup> Rubén S. Stiglitz, Gabriel A. Stiglitz, *Seguro Automotor Obligatorio*, Abeledo-Perrot. Bs. As. 1993, págs. 33 y ss.

Apliquemos los presupuestos a materias totalmente distintas, por ejemplo, al *dumping*, que es un tipo de práctica desleal, realizado por empresas, consistente en la introducción de mercaderías de un país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal (discriminación de precios) con la finalidad de causar un daño o amenaza de daño a la producción nacional. Acción (introducir mercaderías a un país con precios inferiores a su valor normal); daño (en perjuicio de los oferentes del mercado nacional); relación causal (entre el monto de las operaciones y cuantía del daño), factor legal de atribución (dolo traducido en la competencia desleal en materia internacional). En materia médica, actuar de un médico u otro facultativo señalado en el artículo 490 del Código Penal, daños, relación causal, factor legal atribución (imprudencia, negligencia e impericia, etc.).

Sin embargo, lo que quiero destacar es que, según como lo calificuemos, un mismo hecho nos puede llevar a distintas clases de responsabilidad, puesto que sustancialmente cumple o se encuadra en varios tipos de ellas, lo que hace factible pensar en una teoría unitaria de la responsabilidad.

Lo anterior se traduce no sólo en el incumplimiento de una obligación legal, basado en la omisión o falsedad de las declaraciones, sino también en la sustracción, ya sea en forma de evasión o elusión, por parte del contribuyente, del pago de los tributos, no sólo en perjuicio del Fisco de Chile, sino de todos nosotros.

## II. Tipos de responsabilidad en materia tributaria

Como lo señalamos en el párrafo anterior, el incumplimiento de un deber emanado de la relación jurídica tributaria acarrea para el sujeto responsabilidad, que emana de la infracción a una norma impositiva.

Puede definirse la infracción tributaria como *“el incumplimiento por parte de un contribuyente de las obligaciones legales, reglamentarias o administrativas, relativas a los tributos establecidos en el sistema impositivo, y que acarrea sanciones para quien resulte responsable de tal incumplimiento”*.<sup>8</sup>

También puede definirse como *“toda violación, dolosa o culpable, de una obligación, de un deber o de una prohibición tributaria sancionada por la ley”*. Dejando de lado, los elementos materiales y subjetivos de la infracción, ella siempre se traduce en una sanción, lo cual esta en armonía con

<sup>8</sup> Alejandro Dumay Peña, *El Delito Tributario*. Ediciones Samver, págs. 51 y ss.



el concepto dado de responsabilidad, traducido en penas criminales, civiles o administrativas, cuya aplicación dependerá de la gravedad de la conducta o de cuál es el bien jurídicamente protegido.

En la responsabilidad civil sólo existe un retardo o una omisión en el pago de un tributo, cuya sanción es la indemnización del perjuicio: interés moratorio y multas. La de carácter administrativo exige una violación **culpable** de una norma, o de una obligación tributaria penada por la ley con una sanción administrativa. Y finalmente en la responsabilidad de carácter penal se observa una violación **dolosa** de las normas tributarias tendiente a evadir impuestos y sancionada por la ley con pena corporal, denominada **delito tributario**.

Cabe preguntarse cuál es la diferencia que existe entre estos tipos o grados de responsabilidad que pueden emanar de un mismo hecho. De partida, *"no es ni el dolo ni la culpa lo que respectivamente caracterizan al delito y a la contravención. Entre ellos hay una diferencia de grados"*.<sup>9</sup>

Como lo señala el profesor Cury, la diferencia entre la pena penal y la administrativa o gubernamental es **cuantitativa**, sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves, cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la pena penal, criterio predominante en el derecho comparado.<sup>10</sup>

En cuanto a los ámbitos penales y civiles en que se desenvuelven las conductas, creo que el elemento diferenciador está dado por el bien jurídicamente protegido; si éste compromete un interés difuso colectivo, la responsabilidad es penal, en cambio cuando el interés es individual, la responsabilidad necesariamente debe ser de naturaleza civil o privada.

### III. Responsabilidad penal en materia tributaria

Siguiendo al profesor Alejandro Dumay, puede conceptualizarse el delito tributario como *"toda acción u omisión maliciosa o intencionada en que incurre el contribuyente, para ocultar, disminuir o desfigurar las operaciones que efectúe, con el objeto de burlar el impuesto a cuya declaración y pago está obligado por la ley, utilizando cualquier subterfugio, artimaña o maquinación dolosa que resulte idónea para cometer la evasión que pretende"*.

<sup>9</sup> Dumay, op. cit., págs 55 y ss.

<sup>10</sup> Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal*. T. I, págs 73 y ss.

Es importante señalar que la idea de crimen implica, naturalmente, la idea de un derecho o de un deber violado. La violación del derecho del Estado y del deber del contribuyente son la esencia del delito tributario.<sup>11</sup>

En el derecho comparado encontramos una definición que resulta interesante: comete delito fiscal *"el que por acción u omisión defraude a la hacienda pública estatal, autónoma, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma..."*.<sup>12</sup>

Creo importante dejar claro ciertos puntos respecto del delito tributario, a saber: el bien jurídico tutelado y el dolo como elemento de los tipos penales de naturaleza impositiva.

En cuanto al **bien jurídico protegido**, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar como protegido el patrimonio fiscal o erario público. Sin embargo, debemos tener en cuenta las materias involucradas por las normas impositivas, referidas en muchos casos al orden público económico. Creo que en forma secundaria este bien se encuentra protegido, toda vez que los tributos están relacionados directamente no sólo con el desarrollo de una actividad económica, sino también con el desarrollo del país, vía inversión nacional o extranjera. Esta última recibe un tratamiento tributario especial, por estar comprometido el orden público, más aun, la norma constitucional, que es pilar fundamental del orden impositivo.

Creo, sin llegar a exageraciones, que tratándose de los nuevos delitos tributarios creados por la Ley N° 19.738, contra la evasión o elusión tributaria, el bien jurídico protegido en forma secundaria o complementaria es **la fe o crédito público**, pues lo que se trata de proteger otorgándole la seguridad que la vida del comercio requiere es el documento privado mercantil conocido como factura. Lo anterior se desprende de la historia fidedigna de esta ley, *"ella contempla tres modificaciones que apuntan al núcleo de la factura falsa, con el objeto de castigar la emisión, circulación y falsedad en el inicio de actividades para lograr el timbraje de facturas que no corresponde"*. Hasta antes de la reforma no existían sanciones en contra de quienes hacían posible el tráfico ilícito de estos documentos, que constituían verdaderas organizaciones criminales establecidas con dicho fin.

<sup>11</sup> Dumay, op, cit., pág. 67.

<sup>12</sup> Miguel Bajo, Silvina Bacigalupo, *Delitos contra la Hacienda Pública*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2000, págs. 41 y ss.

En cuanto al **dolo**, muchos quieren pensar que tratándose de los delitos tributarios se aplicaría un dolo específico, y no genérico. Sin embargo, basta con señalar que tanto en materia penal como civil y desde el derecho romano esta institución ha sido **una sola**, lo que varía son las distintas aplicaciones que ella puede revestir en el derecho, pues de lo contrario sería agregar presupuestos a los tipos que en la práctica los harían inaplicables.

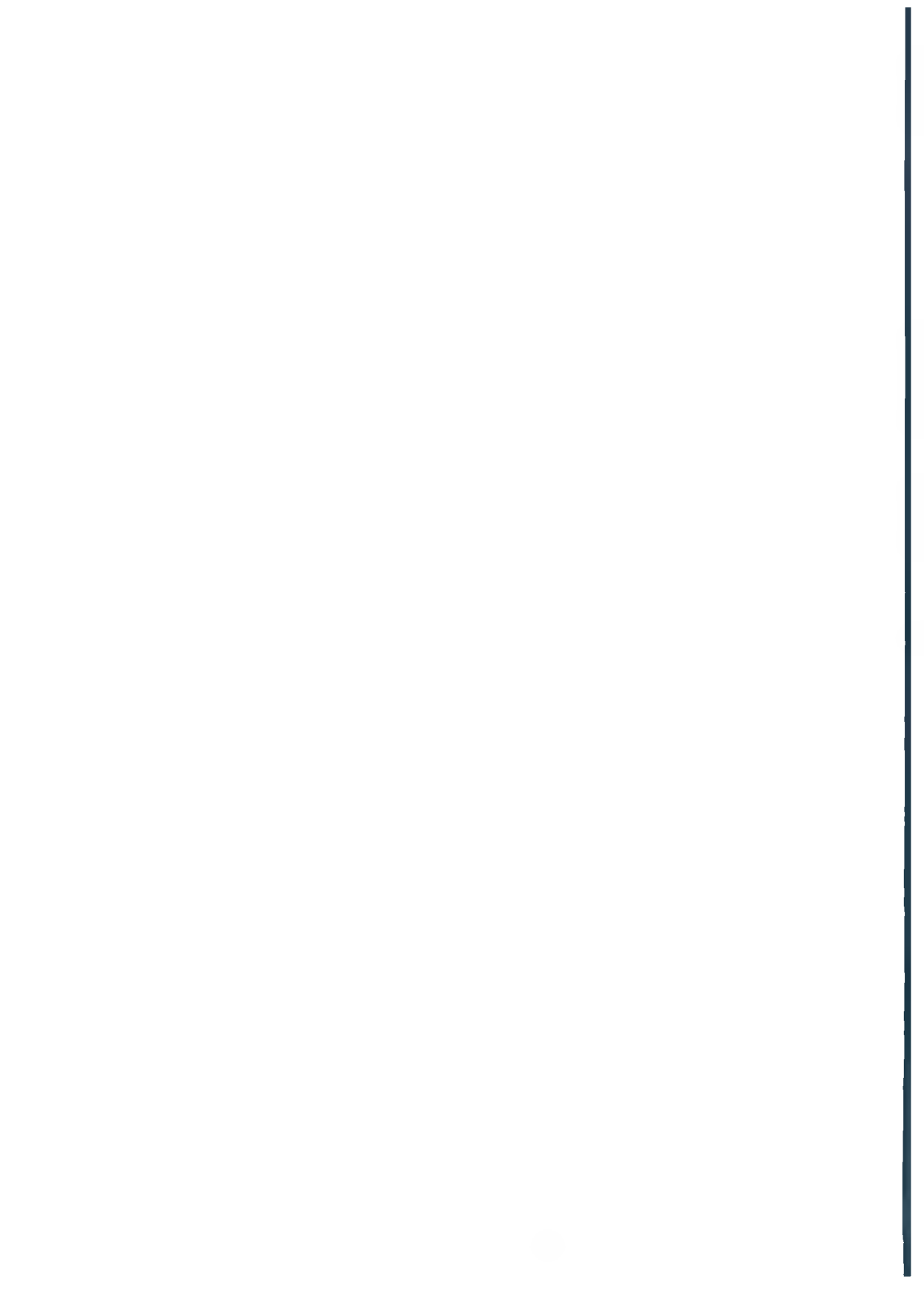
En resumen, el incumplimiento por parte del contribuyente de cualquiera de la obligaciones que emanan de la relación jurídica tributaria le genera responsabilidad, por haber infringido la obligación de deber. Sólo estaremos en presencia de la responsabilidad penal cuando exista una evasión tributaria, entendiendo por ella *“la acción dirigida a eludir el pago de impuestos”* o *“el fenómeno en virtud del cual se elude el pago del tributo sin satisfacer el impuesto y sustrayendo al Fisco la entrada correspondiente”*.<sup>13</sup>

En síntesis, del ejercicio de la potestad tributaria surge una relación jurídica que coloca al contribuyente en la obligación de cumplir una norma de deber, cuya infracción puede dar origen a la evasión tributaria, que acarrea su responsabilidad.

La evasión como fuente de responsabilidad, si bien en principio afecta el patrimonio fiscal y los intereses de él, que se reflejan en el bien jurídico protegido a propósito de los delitos tributarios, no es menos cierto que tras su cumplimiento descansa un interés colectivo o difuso que cambia la naturaleza de la responsabilidad y cuya protección secundaria en esta materia es el cumplimiento de los fines del Estado, principalmente el de bien común. Como dice el destacado profesor Von Ihering, es nuestro deber dentro del marco de *“la lucha por el derecho”*, no permanecer indiferentes a conductas evasivas, justificándolas sobre la base de la costumbre.

---

<sup>13</sup> Dumay, op. cit., pág. 1.





# La responsabilidad del Estado-Municipalidad

**Josefina Soto Larreátegui**

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Instructora Asociada de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## 1. Noción de responsabilidad del Estado

Es el efecto jurídico que la Constitución da a los actos, conductas, hechos u omisiones contrarios a Derecho, producidos por un órgano del Estado, en el ejercicio de sus funciones, cualquiera sean éstas, y que ocasionan daño a una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlo.

## 2. Normas que consagran la responsabilidad del Estado

### 2.1. Constitución Política de 1980

La CP<sup>1</sup> reconoce la responsabilidad del Estado como un principio general del derecho y base de la institucionalidad. Se origina esta responsabilidad cuando cualquiera de sus órganos ha cometido un daño en el ejercicio de su actividad o producto de la omisión de los mismos, incurriendo consecuentemente en la infracción de preceptos constitucionales o en la infracción de normas dictadas conforme a la CP (artículos 6º y 7º inciso 3º).

Estos preceptos que establecen claramente la responsabilidad del Estado por la actuación ilícita de sus órganos, cualquiera sea la función que ellos desempeñen –sea legislativa, judicial, contralora o administrativa–, son complementados por otras disposiciones del capítulo I de la CP, consagradas dentro de las Bases de la Institucionalidad, como son los artículos 4º, 5º inciso 2º y 1º inciso 4º.

Chile es una república, y la expresión república hace referencia a gobierno responsable, y responsable ante la propia comunidad que rige, o sea, se

<sup>1</sup> Abreviatura de Constitución Política de 1980: CP.

trata de un gobierno donde todos los sujetos que la integran, sean públicos o privados, naturales o jurídicos (gobernantes y gobernados), son responsables, deben dar cuenta de sus actos y conductas, pudiendo cualquier lesionado/agraaviado por sus actos, hechos u omisiones llevarlos a los tribunales y solicitar el resarcimiento de los daños o perjuicios que ilícitamente les hubiese provocado tal órgano del Estado.

Dicha aseveración se encuentra confirmada en el artículo 19 N° 2, que dispone que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados que pudieran pretender una inmunidad en este aspecto, y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, o sea, establecer la irresponsabilidad de algún órgano del Estado.

Por su parte, el artículo 5° inciso 2° señala que los órganos del Estado tienen un límite en su actuación, cual es el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que el artículo 19 va especificando, y que están amparados y protegidos, a su vez, mediante las acciones procesales de los artículos 20, 21 y otros; sin perjuicio de las demás garantías legales que el ordenamiento jurídico establezca al efecto.

Por último, el artículo 1° inciso 4° nos recuerda la finalidad ontológica y teleológica del Estado, el hecho de ser un ente de relación, un accidente, y de que el fin de éste es servir al ser humano, anterior y superior al Estado.

Como se puede advertir, la responsabilidad del Estado es un principio fundamental del derecho público chileno consagrado expresamente en los artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y, para la Administración del Estado y sus organismos, en su artículo 38 inciso 2°.

## **2.2. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.<sup>2</sup>**

Por mandato expreso del artículo 38 inciso 1° de la CP fue dictada esta ley, la cual establece los principios básicos a los que deberán someterse los órganos que colaboran junto al Presidente de la República en las tareas de gobierno y administración del Estado.

Es así como en los artículos 4° y 42 se consagran los principios de la responsabilidad del Estado, el primero de ellos reitera que: "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que

<sup>2</sup> La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, fue refundida, coordinada y sistematizada en el DFL N° 1/19.653, de fecha 17.11.2001.





podrían afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”, confirmando en su artículo 42 inciso 1º la idea de que: “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

### 2.3. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695<sup>3</sup>

A su vez esta ley, por mandato expreso de la propia CP en su artículo 107, señala que deberán determinarse las funciones y atribuciones de las municipalidades, consagrando la responsabilidad del Estado/Municipalidad en su artículo 141 inciso 1º, el cual precisa que “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio” (cursivas nuestras).

No debe olvidarse que las municipalidades son organismos (“corporaciones”) de la administración descentralizada del Estado, o sea, son autónomas, gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, y se relacionan con el poder central a través del Ministerio del Interior, por medio del vínculo de supervigilancia.

En mérito de toda la normativa anterior, cuando se produce un daño a una víctima que jurídicamente no está obligada a soportarlo, se configura una carga desigual, que se traduce en una infracción o vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N° 20, que asegura la “igual repartición de las cargas públicas”, originando *ipso iure* para su autor la responsabilidad del Estado, debiendo por lo tanto ser restituida dicha víctima en todo aquello de que fue privada, lesionada o menoscabada por el organismo, ente o sujeto público estatal que lo produjo.<sup>4</sup>

## 3. Características de la responsabilidad del Estado

Como lo ha precisado la doctrina, éstas son: 1. Constitucional; 2. De una persona jurídica, 3. Regida por el derecho público; 4. Objetiva; 5. Directa; y por último, 6. Integral.

<sup>3</sup> La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, ha sido recientemente refundida, coordinada y sistematizada en el DFL N° 1/19.704, de fecha 03.05.2002.

<sup>4</sup> No debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 a propósito del derecho a la propiedad que se tiene sobre toda clase de bienes, sean corporales o incorporeales, por cuanto nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino es en virtud de una ley general o especial que autorice tal expropiación, y ello ha de ser por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada así por el legislador, teniendo el expropiado siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado. De allí que todo daño ilícito, contrario a derecho, producido a una víctima constituye una privación de lo suyo y ha de ser indemnizado.

## **4. Análisis de la jurisprudencia de responsabilidad del Estado/Municipalidad**

### **4.1. Introducción**

Las municipalidades son parte integrante de la Administración del Estado; como órganos del Estado que son, deben sujeción tanto a la Constitución como a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6º inciso 1º de la CP).

Como tales, están encargadas de colaborar con el Presidente de la República en la administración del Estado (artículo 38), de hecho, así lo señala expresamente el artículo 1º de la Ley N° 18.575, que establece en su inciso 2º que "la Administración del Estado estará constituida por... las municipalidades...".

Ellas, como corporaciones autónomas de derecho público que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, se encuentran sometidas a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo.<sup>5</sup>

Como órgano del Estado que son, además se encuentran regidas íntegramente por el principio de juridicidad, debiendo sus actuaciones estar dirigidas a promover el bien común, el progreso económico, social y cultural de la respectiva comuna.

Para el logro de dicho objetivo el ordenamiento jurídico las ha dotado de atribuciones y funciones, sean éstas privativas,<sup>6</sup> concurrentes,<sup>7</sup> esenciales,<sup>8</sup> sea que el alcalde (su máxima autoridad)<sup>9</sup> decida en forma unilateral o requiera el acuerdo del concejo (órgano normativo, resolutivo y fiscalizador)<sup>10</sup> para la adopción de una determinada medida que se traducirá en un acto administrativo municipal.<sup>11</sup> Todo ello para descentralizar las tareas del gobierno y satisfacer las necesidades de la comunidad local en forma permanente, regular y continua, primando el interés general por sobre el particular.

Producto de aquellas potestades jurídicas de que están dotadas las municipalidades, es que con sus actuaciones (u omisiones) podrán ocasionarse

<sup>5</sup> Artículo 29 de la Ley N° 18.575.

<sup>6</sup> Artículo 3º de la Ley N° 18.695.

<sup>7</sup> Artículo 4º de la Ley N° 18.695.

<sup>8</sup> Artículo 5º de la Ley N° 18.695.

<sup>9</sup> Artículos 2º y 56 de la Ley N° 18.695.

<sup>10</sup> Artículo 2º y 71 de la Ley N° 18.695.

<sup>11</sup> El artículo 12 inciso 1º establece: "las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones".



daños que lesionen a los particulares, surgiendo así la consiguiente responsabilidad del Estado/Municipalidad.

Es posible apreciar el reciente incremento de casos que son planteados ante la justicia ordinaria por víctimas afectadas por la actividad o inactividad de estas corporaciones edilicias, y es a lo que nos avocaremos brevemente en este trabajo, a analizar la jurisprudencia contenida en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y la causa principal de las mismas, que es la falta de servicio.

#### 4.2. Jurisprudencia de casos sobre responsabilidad del Estado/Municipalidad a analizar:

##### 1) *Tirado con Municipalidad de la Reina/RDJ t. 78/1981, 2.5, 35-44*

1.1) **Partes:** María Eliana Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina.

1.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Cuarto Juzgado Civil de Santiago 14.08.1979, Corte de Apelaciones de Santiago 23.04.1980, Corte Suprema 24.03.1981.

1.3) **Hechos:** El miércoles 4 de mayo de 1977 a las 19:30 horas en el paradero para la locomoción colectiva existente en la esquina de Príncipe de Gales con Avda. Carlos Ossandón, María Eliana Tirado al descender de una micro sufrió un grave accidente al caer en una profunda excavación situada a menos de dos metros del paradero, lo que le provocó una luxofractura del tobillo izquierdo. La excavación, de 1,20 metros, no tenía señalización ni protección alguna, por lo que demandó tanto a la Municipalidad de La Reina como a la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, concesionaria de las obras de alcantarillado efectuadas en ese sector.

1.4) **Consideraciones del tribunal:** El Cuarto Juzgado Civil de Santiago en su consid.<sup>12</sup> 16<sup>º</sup> establece que siendo la causa que motivó el accidente una excavación existente en la vereda, cercana a un paradero de la movilización colectiva, la que, al momento de los hechos, se encontraba sin protección ni señalización adecuada, no cabe sino concluir que la municipalidad es responsable del perjuicio ocasionado a la actora como usuaria de un servicio público.

La Corte de Apelaciones de Santiago eliminó el consid. 16<sup>º</sup> y estableció en el consid. 4<sup>º</sup> que la municipalidad demandada no fue eficiente para desempeñar sus funciones de inspección que debía prestar a la comunidad.

<sup>12</sup> Abreviatura de considerando: consid.

Esta ausencia de control hace que no sea necesario acreditar que hubo de parte de uno o más funcionarios, empleados u obreros de dicha municipalidad, negligencia en el desempeño de sus obligaciones (consid. 5<sup>a</sup>).

La Corte Suprema en su consid. 4<sup>a</sup> señala que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia con extensos razonamientos ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades,<sup>13</sup> descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material.

1.5) **Sentencias:** El Cuarto Juzgado Civil de Santiago rechaza la demanda en cuanto se dirige en contra de la Empresa Pérez Cabrera, con costas; y acoge la demanda en contra de la Municipalidad de La Reina, fijando la indemnización por daño emergente en la suma de \$7.313,96; regulándose la indemnización por daño moral en la suma de \$200.000 a la fecha de este fallo.

La Corte de Apelaciones confirma la sentencia en alzada.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Municipalidad de La Reina, con costas y solidariamente con el abogado que la patrocinó.

## 2) *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia/RDJ t. 90/1993, 2.5, 226-234*

2.1) **Partes:** Carlos Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia.

2.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Tercer Juzgado Civil de Santiago 27.11.1989, rol N° 2.446-88, Corte de Apelaciones de Santiago 13.09.1991, Corte Suprema 4.11.1993, Rol N° 5.902.

2.3) **Hechos:** El 5 de agosto de 1988, alrededor de las 19:45 horas, el menor Alfredo Alejandro Villegas Montes (hijo de María Montes Herrera, casada en régimen de sociedad conyugal con Carlos Villegas Lorca, quien es titular de la inscripción del automóvil) guiaba el auto marca Daihatsu, modelo Charade, año 1982, por Avda. Diego de Almagro (comuna de Pro-

<sup>13</sup> El DL N° 1.289, de fecha 16.6.1976, Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, señalaba en su artículo 62 inciso 3° "la responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

videncia), en segunda pista a una velocidad de 45 km. por hora, estando el sector oscuro, atendido además de la hora y época del año. En la ocasión frente al cruce con la calle Arturo Medina existía una obstrucción en la segunda pista, y parte de la primera pista del lado norte de la calzada; el impedimento consistía en unos maderos con unos plásticos amarrados. El conductor del vehículo sólo se pudo percatar de la obstrucción señalada cuando estaba a pocos metros de ella, debiendo efectuar una maniobra para tomar la primera pista. En la primera pista junto al extremo de la obstrucción había algunos ladrillos y piedras amontonados, los que provocaron la ruptura del neumático y llanta trasera del vehículo, circunstancia que significó la pérdida del control del mismo, el que se precipitó contra un poste, experimentando el auto daños de consideración, a la vez que el conductor sufrió algunas lesiones menores.

**2.4) Consideraciones del tribunal:** El Tercer Juzgado Civil de Santiago en su consid. 12<sup>a</sup> establece que "en la especie es evidente que medió falta de vigilancia oportuna de los inspectores municipales respecto del funcionamiento y estado de las señalizaciones de peligro, que equivale a la falta de servicio".

La Corte de Apelaciones de Santiago en su consid. 3<sup>a</sup> señaló que no existe norma alguna que obligue a la municipalidad a mantener, por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro en la obra que se ejecutaba en la vía pública en el lugar y momento del accidente, razón por la cual debe estimarse que en manera alguna era un servicio que estaba obligada a prestar, no existiendo por ello falta del servicio, lo que refuerza en el considerando siguiente.

La Corte Suprema en el consid. 2<sup>a</sup> establece que tanto la Ley N° 18.695 como la "Convención sobre señalización vial", suscrita por Chile en la Convención de Viena y aprobada por el gobierno de Chile en 1975, señalan que a las municipalidades les corresponde lo que se refiere al tránsito público y al deber de señalar adecuadamente las vías públicas, existiendo un signo especial como señal de advertencia de peligro, en el caso de existir obras en un tramo de la vía.

**2.5) Sentencias:** El Tercer Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda en cuanto a responsabilizar civilmente a la Municipalidad de Providencia por los daños causados con ocasión del accidente ya descrito, posibilitando al actor a reservarse el derecho a discutir con la demandada la especie y monto de los perjuicios de cuya indemnización es responsable, en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso. No se condenó con costas a la demandada por haber litigado con fundamento plausible.

La Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia apelada, declarando en su lugar que se rechaza la demanda en todas sus partes, sin costas.

La Corte Suprema, a propósito de un recurso de queja<sup>14</sup> interpuesto por la demandante, acoge el recurso y señala que deja sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmando el fallo del Tercer Juzgado Civil de Santiago; con costas y sin perjuicio de la demandada para accionar en contra de quien resultare también responsable.

### **3) Aja García con Municipalidad de Talcahuano/RDJ t. 96/1999, 2.5, 59-67**

3.1) **Partes:** Domingo Manuel Aja García con Municipalidad de Talcahuano.

3.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Segundo Juzgado Civil de Talcahuano 16.10.1998, Corte de Apelaciones de Concepción 31.03.1999, rol N° 1.520-98.<sup>15</sup>

3.3) **Hechos:** El 28 de mayo de 1996, el menor Marco Antonio Aja Cabezas, hijo de Domingo Aja García y María Cabezas Contreras y hermano de Carolina y Leonardo Aja Cabezas, mientras se encontraba sentado en un muro de piedra que adorna la plaza ubicada en el parque Las Araucarias del sector Higueras de la ciudad de Talcahuano, frente a una especie de monolito que soporta un mástil de bandera, junto a otros estudiantes, de improviso el mástil cayó hacia el sitio en que éstos estaban, recibiendo Marco Antonio un impacto en el cráneo que le causó la muerte el 30 de mayo del mismo año. El mástil se sustentaba en una base compuesta de dos perfiles metálicos tipo "U" a los que se afianzaba mediante dos pernos que lo atravesaban horizontalmente, los que se fijaban por tuercas, debiéndose la caída del mástil a que el perno inferior no estaba asegurado por la tuerca. La parte demandada señala que no ha existido falta de servicio toda vez que la semana antes del accidente se celebraron las Glorias Navales (21 de mayo), izándose el pabellón nacional en el mástil que posteriormente cayó, y no se detectó desperfecto alguno en sus instalaciones, obedeciendo el accidente a que un tercero habría soltado y retirado uno de los tornillos que sujetaba el mástil.

3.4) **Consideraciones del tribunal:** El Segundo Juzgado Civil de Talcahuano

<sup>14</sup> Se establece en el considerando 3º de dicho recurso que "los jueces recurridos al decidir como lo hicieron (Corte de Apelaciones de Santiago) han cometido falta que es preciso enmendar por esta vía".

<sup>15</sup> La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción fue recurrida de casación, pero se declaró inadmisibile tal recurso, por lo cual quedó ejecutoriada la misma.

en su consid. 16<sup>º</sup> señala que la falta de servicio aparece acreditada en el proceso, ya que el elemento causante del fallecimiento fue el mástil del parque Las Araucarias, que se encontró en un momento no apto para sus funciones, constituyendo una fuente real y concreta de peligro para los usuarios del parque, en definitiva causó un grave daño a la vida de un menor, a su vez el consid. 17<sup>º</sup> señala que no es posible aceptar que se haya cumplido cabalmente la obligación de cuidado y mantención del mástil si bastaba que cualquier menor de los que concurrían al parque Las Araucarias hubiera podido retirar fácilmente el perno de dicho mástil o que cualquiera otra persona lo hubiera hecho, por cuanto no es ajeno al conocimiento de los encargados de la mantención de dicho elemento que había un grave riesgo en la caída del mismo al mantenerlo en esas condiciones, lo que se desprende del porte, material y peso de dicho mástil, y aun existiendo estas precarias condiciones de cuidado, de igual modo se habría producido la violación a lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

3.5) **Sentencias:** El Segundo Juzgado Civil de Talcahuano acogió la demanda con costas, debiendo pagar la Municipalidad de Talcahuano a los actores las sumas que se señalan como indemnización de daño moral: al padre \$40.000.000, lo mismo a la madre, y a cada hermano (dos) la suma de \$10.000.000.

La Corte de Apelaciones de Concepción reprodujo la sentencia apelada, pero rebajó los montos por concepto de daño moral, debiendo pagársele al padre la suma de \$25.000.000, lo mismo a la madre, y a cada uno de los dos hermanos, la suma de \$5.000.000, revocando la sentencia apelada en cuanto a la condena en costas a la parte demandada, a la cual no se la condena por este concepto.

#### **4) Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes/RDJ t. 96/1999, 2.5, 94-102**

4.1) **Partes:** María Cristina Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes.

4.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Octavo Juzgado Civil de Santiago 12.03.1997, rol N° 2.383-96, Corte de Apelaciones de Santiago 8.4.1999, rol N° 2.076-97, Corte Suprema 28.07.1999, Rol N° 1.914-99.

4.3) **Hechos:** Doña María Cristina Pérez Llona funda la demanda señalando que el día 16 de mayo de 1996, a las 13:15 horas, transitaba por calle Sebastián Elcano, comuna de Las Condes, acompañada de una vecina, y al llegar a la altura del 1137 de la calle ya indicada vieron que estaba estacio-

nado un camión asomado en el portón de acceso al edificio en construcción encontrándose la acera totalmente obstruida y al haberse formado una poza de agua a raíz de las recientes lluvias y del tráfico de los camiones, alguien colocó para el tránsito de peatones un tablón sobre dicha poza de agua, única alternativa para no tener que bajar a la calzada misma; al hacerlo resbaló cayendo hacia su derecha, azotando su costado derecho contra el suelo y golpeándose fuertemente las rodillas, el tobillo izquierdo y el hombro derecho, siendo ayudada a levantarse para ser llevada a su residencia, para luego ser trasladada al Hospital de la Fuerza Aérea de Chile, hospitalizándose para ser intervenida quirúrgicamente colocándole una prótesis en vista del grave daño sufrido en la articulación del hombro derecho. La operación se efectuó el día 20 de mayo no pudiendo valerse de su brazo y mano derecha de los cuales sufre permanentes dolores.

La demandante agrega que este accidente le ha significado gastos médicos, además del hecho de quedar parcialmente impedida, unido a los dolores físicos. La parte demandada señala que no se efectuó ninguna constancia en la comisaría con el fin de constatar el lugar donde habría sufrido tal caída, como tampoco hay constancias de las lesiones sufridas, además de agregar que la actora debió caminar por la calzada y subir por la acera, no tomando las providencias necesarias a fin de evitar las consecuencias expuestas. No habría falta de servicio que se le imputa, por cuanto el mal estado de las aceras es una consecuencia lógica del hecho de la construcción de un edificio, y además no hay falta de un funcionario, por no tratarse de aquellos servicios que contempla la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades dentro del ámbito de sus funciones.

**4.4) Consideraciones del tribunal:** El Octavo Juzgado Civil de Santiago en sus consid. 11<sup>º</sup> y 12<sup>º</sup> establece que las municipalidades tienen el deber de comprobar que las veredas de su comuna, en sus áreas urbanas, estén expeditas al tránsito de peatones, y en cumplimiento del artículo 100 de la Ley N<sup>º</sup> 18.290,<sup>16</sup> les cabe la obligación de mantener o hacer mantener las señales de advertencia de peligro en caso de ejecución de trabajos en ellas a fin de precaver a los usuarios del peligro que corren; resultando evidente que medió falta de vigilancia oportuna de los inspectores de la Municipalidad de Las Condes respecto del estado de la vereda en cuestión. El consid. 13<sup>º</sup> establece categóricamente que la municipalidad demandada es responsable de los daños sufridos por la actora.

<sup>16</sup> La Ley de Tránsito Público, N<sup>º</sup> 18.290, establece en el artículo 100 que: "la instalación y mantención de la señalización del tránsito en las zonas urbanas corresponderá a las municipalidades. La misma obligación tendrá la Dirección de Vialidad respecto de las vías sujetas a su cuidado".



4.5) **Sentencias:** El Octavo Juzgado Civil de Santiago acoge la demanda sólo en cuanto condena a la Municipalidad de Las Condes a pagar a la demandante la suma de \$1.571.306 por concepto de daño emergente y \$10.000.000 por concepto de daño moral, estableciendo que el reajuste será conforme a la variación del IPC desde la notificación de la demanda respecto a la suma por daño emergente y desde la fecha del fallo respecto de la cantidad correspondiente por el daño moral, calculado hasta el día del pago efectivo. No ha lugar a lo demás solicitado en la demanda, condenando a la demandada al pago de las costas de la causa.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia apelada y la Corte Suprema declara inadmisibile el recurso de casación en la forma que fuera interpuesto por la municipalidad condenada fundada ésta en la causal de contener el fallo decisiones contradictorias.

**5) *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción, RDJ t. 97/2000, 2.5, 132-140***

5.1) **Partes:** María Luisa Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción.

5.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Tercer Juzgado Civil de Concepción 12.11.1998, rol N° 92.265, Corte de Apelaciones de Concepción 15.09.1999, rol N° 1.656-98, Corte Suprema 10.08.2000, Rol N° 4.633-99.

5.3) **Hechos:** Doña María Luisa Crisóstomo Cáceres el 29 de julio de 1997, a las 9:50 horas aproximadamente, transitaba por un paseo peatonal en el centro de Concepción en dirección a una farmacia y cuando se disponía a entrar a ella, pisó el borde de un hoyo que existía a un costado de la vereda, torciéndose el tobillo derecho, y cayendo al suelo. Acudió al Hospital del Trabajador, donde se le diagnosticó un esguince y heridas menores en el brazo, siendo enyesado su pie derecho hasta la rodilla; estuvo 16 días con licencia médica volviendo a su trabajo el 13 de agosto, no sintiéndose del todo bien; el 5 de septiembre, producto de fuertes dolores a la pierna, codo y cadera, acudió nuevamente al Hospital del Trabajador, donde se le diagnosticó una inflamación a los tendones debiendo someterse a tratamiento de rehabilitación, siendo dada de alta el 23 de septiembre. Producto de la caída perdió sus lentes de contacto, los que no pudo reponer debido al alto costo que ello le significaba. La parte demandada señaló que todo se habría producido por la negligencia de la víctima, ya que no es conducta habitual el caminar por el borde de los hoyos, sea que estén señalizados o no, por lo que solicitó el rechazo de la demanda.

**5.4) Consideraciones del tribunal:** El Tercer Juzgado Civil de Concepción estableció en el consid. 8º que conforme al artículo 137 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, éstas incurren en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio; por su parte el artículo 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio y el artículo 1º de la misma ley señala que la Administración del Estado estará constituida por los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos, entre otros, las municipalidades. En el consid. 10º establece que la caída sufrida por la actora ocurrió por ausencia de una debida señalización de la vía pública por la que caminaba, y que corresponde a la municipalidad demandada responder de los daños que hubiera sufrido la actora, toda vez que la municipalidad omitió su deber de mantener señales de advertencia a los usuarios, del peligro que corrían debido al mal estado de la calle, lo que permitió la caída de la demandante con los resultados ya referidos.

La Corte de Apelaciones de Concepción en su consid. 3º señaló que las municipalidades tienen el gran deber de administrar adecuadamente los bienes municipales y los bienes nacionales de uso público. Este deber de administrar implica emplear el celo adecuado en el cuidado, conservación y mantención de dichos bienes, no sólo para mantener la integridad del patrimonio municipal o del patrimonio nacional, sino también para evitar lesiones o daños en los bienes privados o a las personas usuarias de los bienes municipales o nacionales. En caso de ocasionarse un daño, el ente municipal deberá reparar los perjuicios ocasionados a quien lo sufre, como lo dispone el artículo 38 inciso 2º de la CP. El consid. 4º estableció que es evidente que la demandada ha descuidado ese deber de administrar, pues su omisión y negligencia trajo como consecuencia que la actora sufriera un accidente.

La Corte Suprema estimó que las alegaciones fundantes del recurso de apelación eran idénticas a la del recurso de casación interpuesto, por lo que resultaban extemporáneas, debiendo haberse interpuesto en la contestación de la demanda.

**5.5) Sentencias:** el Tercer Juzgado Civil de Concepción acogió la demanda de responsabilidad de la municipalidad, fijando una indemnización de \$2.000.000, por concepto de daño moral, teniendo en consideración los dolores físicos, temor e inseguridad, además del tratamiento médico a que estuvo sometida la demandante de autos.



La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la sentencia apelada, y tuvo en consideración que las alegaciones que sustentaba el recurso de apelación constituían una materia propia de excepción perentoria<sup>17</sup> que no se opuso en la contestación de la demanda, lo que imponía rechazar la referida defensa, por extemporánea.

En contra de esta última sentencia, la demandada dedujo recurso de casación en el fondo, que fue rechazado.

**6) *Silva Barrueto y otros con Municipalidad de Los Angeles, RDJ t. 97/2000, 2.5, 163-166***

6.1) **Partes:** Manuel Silva Barrueto y Sociedad Casagrande Limitada con Municipalidad de Los Angeles.

6.2) **Tribunales con fecha de sentencia:** Segundo Juzgado Civil de Los Angeles 31.08.1998, rol 37.227, Corte de Apelaciones de Concepción 2.08.1999, Corte Suprema 21.06.2000, Rol N° 3.205-99.

6.3) **Hechos:** El 24 de junio de 1997 la Sociedad Casagrande Ltda. obtuvo, de la Dirección de Obras de la Municipalidad demandada, un permiso de obra menor para realizar remodelaciones y reparaciones a un galpón en el inmueble ubicado en Avda. Alemania 588 de la ciudad de Los Angeles, con el objeto de destinarlo a "casa de eventos". Sin embargo, tal permiso no fue retirado materialmente de las oficinas municipales por el demandante Manuel Silva B., por lo que el 9 de julio de 1997 inspectores municipales ordenaron paralizar la obra por no contar ésta, en el lugar de la obra, con el permiso respectivo y efectuaron una denuncia al Juzgado de Policía, desconociendo que ese permiso había sido otorgado al menos 15 días antes por el Director de Obras titular. El 15 de julio de 1997 el tribunal recién indicado absolvió a Casagrande Ltda. por la denuncia formulada en su contra. La municipalidad al contestar la demanda sólo sostuvo que la paralización de las obras ejecutadas en el inmueble de Av. Alemania 558 de dicha ciudad era procedente, porque el permiso era ilegal, ya que la ordenanza prohibía en el sector el giro comercial de una casa de eventos como la que se pretendía instalar, y agrega que la Directora de Obras subrogante desconocía el hecho de haberse otorgado el permiso.

6.4) **Consideraciones del tribunal:** La Corte Suprema, al conocer de la casación deducida por el demandante, establece en el consid. 2º de la

<sup>17</sup> La existencia de un régimen de responsabilidad especial, distinto del regulado por el derecho común.

sentencia de reemplazo que queda de manifiesto la conducta ilícita de la demandada al actuar de facto, paralizando obras que contaban con una autorización concedida por la propia municipalidad.

6.5) **Sentencia:** El Segundo Juzgado Civil de Los Angeles al acoger la demanda condena a la municipalidad al pago a Casagrande Ltda. de \$3.350.000 por daños materiales, desechando la pretensión de ser indemnizada por el daño moral, y condena a la indemnización por daño moral al Sr. Silba Barrueto de \$2.000.000.

La Corte de Apelaciones de Concepción revocó la sentencia apelada y rechazó la acción intentada.

La Corte Suprema, a propósito de un recurso de casación, tiene por no interpuesto el de fondo, acogiendo el recurso de casación en la forma e invalidando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, reemplazándola por una que se dicta en forma separada, señalando en su consid. 2ª que eleva la indemnización por daño moral o extrapatrimonial que la Municipalidad demandada deberá pagar al actor Manuel Silva Barrueto a la cantidad de \$5.000.000.

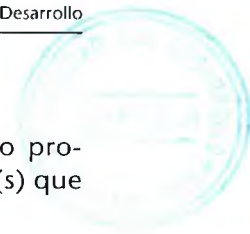
## **5. Comentario a los casos de jurisprudencia analizados**

Durante las últimas dos décadas, hemos podido comprobar a través del estudio de algunos casos planteados ante los tribunales ordinarios de justicia, el creciente aumento de juicios de responsabilidad deducidos en contra de las municipalidades, especialmente en estos últimos cinco años.

En cada caso, analizado el motivo en virtud del cual se condena a las corporaciones edilicias (acogiéndose las demandas de indemnización de perjuicios o responsabilidad del Estado), es debido a la llamada falta de servicio de ellas.

Ha de entenderse por falta de servicio a la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico.

Actualmente, el artículo 141 inciso 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establece que "las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio".



Dicha disposición hace responsables a las municipalidades cuando producto de su omisión o inactividad generan daño(s) a una(s) víctima(s) que no está(n) jurídicamente obligada(s) a soportarlo(s).

Suele entenderse por falta de servicio como sinónimo de no haber funcionado el servicio municipal de manera eficiente, de haber funcionado mal, como si se tratara de un descuido, de una negligencia, en último término parece que estuviese subyacente o inmersa la idea de "culpa", que nada tiene que ver con la responsabilidad del Estado, que es siempre la responsabilidad de una persona jurídica (sea fisco, empresa estatal, municipalidades, servicios personificados o instituciones, etc.), y no puede fundarse en culpa o dolo, ya que ellas carecen de un sustrato psicológico, al cual pudiera predicarse, ya que la culpa o dolo sólo es posible respecto de los seres humanos.

En nuestro derecho, la responsabilidad del Estado está sustentada en la víctima (artículo 38 inciso 2º de la CP), y no en la "culpa" del Estado; es objetiva y no está basada en la prueba de la culpa o negligencia del actuar de la Administración (prueba no pocas veces de difícil o imposible concreción), y que más encima debería aportar la propia víctima.

El término "falta de servicio" en esa perspectiva civilista (que no constitucional) es una traducción del francés *faute de service*: "faute" es "culpa" en francés y, por lo tanto, se estaría hablando de "culpa del servicio". El vocablo "falta" no significa en castellano culpa, ya que "falta de" servicio es ausencia de servicio, lo que falta es lo que no está, lo que se halla ausente.

Por ello, reiterando lo planteado, en nuestro idioma la falta de servicio es "ausencia de servicio", inactividad, omisión, y no culpa del servicio.

Si el servicio de la municipalidad no ha funcionado bien, adecuadamente, quiere decir que no cumplió con su obligación legal, por lo cual significa que ha violado la ley, vulnerando su competencia, y por ende ha infringido el artículo 7º de la Constitución, que impone para la validez de la actuación de los órganos del Estado que sea realizada "dentro de su competencia", infracción que si origina daño produce y hace nacer *ipso iure* la responsabilidad del Estado, aquí Estado/Municipalidad (artículo 7º inciso 3º, en concordancia con el artículo 6º inciso 3º y artículo 38 inciso 2º de la Constitución).

Como se advierte, nada tiene que ver el asunto con la idea de culpa, torpeza o negligencia; para la víctima da exactamente lo mismo que se haya

producido una u otra, o incluso dolo o malicia, ya que ello es problema del funcionario y de la organización del servicio de que se trata, cosa que le es ajena a dicha víctima en este aspecto, desde que constitucionalmente la responsabilidad del Estado está constituida sobre la víctima y la *lesión* que ella sufre por acto, hecho u omisión antijurídica, de un órgano del Estado.

Clarísimo es el texto del artículo 38 inciso 2º: “Cualquier persona que sea *lesionada...*”.

Así, vemos que en *Tirado con Municipalidad de La Reina* la falta de servicio estuvo dada, porque “no fue eficiente (la municipalidad demandada) para desempeñar el servicio público de inspección recién indicado, que debía prestar a la comunidad por mandato legal”.<sup>18</sup>

En *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia* la falta de servicio estuvo dada, porque “faltó vigilancia oportuna de los inspectores municipales respecto del funcionamiento y estado de las señalizaciones de peligró”.<sup>19</sup>

En *Aja García con Municipalidad de Talcahuano* queda claro que “no es posible aceptar que se haya cumplido cabalmente la obligación de cuidado y mantención del mástil si bastaba que cualquier menor de los que concurrían al Parque Las Araucarias hubiera podido retirar fácilmente el perno de dicho mástil o que cualquier otra persona lo hubiera hecho, por cuanto no es ajeno al conocimiento de los encargados de la mantención de dicho elemento que había un grave riesgo en la caída del mismo al mantenerlo en esas condiciones, lo que se desprende del porte, material y peso de dicho mástil, y aun existiendo estas precarias condiciones de cuidado”.<sup>20</sup>

En *Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes* la falta de servicio sería “la causa que motivó el accidente... el mal estado de la acera o vereda por la que transitaba la demandante, la que se encontraba... sin protección adecuada, ni señalización del peligro, sólo resta concluir que la municipalidad demandada es responsable de los daños sufridos” por la actora.<sup>21</sup>

En *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción* la falta de servicio “ocurrió por falta de señalización de la vía pública por la que caminaba”,

<sup>18</sup> Considerando 4º de la Corte de Apelaciones de Santiago, en relación con el artículo 62 de la Ley de Municipalidades vigente en esa época.

<sup>19</sup> Considerando 12º del Tercer Juzgado Civil de Santiago, en relación con el artículo 83 de la Ley N° 18.695.

<sup>20</sup> Considerando 17º del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, que fue posteriormente reproducido por la Corte de Apelaciones de Concepción, en relación con el artículo 137 de la Ley N° 18.695.

<sup>21</sup> Considerando 13º del Octavo Juzgado Civil de Santiago, que fue posteriormente confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en relación con el artículo 137 de la Ley N° 18.695.

“toda vez que faltó (la municipalidad) a su deber de mantener señales de advertencia a los usuarios del peligro que corrían debido al mal estado de la calle”, correspondiéndole a la municipalidad “responder por los daños que hubiera sufrido la actora”.<sup>22</sup>

En *Silva Barrueto y otros con Municipalidad de Los Angeles* la responsabilidad del Estado se debió a que ésta tuvo una “conducta ilícita al actuar de facto, paralizando obras que contaban con una autorización concedida por la misma municipalidad”.<sup>23</sup>

La presencia de casos como éstos en los tribunales de justicia muestra una jurisprudencia bien asentada en cuanto a reconocer la responsabilidad de las municipalidades cuando éstas originan daños en las personas al omitir una actuación debida en el ejercicio de sus funciones públicas, funciones que la Constitución y las leyes les imponen como órganos del Estado que están al servicio de las personas.

Ello hace realidad –en este aspecto– la primacía de la persona humana (artículo 1º inciso 1º), la servicialidad del Estado (artículo 1º inciso 4º), la supremacía de la Constitución (artículo 6º inciso 1º) y el principio de juridicidad (artículos 6º y 7º), bases fundantes de la institucionalidad (capítulo I de la CP).

## 6. Bibliografía

1. Fiamma Olivares, Gustavo
  - *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*. RCHDUC<sup>24</sup> 16 N° 2 (1989), 429.
2. Martínez Estay, José Ignacio
  - “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno”, en *Derecho de daños*. Editorial Conosur. Santiago, 2002, 171-201, especialmente 185-196.
3. Oelckers Camus, Osvaldo
  - *Actos administrativos ilícitos y responsabilidad extracontractual del Estado administrador*. RDUCV<sup>25</sup> 10 (1986), 463.
  - *La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la*

<sup>22</sup> Considerando 10º del Tercer Juzgado Civil de Concepción, fallo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, en relación con el artículo 137 de la Ley N° 18.695, y 44 de la Ley N° 18.575.

<sup>23</sup> Considerando 2º de la sentencia de reemplazo a propósito de un recurso de casación interpuesto ante la Corte Suprema.

<sup>24</sup> RCHDUC: Revista Chilena de Derecho Universidad Católica.

<sup>25</sup> RDUCV: Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso.

*Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio.* RCHDUC N° especial (1998), 345.

4. Pierry Arrau, Pedro
  - *Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas.* Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso 8 (1984), 143.
  - *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio.* RDJ t. 92 N° 2 (1995), 17. También en Revista de Derecho Público N° 59 (1996), 287.
5. Revista de Derecho y Jurisprudencia.
6. Revista Ius Publicum. Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. N° 4/2000, 159.
7. Soto Kloss, Eduardo
  - *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno.* RDJ<sup>26</sup> t. 81 N° 3 (1984), 87. También en Gaceta Jurídica N° 56 (1985), 2.
  - *Responsabilidad administrativa municipal.* RDJ t. 78 N° 1 (1982), 79.

---

<sup>26</sup> RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia.





# La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet

**Andrés Sánchez Andrade**

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Introducción

Indiscutiblemente, la última década ha sido marcada por profundos cambios en el orden legislativo, judicial y social, reconociendo la existencia de un nuevo medio comunicacional por el que se transmite información a las personas, este medio es INTERNET. Esta afirmación no es sino el reflejo de que la sociedad cambia, no siempre evolucionando, pero siempre mutándose. Estos cambios traen consigo expectativas ausentes, posibilidades que sólo eran un apartado para la ciencia-ficción, y que nos ilustraba el siglo XXI con vehículos sin ruedas y separados del suelo que volaban con formas excéntricas, lejos de la realidad en que vivimos actualmente. No es menos cierto, eso sí, que el derecho, como un fiel reflejo, o al menos cercano, de lo que es la realidad social, reproduce las conductas a través de normas que las regulan. Hasta hace algunos años comunicarse masivamente con todo el mundo a través de los medios tradicionales existentes, como el teléfono, el fax, telegrama o carta, resultaba difícil, tanto por las posibilidades técnicas que eso significaba como por los altos costos involucrados en esas operaciones. Hoy el uso cotidiano de la nueva cultura informática incorporó al lenguaje común vocablos como "ciberespacio", "mundo virtual", los que alejados de la ciencia-ficción han comenzado a ingresar muy tímidamente a nuestra cultura urbana. Estas son razones que sugieren al mundo académico no quedar ajeno al uso de estas nuevas tecnologías en sus propias cátedras, acusando el alcance que puede tener el uso abusivo, y en algunos casos doloso, de este nuevo medio de comunicación. Por lo tanto, no podemos dejar impunes actuaciones ocurrentes a través de correo E-Mail, envíos de virus destinados a eliminar información del disco

duro de un computador, ¿o acaso no es éste un delito de daño? Nuestra legislación debería contemplar estos delitos en la ley que tipifica figuras penales relativas a la informática, Ley N° 19.233. Ya lo decía el autor Couture: "estudia, el derecho evoluciona, si no lo haces, cada día serás un poco menos abogado". Lo anterior, sumado con lo que algunos consideran preocupante, el incremento que ha tenido la cantidad de matriculados en las escuelas de Derecho y que egresados de las mismas encuentran una actividad profesional a veces saturada en el ejercicio de la profesión, cuestión que no debería preocupar a estas escuelas si lo que persiguen es alcanzar la perfección a través de la incorporación en las respectivas mallas curriculares de realidades indiscutibles. Los que nos dedicamos a la docencia, como profesores o ayudantes, debemos ser los que orientemos e incentivemos el adecuado uso de estas nuevas tecnologías, que las nuevas generaciones abordan con total naturalidad, haciéndolas parte de la rutina diaria. Es común que se nos consulte por nuestra dirección de correo electrónico, o si el estudio jurídico en que trabajamos cuenta con una página web, y de ser así, cómo nuestra legislación protege de las actuaciones de los *hackers*, destinadas a interferir páginas web o modificarlas sin autorización, creándose por lo tanto nuevas figuras que nos comprometen a investigar y especializarnos en esta nueva materia, siendo necesario, en nuestra opinión, la incorporación en la malla curricular de las escuelas de Derecho de un estudio especializado sobre estas materias con las definiciones y alcances del comercio electrónico, tecnologías de la comunicación, firma digital, y de la responsabilidad, que es el tema que ilustraremos en este trabajo respecto al acto jurídico de mayor frecuencia en Internet, y que el suscrito autor ha denominado: la responsabilidad en el contrato de compraventa ciberespacial y sus alcances en el derecho internacional privado.

### **Comercio electrónico**

Se le ha definido como *el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles.*

Este intercambio de datos o información puede ser "multimedial", o sea, consistir en imágenes, textos y sonidos.

Ejemplos de entrega *on line* de bienes intangibles –o de **comercio electrónico directo**– son las reservas de pasajes y hoteles, la posibilidad de consultar bases de datos o páginas WEB, la compraventa electrónica de seguros, la compra de software bajado de Internet, etc., hipótesis todas a cuyo



respecto los pagos pueden realizarse autorizando el usuario el cargo a una tarjeta de crédito. En nuestro país, esta modalidad la tiene implementada la empresa Transbank a través de su página web pay.cl. Un ejemplo lo constituye la tramitación electrónica de declaraciones aduaneras de importación de mercancías, que son enviadas por los despachadores de aduana y recibidas o validadas por la autoridad aduanera.

Ejemplo de **comercio electrónico indirecto** son las compras en los “malls virtuales”, abiertos las 24 horas del día y siempre ubicados en el mismo lugar, donde opera “la compra del click” de libros, discos, ropa, etc., objetos que pueden ser apreciados en una foto o con su sola descripción escrita y que al ser adquiridos envuelven a los usuarios en una sensación de estar importando objetos físicos del ciberespacio. El pago electrónico de la compra también podría ser relativamente simple –cuando están dadas las condiciones de seguridad digital–, pues bastaría ingresar en un formulario el número de una tarjeta de crédito internacional y autorizar el cargo a la misma.

Actualmente en Chile están operando mayormente empresas que publicitan su imagen corporativa, ofrecen sus productos y aceptan pedidos virtualmente, pero han obviado el tema del pago electrónico, por cuanto exigen que se cancele el valor de las mercancías al momento de su posterior entrega física, con lo cual la operación de comercio no se perfecciona de manera virtual, sino que real y materialmente.

## **Comercio electrónico y derecho**

La problemática jurídica del comercio electrónico consiste básicamente en definir que *se trata de hechos o realidades que ocurren en el mundo de lo telemático, lo digital, intangible e inmaterial, donde cada mensaje enviado es una oferta de venta, una orden de compra, una orden de pago a un banco o una autorización de cargo en tarjeta de crédito, el envío de una factura, de una planilla de pago de cotizaciones de AFP o ISAPRES, de una declaración aduanera de importación de mercancías, etc., donde cada mensaje enviado ya no está soportado en papel.*

Frente a las realidades fácticas del mundo telemático, ajenas al mundo de la cultura del papel, *el derecho tiene el desafío de armonizar dos intereses concurrentes: por un lado, permitir un uso amplio y eficaz de las nuevas tecnologías, y por otro, proteger adecuadamente la confianza de los usuarios (empresarios y consumidores) en la autenticidad y seguridad de los documentos generados y transmitidos y en los pagos realizados vía Internet.*

Por las características del comercio electrónico –dinámico y cambiante–, se hace complejo pensar en que algún día se acuerde o concrete una especie de “*Convención Mundial o Tratado sobre Comercio Electrónico*”, que en el área del Derecho Internacional Privado plantee soluciones a la problemática de un mundo virtual donde confluyen habitualmente distintas legislaciones muchas veces con soluciones diametralmente opuestas para un mismo problema. Sólo ha habido lineamientos, como los dictados por la ONU –sus Reglas o Códigos de Conducta Uniformes–, el Consejo de Europa –su Directiva sobre firma digital de 1998– o la Unión Europea –que desarrolló un contrato tipo para el uso comercial del Comercio Electrónico.

### **Compraventa ciberespacial**

Al estudiar, en nuestro derecho interno, los alcances de las obligaciones de las partes que intervienen en un contrato de compraventa, se encuentran las obligaciones del vendedor, que se señalan en el artículo 1824 del Código Civil: “*las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida*”.

A continuación, y en particular respecto a la materia que nos interesa de los contratos de compraventa celebrados en Internet, revisaré los aspectos más importantes a destacar.

**Lugar de la entrega:** A falta de disposición especial, rigen para determinar el lugar de la entrega las reglas establecidas en el Código Civil en los artículos 1587 a 1589 inclusive.

La entrega, en primer término, debe hacerse en el lugar convenido. Lo habitual es que sea en el domicilio del comprador. Para esto generalmente las empresas que ofrecen sus bienes y servicios, a través de este medio, hacen convenios de entrega con empresas de courier.

**Gastos de la entrega:** los gastos son de cargo del deudor (artículo 1571 Cod. Civil), por lo tanto, serán del cargo del vendedor los que demande la entrega en el lugar debido. En cambio, corresponden al comprador los gastos que sean necesarios para transportar la cosa vendida.

**Lo que comprende el pago:** el pago debe hacerse bajo todos los aspectos en conformidad al tenor de la obligación, así el acreedor no está obligado a recibir cosa diversa de la que se debe, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor que la ofrecida (artículo 1569).



**Riesgos de la cosa vendida:** Conforme lo dispone el artículo 1550 del Código Civil, el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se debe es de cargo del acreedor.

Ahora bien, para este caso particular es correcto referirnos a los diferentes actores o participantes en Internet, lo que incluye los conceptos de usuarios, servidores y proveedores de acceso, entre otros.

Son responsables de su conducta en la red todos los actores que intervienen en cada proceso del desarrollo de la plataforma comunicacional.

Actualmente, si se pudiera generalizar cuál ha sido la jurisprudencia predominante a nivel mundial respecto al tema de las responsabilidades civil y penal en Internet, se trata en definitiva de localizar al causante del daño y probar el vínculo que éste tiene con el delito imputado.

Para distinguir el distinto grado de participación y, por lo tanto, de responsabilidad de los distintos “actores” o participantes en la red, nos referiremos, básicamente, a los más cotidianos y recurrentes, los que a continuación paso a describir:

### **A) Responsabilidad del usuario**

Para determinar las distintas responsabilidades que competen a los diferentes participantes en Internet, se debe distinguir:

A.1) Responsabilidad invocada por otro usuario.

A.2) Responsabilidad invocada por el proveedor de acceso o el servidor.

A.3) Responsabilidad invocada por el poseedor de los derechos de propiedad intelectual.

**A.1) Responsabilidad invocada por otro usuario:** existen numerosas posibilidades de disputa entre usuarios de Internet. Un usuario puede emplear fraudulentamente la contraseña de otro usuario con el fin de entrar a Internet, o puede sustraer el número de una tarjeta de crédito, cometer un acto de difamación, interceptar mensajes privados o diseminar un virus.

Todos los actos dirigidos al fraude que un usuario puede cometer utilizando cualquier aplicación de Internet (correo electrónico, grupos de interés, registros de compra electrónica, etc.) justifican que la víctima invoque su responsabilidad bajo el imperio del derecho francés.

No obstante, bajo el imperio del derecho anglosajón la responsabilidad sólo puede invocarse, en tales casos, si existe una ley y una pena asignada al delito.

Debemos considerar en particular la responsabilidad del usuario en caso de difamación o de invasión de la intimidad.

1) Responsabilidad por difamación. Conforme la legislación estadounidense, canadiense, francesa e inglesa, la difamación puede acarrear obligaciones penales y civiles para el autor. Así, bajo la legislación francesa, en casos de difamación, el autor será responsable sobre la base de la legislación penal y de compensación por la injuria sufrida bajo los términos de la sección 1382 del Código Civil francés.

2) Responsabilidad por invasión de privacidad. Como hemos revisado anteriormente, un usuario de Internet que intercepte el contenido de comunicaciones privadas o que acceda a zonas privadas de computadores que pertenezcan a otros usuarios, puede contraer obligaciones civiles o penales. De manera similar, el incumplimiento de las medidas de protección a la privacidad referentes a archivos en computadores se castiga bajo la legislación penal y civil. Por último, en la mayoría de los sistemas legales mundiales, la divulgación de un mensaje que dañe la privacidad de otro se castiga bajo la legislación civil.

**A.2) Responsabilidad invocada por el proveedor de acceso o el servidor:** los proveedores de acceso o servidores pueden invocar la responsabilidad de un usuario porque éste *entró sin autorización al sistema* (por ejemplo, el usuario no ha pagado o entró a red privada), o porque el usuario excede su acceso legal (ej. excede los límites de tiempo establecido) o *porque causa daño durante el acceso* (ej. diseminando un virus).

Estas situaciones pueden establecerse en los términos de un contrato que estipule, por ejemplo, que el usuario no pueda reutilizar las bases de datos que se ponen a su disposición, ni reproducir los trabajos difundidos, ni pasar información allí obtenida a terceras partes. Esta es la base sobre la que servidores o proveedores de acceso pueden ejercer acción contra los usuarios. Además de la responsabilidad civil, los servidores y proveedores de acceso pueden invocar las regulaciones especiales sobre acceso ilegal a sistemas de información, y la protección de derechos de propiedad intelectual.

**A.3) Responsabilidad invocada por el poseedor de los derechos de propiedad intelectual:** el poseedor de los derechos de propiedad intelectual

puede ejercer acción legal contra el usuario por haber infringido sus derechos, por ejemplo, al difundir sin autorización sus trabajos en Internet. Tal acto ocasiona responsabilidad, tanto penal como civil, bajo las legislaciones estadounidense, canadiense, inglesa y francesa (acción contra falsificación). En este orden de ideas, la Organización Mundial de Comercio ha tenido gran importancia en el campo de las transacciones internacionales, ya que el antiguo GATT sólo era un acuerdo general sobre mercaderías y no incluía materias tan importantes como son los servicios y la propiedad intelectual, los que sí son considerados en la Organización Mundial de Comercio, cuestión que aporta significativamente a nivel intergubernamental los tratamientos de las marcas comerciales y de registro Web.

## **B) Responsabilidad del servidor y proveedor de acceso**

Es posible que un servidor o un proveedor de acceso sea responsable de los mensajes que ayuda a circular, pero en diferentes grados.

Para este evento, consideraré sólo la participación de servidores y proveedores de acceso en la *difusión pública* de información (por ejemplo, mediante un servidor Web o grupo de interés).

En ausencia de alguna especificación jurídica que regule particularmente ciertas formas de responsabilidad civil y penal, así como la editorial, de estos servidores y proveedores de acceso, en ciertos casos se hace necesaria la incorporación de argumentos del derecho común. De ahí la importancia de establecer una distinción entre la responsabilidad del derecho consuetudinario y la responsabilidad positiva que se le pueda exigir a una editorial. Varía de un país a otro.

Un ejemplo de esto lo encontramos bajo el imperio de la legislación francesa. La principal característica de la responsabilidad editorial es que el editor tiene responsabilidad penal por los actos del autor, incluso antes que él y aun sin que el autor sea conocido.

**B.1) Responsabilidad invocada por el usuario:** es conveniente distinguir entre la responsabilidad invocada por el usuario y la responsabilidad invocada por el autor.

Dentro de la responsabilidad invocada por el usuario, conviene subdistinguir: la responsabilidad editorial y los recursos que no son considerados dentro de esta responsabilidad editorial.

## B.1.a) Responsabilidad editorial

### 1) Conforme a las legislaciones de Estados Unidos de Norteamérica y Canadá:

Un proveedor de acceso, o un servidor, pueden asemejarse a un editor por analogía al sistema de responsabilidad aplicable a la prensa escrita. En el contexto de su responsabilidad editorial, un servidor o proveedor de acceso a Internet puede ser, de igual manera, un llamado editor primario o distribuidor.

Una sentencia conocida de los Estado Unidos es el caso *Cubby Inc. contra CompuServe*, el tribunal decidió que *CompuServe*, que es un proveedor de servicio y un servidor a la vez, podía asimilarse a una librería electrónica o una atractiva biblioteca con un propósito lucrativo.

En consecuencia, *CompuServe* tenía la opción de poner o no a disposición del público material delictivo, pero una vez que tomó la decisión, ya no tenía ningún control editorial sobre el contenido del material. La Corte estableció que una base de datos en el computador era el equivalente funcional de un distribuidor de noticias o de una biblioteca pública y, de acuerdo con esto, en aras de no obstaculizar la circulación de información, sólo debería estar sujeto al criterio del conocimiento que una persona común podría esperar tener.

### 2) Responsabilidad editorial conforme a la legislación francesa:

Los servidores o, en casos esporádicos, los proveedores de servicio involucrados en la distribución pública de información en Internet podrían, en ciertas circunstancias, considerarse como editores y, por lo tanto, quedar sujetos a un sistema de estricta responsabilidad por la ley del año 1881 relacionada con la prensa escrita, pero también por la ley del año 1957 sobre la propiedad artística y literaria, corregida y aumentada por la legislación del año 1985.

Responsabilidad conforme a la legislación francesa. Además de cualquier legislación criminal específica, quien sufra daño de cualquier naturaleza puede, bajo el imperio de esta legislación, solicitar indemnización conforme lo señala el **Principio General de Responsabilidad Civil** proporcionado en la sección 1382 del Código Civil francés. Sólo se necesita establecer la existencia del daño sufrido por una víctima, una falta de parte del autor y un enlace causal con el fin de que el responsable del daño sea obligado a compensar a la víctima. Además de la aplicación de esta regla, bajo estas





condiciones los proveedores de acceso o servidores son responsables de cualquier comportamiento anormal, sin que sea necesario demostrar que este inconveniente cae dentro de una causal específica, como lo sería, por ejemplo, un delito. Esta acción es necesaria para que el usuario pueda invocar la responsabilidad del proveedor o servidor, sobre todo si invade su privacidad, si su sitio resulta afectado por un virus u otra especie.

a) Responsabilidad por invasión de la privacidad: al igual que bajo la legislación norteamericana, interceptar comunicaciones electrónicas y tener acceso no autorizado a los archivos de un computador son considerados delitos por la legislación especial.

b) Responsabilidad por la difusión de software dañino en la red: el usuario puede invocar la responsabilidad contractual o extracontractual de un servidor o proveedor de acceso, si un programa dañino, como un virus o un gusano en Internet, afectan su sistema de cómputo por razones de negligencia.

c) Responsabilidad civil por el contenido de la información: esta responsabilidad es aparte de la responsabilidad editorial, por cuanto un editor ha cometido un acto dañino que no cae dentro del marco de la legislación de 1881, y sigue siendo posible, por ejemplo, que se le encuentre culpable por negligencia al monitorear el contenido de su publicación.

**3) Responsabilidad conforme a la legislación inglesa:** en esta legislación no existe un principio general de responsabilidad comparable con la sección 1382 del Código Civil francés. El tema está regido por los delitos de derecho común que constituyen un catálogo de acciones delictivas, y que, cuando el caso satisface las condiciones para convertirse en un delito, como por ejemplo el de **negligencia**, como se dispone en la legislación norteamericana, o el de **perjuicio** o bien el de **difamación**, puede utilizarse para obtener compensación civil. Parece, por lo tanto, por analogía, que es posible aplicar alguna de estas acciones a disputas causadas por la red de Internet; específicamente aquellas en las que los proveedores de acceso y servidores incurran en responsabilidad.

a) Responsabilidad por invasión de la privacidad.

Se debe recordar que, bajo la legislación inglesa, la interceptación de comunicación y el acceso no autorizado a un sistema de datos constituye un ilícito penal.

Los proveedores de acceso y servidores, por supuesto, están sujetos a la

aplicación de reglas que protegen la privacidad de las personas con respecto al archivado de documentos en computador.

b) Responsabilidad por diseminación de virus, daño causado por *hackers* y por archivos mal etiquetados.

Bajo la legislación inglesa, el usuario puede invocar responsabilidad contra los proveedores de acceso o servidores por daños causados por virus, *hackers* o archivos mal etiquetados, con base en el delito de negligencia, suponiendo que los proveedores de acceso estuvieran al tanto del riesgo de daño.

## **B.2) Responsabilidad invocada por el autor**

Los proveedores de acceso a Internet o servidores también pueden incurrir en responsabilidad si toman parte en la divulgación o distribución de trabajos falsificados o adulterados. Esta responsabilidad puede ser más fácil de alegar en las legislaciones de Estados Unidos y la inglesa, ya que la violación no implica intención o conocimiento.

## **Conclusión**

En definitiva, lo que pretendemos señalar es la importancia de esta materia no sólo en el sentido de lograr que efectivamente prosperen las acciones del legislador tendientes a regularla y así no tener que invocar la legislación común, para aplicar conceptos que cada vez más requieren ser precisados técnicamente incorporándolos a un cuerpo legal orgánico, sino que pretendemos incentivar el uso de esta nueva tecnología en provecho del estudio del derecho, no sólo en cuanto a su tecnicismo, sino además incluirla en la malla curricular de nuestras facultades de Derecho con la importancia que merece este nuevo desafío. Así como en su oportunidad se estimó necesario la creación de un Consejo Nacional de Televisión, no sería extraño que se creara para este medio comunicacional un Consejo Regulador de Internet, con una instancia arbitral de solución de controversias, que permita ser una antesala prejudicial para los distintos actores que intervienen en este nuevo ciberespacio virtual.



# **El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado**

**Hugo Fábrega Vega**

Profesor Ayudante de Etica Profesional  
y Nociones de Estado de Derecho  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Existe en Chile un fenómeno interesantísimo que ha despertado muchas vocaciones por lo académico: la necesidad de ponderar el razonamiento jurídico de todos aquellos sujetos vinculados al derecho. En efecto, todos aquellos que creemos que existe una presencia omnicomprendiva del derecho frente a todas las conductas sociales posibles, hemos sido capaces de proyectar, dentro del sistema jurídico en general, una serie de variantes sociales perfectibles que, en muchísimas oportunidades, son propiamente jurídicas, y que por supuesto indican que el único sujeto con conocimiento, aptitudes y capacidad para buscar soluciones a esos problemas "sociales" es el abogado.

¿Cómo o cuál sería el nexo para que ese operador jurídico, llamado "abogado", sea una persona de derecho y no simplemente un técnico en leyes capaz de convertir la ley en una especie de machete con el cual se va abriendo paso a través de una espesa selva, sin considerar, por un instante, que es un servidor de la justicia en primer lugar?

En nuestra opinión, cuando un estudiante termina sus estudios secundarios e ingresa a la universidad a estudiar derecho no tiene en mente que al término de sus estudios (4º o 5º año) lo único a que aspirará será incorporarse como pieza fundamental del sistema jurídico; por lo tanto, no existe una relación del estudiante de derecho de los primeros años con el estudiante de los años finales o del recién egresado; existe un objetivo divergente, pues mientras el estudiante de derecho de los primeros años quiere saber de derecho, el próximo a egresar o titularse lo único que tiene en mente es terminar con sus trámites que lo conduzcan al título de abogado, sin importar cuánta materia jurídica sea capaz de asimilar, la que al poco tiempo, y tras lograr la meta, muchas veces queda en el olvido.

¿No es esto un problema de valoración moral o de ética profesional? ¿No hay acaso un problema de responsabilidad de aquellos futuros abogados que ven desperfilar su interés original sin hacer nada para remediar este problema? Esto es parte de lo que analizaremos y demostraremos a partir de breves principios de orden filosófico-práctico, que nos ayudarán a ilustrar la importancia de la ética profesional del abogado.

Todos sabemos que el derecho está en una constante evolución. En efecto es primordial tener en consideración que las normas jurídicas están dotadas de una cierta relación entre validez y eficacia. Una norma jurídica vale porque es capaz de obligar, y en este sentido, esa norma vale porque posee una pertenencia al ordenamiento jurídico-normativo, esto es, que se ha incorporado a él en conformidad a los procedimientos, límites de contenido y sujeción irrestricta a lo previsto en su norma inmediatamente superior o fundante, o sea, en conformidad a las disposiciones inmediatas que reglan esta creación, que provenga de una potestad que, obrando dentro de su competencia, genere un mandato. De ahí la razón subsecuente que la validez jurídica sea derivada y no originaria. Ahora bien, no es el contenido normativo lo que determina la validez de esa norma, sino la forma en que ésta se incorpora al ordenamiento jurídico, que a este respecto es necesario para diferenciar entre las potestades normativas, destinadas a la creación de normas (prescripciones y mandatos imperativos de carácter general y abstracto) y las potestades regulatorias, destinadas a la creación de reglas (prescripciones y mandatos de carácter específico).<sup>1-2</sup>

Si no existe una claridad conceptual en lo anterior, ¿es posible que un abogado sea tal si adscribe su actuar permanente a una legislación distinta a la aprendida en sus estudios universitarios? ¿Es posible no creer, entonces, en la importancia de la enseñanza de principios jurídicos básicos? Parece imprescindible y fundamental, luego, que el sujeto que intente dedicarse al derecho tiene que conocer y fundamentar instituciones jurídicas básicas, pues de lo contrario sus juicios y raciocinios serían inconsistentes. Existe una doble finalidad: el porqué (el origen histórico) y el para qué (el origen filosófico). Sin una debida ponderación de estas finalidades del co-

---

<sup>1</sup> Importante es recordar aquí casos que no dejan de estremecer, por cuanto la concepción de Estado de Derecho en definitiva señala que hay principios básicos que deben primar por sobre otros que, en su conjunto, son regulados bajo la luz del derecho. Así es como ciertas atribuciones o manifestaciones normativas que no son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico carecen de validez y eficacia, por lo tanto, no valen ni obligan. En caso que dichas manifestaciones normativas se hicieran cumplir mediando "la voluntad irrestricta de la ley" en sentido antojadizo y equivocado, ese acto acarrearía las responsabilidades que nuestro sistema jurídico prevé. Este axioma, tan antiguo por lo demás, ha estado presente a través de toda nuestra historia, a pesar de versiones contrarias al respecto.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, en *Estructura Funcional del Derecho, Diálogos*, páginas 17-89; Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001.

nocimiento, el operador jurídico será a lo más un técnico en leyes, mas nunca un jurista que pueda plantarse con distinción, propiedad y armonía lógica en sus apreciaciones, en cualquier punto del mundo.<sup>3</sup>

Un abogado que conoce las causas y sus fines sabe lo que maneja y con lo que opera. A la inversa, el que no sabe las causas y fines pone en serio riesgo a la sociedad, al transformar su razonamiento en una pieza más de la mecánica de moda, pernicioso y fatal muchas veces a lo largo de nuestra historia.<sup>4</sup>

Por lo tanto, creemos posible concretar una ética de la responsabilidad propia del abogado, considerando tareas preliminares de esta ética: 1) la medición o representación en el conocimiento de las consecuencias del obrar en la medida en que dichas consecuencias pueden determinar el destino humano; 2) elaborar a la luz de este saber, o sea, de la novedad sin precedentes que podría derivarse, un conocimiento nuevo de lo que conviene y de lo que no conviene, de lo que hay que admitir y de lo que hay que evitar; dicho de otra forma: un conocimiento del bien, de lo que es capaz el hombre con el deber ser, a lo cual puede contribuir precisamente una visión anticipadora de lo que no está permitido, pero que aparece ya por primera vez como posible. No hay que olvidar la raíz filosófica de la ética, que no es menor como virtud, este hábito bueno que prodiga el bien tanto al hombre como a sus acciones. Esta virtud como un modo de ser, de carácter permanente.<sup>5</sup>

Al ser de carácter permanente, incluimos una serie de aspiraciones conductuales en nuestra vida cotidiana; sin embargo, la aplicación distractiva en el ejercicio del derecho nos obliga a rememorar el bien de las instituciones jurídicas actuales. Veamos.

<sup>3</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, en *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Tomo I, página 33 y citas 20 a la 28, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

<sup>4</sup> Imprescindible es el estudio de la persona humana y su olvido como jerarquía principal de toda actividad normativa, ya sea en episodios de nuestra historia nacional (1925-1973), como en las crisis históricas a nivel mundial, refiriéndonos al caso europeo, por dar tan sólo un ejemplo (1939-1945).

<sup>5</sup> Hemos seguido las frases de Agustín Squella N., que dan cuenta de caminos acerca de la realización del bien a nivel profesional. No obstante tan importantes vías de comprensión de la misma, autores clásicos ya distinguían la posibilidad de la realización profesional del bien. En este sentido, Aristóteles (*Metafísica*, Espasa-Calpe, España, 1990) y Sto. Tomás de Aquino (*Teoría de la Justicia y de la Ley*, Porrúa, México, 1998) elaboran (como veremos más adelante) la concepción del operador justo de bien, que si aplicamos en términos jurídicos, está en manos del servidor de la justicia, o sea, del abogado. También, es preciso remarcar la claridad conceptual de Kant respecto a la intuición y la posibilidad del conocimiento (ontológico) del bien, su posibilidad y realización (*Crítica a la razón pura*, Alafagura, España, 1998); también, algunos autores del siglo XX reafirman esta temática, en especial Dworkin (*El Dominio de la Vida*, EUNSA, 1991) y en especial Rawls (*Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995), para quien lo justo y lo bueno tienen un contraste de apego con la justicia.

- **En el ámbito del derecho procesal** se consagran una serie de preceptos orgánicos que moderan el actuar tanto del juez como de las partes, e incluso el trato a la contraparte; que consagran como base del ejercicio de la jurisdicción a la responsabilidad (tanto de sus actos, como ministerial-orgánica, instituciones recogidas por nuestras leyes procesales).
- **En el derecho penal**, la reacción punitiva recae sobre ciertos ilícitos que alteran de forma permanente la tranquilidad social. Casi la mayoría de los autores están contestes en la fundamentación social que da la disciplina en relación a la violación de ciertos valores que para la sociedad son primordiales (Cuello-Calón, Welzel, Cobo del Rosal, Etcheberry, Cury, etc).
- **En el ámbito del derecho privado** existe una relación generosa de nomenclatura derivada de grandes principios jurídicos conceptualizados en razón del bien o de la ética personal. Así, por ejemplo, en la teoría del contrato, en cuya base subyace el principio de autonomía de la voluntad o de la voluntad autónoma, deja al margen, casi como excepción, a los contratos de adhesión (o contratos masivos), donde la voluntad no cumple ningún papel, puesto que el sujeto solamente se adhiere a una proposición contractual previamente formulada y delimitada. Luego, la doctrina civil lo que hace es dejar a dichos contratos al margen, clasificándolos como excepciones al principio de la autonomía de la voluntad.<sup>6</sup>
- **En derecho público**, ya el principio de la responsabilidad tiene también un correlato jerárquico en materia constitucional. En efecto, el artículo 7º de la Constitución declara la responsabilidad a partir de la nulidad de un acto dictado en contravención a que los órganos del Estado actúen válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley. Ejemplos en esta materia hay de sobra: circulares de superintendencias en "ejercicio" de atribuciones en contraposición a la ley, inclusión de multas a beneficio fiscal sin el fundamento constitucional que autorice tales prácticas, dictámenes de organismos administrativos contrarios a la Constitución donde data efectivamente la arbitrariedad, etc.
- **En bioética**. Hemos hecho un esfuerzo, producto de la evolución del conocimiento científico humano, en el acuñamiento de la palabra *bioética*. Hacemos también un esfuerzo en integrar al conocimiento del futuro abo-

<sup>6</sup> Si tales términos los asociamos al derecho procesal, observaríamos que ocurre lo mismo con el trámite de la conciliación, donde sujetos con destreza en lo confrontacional (jueces, abogados) adiestrados en el litigio, desconocen tal trámite, lo que lo hace un trámite, muchas veces, desusado y atípico.



gado una serie de instituciones nuevas que merecen ser estudio de reglas, necesarias para el normal desarrollo de la actividad científica. Todo este adelanto posee una característica peculiar: existe un principio de responsabilidad que está regulada por el actuar consciente de la filosofía práctica: un modo de ser, una actitud que marca, derechamente, una apuesta virtuosa en la investigación genética, eugenésica, etc. ¿Cuál sería el límite? Siempre y sin lugar a dudas, la dignidad de la persona humana.

Luego, y a manera de síntesis, hay suficientes razones como para poder estructurar una posición sustantiva e importante de lo que debemos entender como formación ética del abogado a lo largo de todos los estudios de derecho y no restringirlo a uno o dos ramos de carecer filosófico. En efecto y tocante a la formación ética de los licenciados en derecho, 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. En suma, 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.<sup>7</sup>

Así, habría una ética del juez, del abogado, del asesor, del legislador, o incluso del estudiante, 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**; y en esto seguimos al profesor Julio Alvear Téllez.

1) **Reafirmando una ética de las convicciones**, es decir, destinada según su propio *objeto*, a formar *convicciones*, ideas firmes ancladas en funda-

<sup>7</sup> SQUELLA NARDUCCI, AGUSTIN; en "¿Hay una ética de los abogados?", páginas 13 y siguientes, revista *Actualidad Jurídica* N° 6, Santiago, julio de 2002.

mentos filosóficos sólidos acerca de quién es el hombre, cuál es su fin, y cómo se debe obrar moralmente.

2) **Reafirmando una ética del amor manifestativo:** es decir, la ética 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 en sus aspectos generales, en sus elementos específicos, y en las realidades singulares de cada caso (Ya desde Aristóteles no bastaba con conocer especulativamente en qué consiste el bien moral, era necesario esforzarse por poseerlo y practicarlo mediante la virtud).<sup>8</sup>

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.

3) **Reafirmando una ética centrada en la virtud de la prudencia y la justicia,** o sea, 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* que 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”<sup>9</sup>.

No nos olvidemos nunca del gran desafío intelectual que poseemos: conjugar la armonía específica conductual humana, vivir el espacio del derecho como propio sintiéndose orgulloso de la profesión jurídica; y lo más gratificante, ser parte de la justicia, aunque sea mínimamente, como ideal de vida, como forma de conducta, como modelo de enseñanza.

---

<sup>8</sup> 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”.

<sup>9</sup> ALVEAR TELLEZ, JULIO, en *Algunas anotaciones en la enseñanza de la Ética Jurídica*, páginas 27 y siguientes, revista *Actualidad Jurídica* Nº 6, Santiago, julio de 2002.

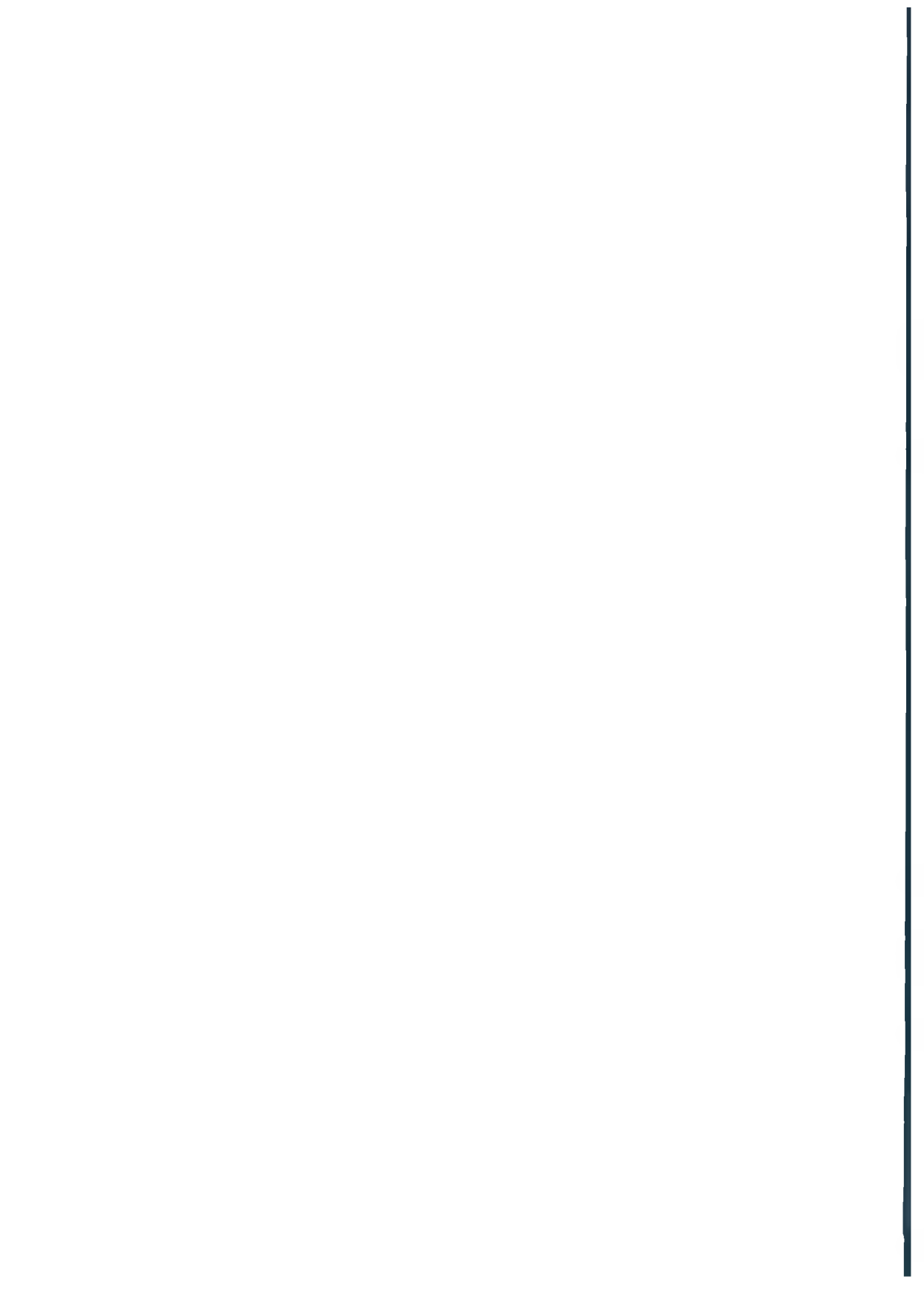




# Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Características generales de la reforma

La Ley N° 19.585 se caracteriza por tres rangos fundamentales que pueden resumirse en la siguiente forma:

a. **Igualación de los derechos de los hijos matrimoniales (antes legítimos) y no matrimoniales (antes naturales).** En este aspecto hay dos cuestiones que es necesario destacar. Por una parte, se hizo realidad el mandato del artículo 1° de la Constitución Política de la República, conforme al cual **“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”**. Por la otra, se ha introducido una nueva concepción de la familia.

No parece discutible la afirmación de que, a partir de 1980 (entrada en vigencia de la nueva Constitución), resulta jurídicamente insostenible justificar la diferencia que, a través de todo el Código Civil, se observaba entre hijos legítimos e hijos ilegítimos (naturales y simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos). Esta discriminación tenía como antecedente el nacimiento, confiriendo un trato diverso en función del origen del descendiente. La distinción observada, por cierto, no podía subsistir sin afectar el mandato constitucional. De aquí que la reforma contenida en la Ley N° 19.585 instaure otro tipo de familia, denominada **“no matrimonial”**, la cual podría definirse como el grupo de personas unidas por el parentesco y/o la convivencia. Por lo tanto, en nuestro Código Civil desapareció la protección y reconocimiento de la familia nucleada a través del contrato de matrimonio. Para efecto de los derechos derivados de la filiación, el matrimonio no tiene en el día de hoy ninguna importancia. Este sólo interesa para determinar los derechos y obligaciones entre los cónyuges.

b. **Mejoramiento sustancial de la situación del cónyuge sobreviviente en la sucesión del cónyuge premuerto.** Para atenuar el impacto que en las costumbres y hábitos sociales tiene el abandono de la familia matrimonial, el cónyuge sobreviviente pasó de ser titular de una asignación de carácter alimenticio (recordemos lo que ordenaba el artículo 1176 del Código Civil, conforme al cual debían imputarse a la porción conyugal los bienes propios del cónyuge, incluso su mitad de gananciales si no se renunciaban) al **legitimario privilegiado**. A éste corresponde, ahora, una asignación superior de aquella conferida a los demás legitimarios (incluidos los hijos), y hasta un derecho preferente para adjudicarse el inmueble que servía de vivienda principal de la familia y el menaje de la misma, pudiendo constituirse derechos reales de uso y habitación gratuitos y vitalicios en caso de que la asignación no alcance a cubrir el valor de estos bienes. Veremos cómo, casi siempre, el cónyuge sobreviviente es llamado a una asignación superior que la que corresponde a los otros legitimarios.

c. **Finalmente, el sistema sucesorio se simplificó considerablemente** luego de esta reforma, como consecuencia de haber desaparecido la distinción entre descendientes legítimos e ilegítimos y la llamada porción conyugal, todo lo cual, por las limitaciones y excepciones que se consagraban, hacía engorrosa su comprensión. Lo anterior, unido a los derechos del adoptado (Ley N° 7.613), a quien se consideraba para los efectos sucesorios como hijo natural (llamándolo a una asignación equivalente al 50% de lo que correspondía a un hijo legítimo, no pudiendo llevar los hijos naturales y el adoptado más de la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso). A tal extremo llegaba la complejidad del sistema, que el artículo 24 de la Ley N° 7.613 debió modificar los órdenes de sucesión regular cuando el adoptado concurría con hijos naturales, cónyuge, ascendientes legítimos o padres naturales. Ni siquiera existía acuerdo en la doctrina sobre si se formaba cuarta de mejoras cuando no concurrían descendientes legítimos.

La tendencia que comenzó a evidenciarse a partir de la Ley N° 18.802 (que entró en vigencia el 9 de junio de 1989), fue favorecer al cónyuge sobreviviente y, más concretamente, a la mujer. Recuérdese que desde entonces dejó de ser relativamente incapaz bajo el régimen de sociedad conyugal; que si bien el marido siguió siendo el "jefe de la sociedad conyugal", como reza la ley, aumentaron considerablemente las restricciones que se le imponen en esa administración (artículo 1749) y que lo propio ocurre tratándose de los bienes propios de la mujer (artículos 138 bis, 1754 y 1755); que se le dio titularidad sobre la cuarta de mejoras, etc. En suma, la mujer no sólo se transformó, ya entonces, en coadministradora de la sociedad conyugal, sino que, junto al otro cónyuge, fue favorecida también en sus

derechos hereditarios. No está de más recordar que las expectativas de vida de la mujer son superiores a las del hombre, razón por la cual existe un mayor porcentaje de viudas que de viudos.

Como puede comprobarse, el estatuto jurídico de la mujer casada ha experimentado innovaciones muy profundas en materias tan sensibles como la que nos ocupa. Podemos decir, entonces, que se ha impuesto una nueva concepción de la familia que privilegia la igualdad de los descendientes, cualquiera que sea su origen, y los derechos del cónyuge sobreviviente en la sucesión del cónyuge premuerto.

## II. Las asignaciones forzosas en la nueva legislación

Las asignaciones forzosas están enumeradas en el artículo 1167 del Código Civil, el cual las define como aquellas que “el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Insistamos que la ley no es feliz al formular esta definición. En efecto, las asignaciones forzosas son aquellas que hace la ley y que el testador no puede afectar con sus disposiciones voluntarias, a riesgo de sufrir una reforma de su testamento para hacer prevalecer el mandato legal. El causante no necesita manifestar voluntad para que tengan lugar las asignaciones forzosas, basta que no las lesione al disponer de los bienes en la parte que le corresponde.

El artículo 1167 alude a tres asignaciones forzosas: los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

### a. Alimentos forzosos

Se trata, en este caso, de una asignación muy especial, ya que el titular no es heredero, sino legatario, como resulta de considerar los siguientes antecedentes:

1. El alimentario no responde de las deudas del causante. Si bien el artículo 1363 dispone en el inciso final, como **regla general**, que “los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley, no entrarán a contribución, sino después de todos los otros”, el artículo 1170, **regla especial**, señala que “los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que

parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo". Por consiguiente, cuando los alimentos corresponden a una asignación forzosa, ellos están expresamente excluidos de contribución, sin perjuicio, como se demostrará, de que son pagados después que las deudas hereditarias. Lo que caracteriza a los herederos es precisamente que responden de las deudas y obligaciones transmisibles del causante.

2. El artículo 1361 incisos 1º y 3º hablan de "legados de pensiones alimenticias...". La misma terminología utiliza el artículo 1363 precitado, el cual alude a "los **legados** estrictamente alimenticios...". De lo anterior se sigue que para la ley los alimentos son legados y no herencias.

3. Los alimentos que por ley se deben a ciertas personas se deducen del llamado "acervo semilíquido", que es aquel que se forma luego de descontados los créditos a que se refiere el artículo 959 N°s 1 y 2 (el N° 3 de dicha disposición no tiene efecto, porque no existen impuestos que graven la masa hereditaria). En consecuencia, se trata de una verdadera deuda hereditaria, idea que refuerza el artículo 1361 inciso 3º, que dice "*Si el legado de pensiones alimenticias fuere una continuación de la que el testador pagaba en vida, seguirán prestándose como si no hubiere fallecido el testador*". Como es sabido, los alimentos para constituir una asignación forzosa deben estar fijados judicialmente o, lo menos, demandados en vida del causante (así se ha resuelto uniformemente por nuestros tribunales superiores). Por lo tanto, la propia ley se encarga de reconocer que en el caso que analizamos los alimentos son verdaderas deudas hereditarias, lo cual es incompatible con la calidad de heredero del titular de los mismos.

4. Si el alimentario no sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles (artículo 951 inciso 2º), es porque no representa a la persona del causante ni es continuador de su personalidad.

5. Finalmente, esta asignación está sujeta a sufrir una rebaja en el caso contemplado en el artículo 1171 inciso final, en el evento de que estas pensiones alimenticias fueren más cuantiosas "de lo que en las circunstancias corresponda". Este principio es el mismo que inspira al artículo 332 inciso 2º, conforme al cual "los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida, **continuando las circunstancias que legitimaron la demanda**". Esta característica hace incompatibles los alimentos forzosos con una asignación hereditaria.

No está de más insistir en que los alimentos forzosos sólo se deben cuando ellos han sido fijados judicialmente en vida del causante, o bien se han



establecido por un acuerdo aprobado por el juez (artículo 2451), o, al menos, han sido demandados en vida del causante (habida consideración de que ellos se deben desde la primera demanda, según dispone el artículo 331 del Código Civil). Así se desprende claramente de lo previsto en los artículos 1167 y 1168, que hablan, respectivamente, de los alimentos “que se deben” y de “los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas”. Ambas disposiciones, interpretadas en armonía con el artículo 331 (“los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas”), llevan a la necesaria conclusión de que los alimentos que constituyen una asignación forzosa son sólo aquellos que el causante está obligado a pagar en vida en virtud de una sentencia, un sustituto jurisdiccional o una demanda.

La Ley N° 19.585 no innovó mayormente en lo relativo a esta asignación forzosa. Sin embargo, introdujo reformas importantes en lo concerniente al derecho de alimentos. A este respecto, cabe observar que el artículo 321 limitó los títulos para demandar alimentos a cinco casos que envuelven las mismas situaciones que se contemplaban en la disposición reformada, con una importante salvedad: los llamados hijos simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos, estatuto contemplado en el antiguo Título XIV del Libro I del Código Civil (artículos 280 y siguientes), hoy derogado. Por otra parte, desapareció la distinción entre alimentos congruos y alimentos necesarios, la cual, hasta cierto punto, se ha mantenido, aunque en otros términos, como consecuencia de lo previsto en los artículos 175 y 324. Estas disposiciones facultan al juez para hacer subsistir el derecho de alimentos en caso de injuria atroz o cuando uno de los cónyuges da motivo al divorcio, pero reducidos a lo que se necesite para la modesta sustentación del alimentario. Finalmente, el derecho de alimentos se limitaba, antes de la reforma de la Ley N° 19.585, a los varones a quienes se debían alimentos necesarios hasta el cumplimiento de 21 años de edad, salvo que por un impedimento corporal o mental se hallaren inhabilitados para subsistir de su trabajo. El actual artículo 332 confiere este derecho a los descendientes y hermanos hasta que cumplan 21 años, “salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años”, subsistiendo en caso de incapacidad física o mental. Como es obvio, tratándose de ascendientes, cónyuge o donante de donación cuantiosa no existe restricción alguna.

En síntesis, esta asignación forzosa altera las reglas generales, puesto que se la trata como una deuda hereditaria que se va devengando a través del tiempo, que se paga como “deducción previa” o “baja general de la herencia” en conformidad al artículo 959 del Código Civil, y que tiene el carácter de legado y no de herencia.

Interesa señalar que sobre la forma en que se paga esta asignación surge un problema interesante. Dice el artículo 1168 que “los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión”. ¿Implica ello que el asignatario debe acatar la voluntad del causante y sólo reclamar el pago de esta asignación al partícipe o partícipes gravados?

A juicio nuestro, lo que el causante disponga sobre esta materia es inoponible al asignatario de alimentos. Para llegar a esta conclusión pueden aducirse varias razones:

**En primer lugar**, el artículo 1168 se refiere a los gravámenes que pesan sobre la masa hereditaria y no a la obligación del alimentario de aceptar la forma dispuesta por el testador acerca de la manera en que debe pagarse esta asignación. Por lo mismo, si el alimentario no acepta que su asignación se la pague el partícipe designado por el difunto, el obligado deberá compensar a la masa descontando el gravamen que se le impuso y que rechaza el asignatario de alimentos.

**En segundo lugar**, las asignaciones forzosas son aquellas que hace la ley y que el causante no puede desconocer. Si se permitiera al testador imponer al alimentario su voluntad, bien podría burlarse esta asignación si el obligado a ella fuere insolvente o se hiciera insolvente con el correr del tiempo (recuérdese que el artículo 1355 establece que “la insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros”).

**En tercer lugar**, creemos que esta situación está expresamente resuelta en la ley. En efecto, si se considera que los alimentos, como se explicó en lo precedente, constituyen una verdadera “deuda hereditaria” (artículo 1361 inciso 3º y artículo 959 N° 4), es aplicable lo previsto en el artículo 1358, conforme al cual “si el testador dividiere entre los herederos las deudas hereditarias de diferente modo que el que en los artículos precedentes se prescribe, **los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones en conformidad a dichos artículos o en conformidad con las disposiciones del testador, según mejor les pareciere**”. En conclusión, si el difunto impone en su testamento la obligación de pagar esta asignación forzosa a uno o más partícipes en la sucesión, esta disposición es **inoponible** al asignatario de alimentos forzosos, quien puede reclamar su pago a los herederos a prorrata de su participación en la sucesión (artículo 1354).





## b. Legítimas

Sin duda la reforma más importante en materia sucesoria se refiere a las llamadas *legítimas*. Empecemos por destacar que esta asignación, instituida en favor de los asignatarios legitimarios, grava la mitad legitimaria (artículo 1184), la cual sólo se forma cuando concurre, a lo menos, uno de ellos.

Si no concurren legitimarios, el difunto puede disponer libremente de todo su patrimonio (recordemos que los alimentos son legados que se deben y se pagan como deudas hereditarias). Por lo mismo, constituye un error manifiesto lo señalado en el artículo 1184 inciso 2º. La hipótesis allí indicada (que no concurren cónyuge, descendientes ni ascendientes con derecho a suceder) determina que el difunto no tiene restricción alguna para disponer de sus bienes, y si no lo hizo, se aplicarán las normas sobre sucesión abintestato (caso en cual serán llamados los hermanos y en su defecto los colaterales hasta el sexto grado inclusive). Por consiguiente, sólo se forma mitad legitimaria cuando concurren herederos legitimarios, quienes se distribuyen, a lo menos, la mitad de la herencia.

El artículo 1184 inciso 1º establece que “la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959 (bajas generales de la herencia), y las agregaciones que en seguida se expresan (acervos imaginarios) se dividirán por cabeza o estirpe entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada”. Agrega esta disposición “**lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa**”. O sea, la legítima rigurosa es aquella parte de la mitad legitimaria que la ley asigna a los herederos legitimarios llamados conforme a las reglas de la sucesión intestada (artículo 1183).

El artículo 1182, modificado por la Ley N° 19.585, establece que son legitimarios: **los hijos personalmente o representados por su descendientes** (artículos 984 y 986); **los ascendientes** (los de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto), y **el cónyuge sobreviviente**. Todos ellos, como dijimos, son llamados, excluidos y representados en conformidad a las reglas de la sucesión intestada (artículo 1183). Por consiguiente, en los cinco órdenes consagrados en la ley, son llamados en **primer lugar**, los hijos (personalmente o representados), junto al cónyuge sobreviviente; en **segundo lugar**, a falta de hijos, es llamado el cónyuge y los ascendientes de grado más próximo; en **tercer lugar**, a falta de cónyuge sobreviviente, toda la herencia queda para los ascendientes; en **cuarto lugar**, a falta de ascendientes, toda la herencia queda para el cónyuge; y en **quinto lugar**, a falta de todos ellos, sucederán los hermanos, y si no los

hubiere, en **sexto lugar** los colaterales hasta el sexto grado inclusive, y en **séptimo lugar** el Fisco.

Nótese que concurriendo un legitimario, quedan excluidos automáticamente de participar en la mitad legitimaria los demás herederos llamados en la sucesión intestada (hermanos y colaterales hasta el sexto grado inclusive).

Señalemos, además, que los ascendientes y el cónyuge están expuestos a sufrir una **indignidad calificada**, los primeros si, habiéndose establecido la filiación del causante judicialmente, ella ha sido determinada contra la oposición del padre o madre; y tratándose del segundo, si el cónyuge ha dado motivo al divorcio temporal o perpetuo por su culpa. **En ambos casos estos legitimarios pierden la calidad de tales y, por lo mismo, su condición de herederos forzosos** (artículo 1182 inciso final y artículo 994).

Digamos también que el inciso final del artículo 1191 se coloca en una hipótesis imposible, que consiste en que concurren herederos legitimarios con quienes no lo son, caso en el cual, según la ley, sobre las normas del Título de las Asignaciones Forzosa prevalecen las normas del Título sobre Reglas Relativas a la Sucesión Intestada. En la actualidad lo anterior no puede ocurrir, porque la presencia de un legitimario excluye a todo otro heredero que no tenga este carácter. Así basta que concorra un hijo (personalmente o representado), o un ascendiente, o cónyuge sobreviviente (todos legitimarios) para que sean excluidos los hermanos y los colaterales hasta el sexto grado. En consecuencia, se trata de una norma que quedó sin aplicación a partir de la reforma de las normas sobre sucesión abintestato, pero que se mantuvo inexplicablemente en la ley.

De lo señalado se desprende que los legitimarios son los herederos predilectos del legislador y que ello, en resumen, se desprende de las siguientes ventajas de que han sido investidos:

1. Siempre llevan la mitad de la herencia a lo menos (mitad legitimaria instituida en el artículo 1184);
2. Son llamados, excluidos y representados según las normas de la sucesión intestada (artículo 1183), las cuales reservan para ellos o toda la herencia o la mitad legitimaria en su caso (dependiendo de si el causante ha dispuesto de la cuarta de mejoras y/o de libre disposición). Recordemos que en el primer y segundo orden no son llamados más que legitimarios, sólo a falta de ellos son llamados los hermanos y colaterales hasta el sexto grado inclusive;

3. Tanto la mitad legitimaria como la cuarta de mejoras se calculan sobre la base de los acervos imaginarios, a fin de reconstituir el patrimonio del causante en el evento de que éste haya hecho donaciones revocables o irrevocables a los legitimarios o donaciones a terceros que sobrepasan la parte de que podía disponer libremente;

4. La donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras se acumulan imaginariamente al acervo "según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión" (artículo 1185). Por consiguiente, todas las accesiones, mejoras y plusvalías que hayan experimentado las cosas donadas favorecen al donatario, ya que es el valor original el que se actualiza al momento de la apertura de la sucesión;

5. Si el causante no dispone de la cuarta de mejoras (en favor de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, estos dos últimos sean o no legitimarios), esta parte acrece a la mitad legitimaria e incrementa las legítimas rigurosas (artículo 1191 inciso 1º). Lo propio ocurre tratándose de la cuarta de libre disposición;

6. Los legitimarios disponen de la acción de **reforma de testamento**, instituida en el artículo 1216 del Código Civil, que tiene por objeto que se declare inoponible toda disposición que afecte estas asignaciones. Asimismo, disponen de la acción de **inoficiosa donación** (artículos 1186 y 1187) para hacer volver al acervo imaginario y resolver las donaciones en favor de extraños cuando exceden la parte que el donante podía disponer libremente. Finalmente, los legitimarios a quienes el causante hubiere prometido no disponer de la cuarta de mejoras tienen una acción de **inoponibilidad** para obligar a los favorecidos con esta disposición a enterarles lo que les habría valido el cumplimiento de aquella promesa.

7. Las asignaciones legitimarias no son susceptibles de condición, plazo, modo o gravamen alguno (artículo 1192).

8. Las acumulaciones de las donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de legítimas y mejoras, para el cómputo de lo prevenido en el artículo 1185, no aprovechan a los acreedores hereditarios ni a otros asignatarios que no lo sean a título de legítima y mejoras;

9. El único pacto sobre sucesión futura permitido en nuestra legislación, consagrado en el artículo 1204 del Código Civil, sólo puede celebrarse con un legitimario y se refiere al compromiso de no disponer de la cuarta de mejoras a fin de que ésta incremente las legítimas rigurosas;

10. Si se hace una donación a un legitimario que es descendiente, para el pago de una deuda, se imputa a su legítima, pero sólo cuando ha sido útil para el pago de dicha deuda (artículo 1203);

11. Si lo que se ha dado en razón de legítimas excede la mitad del acervo imaginario, se imputa este exceso a la cuarta de mejoras en la parte que habría correspondido a este legitimario si el causante no hubiere dispuesto de ella y si aun subsistiera este excedente, se imputa con preferencia a cualquier otro objeto a la cuarta de libre disposición (artículos 1193 y 1194).

12. Si el causante ha hecho donaciones revocables o irrevocables a título de legítimas o de mejoras, los frutos de las cosas donadas, durante la vida del donante, pertenecerán al donatario desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo.

13. Finalmente, agreguemos que tratándose de donaciones revocables hechas en razón de legítimas o mejoras, ellas excepcionalmente salen del patrimonio del causante al momento de la entrega, excepción muy calificada que se desprende de lo previsto en el artículo 1185 en relación al artículo 1146 del Código Civil.

Como puede observarse, éstas y otras ventajas aprovechan los legitimarios, transformándose, como dijimos, en los herederos forzosos predilectos del legislador.

### **b1. Los hijos**

El artículo 1182 consigna en primer lugar como legitimarios a los hijos personalmente o representados por su descendencia. Como es sabido, los hijos pueden heredar por cabeza (cuando son ellos los llamados, caso en el cual les corresponde la parte o cuota respectiva de la mitad de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso) o por estirpe (cuando son llamados sus descendientes, los que se reparten, por iguales partes, la cuota de su padre o madre que no quiso o no pudo suceder). Recordemos que, conforme lo dispone el artículo 986, el derecho de representación esta consagrado a favor de los descendientes y los hermanos (siendo legitimarios sólo los primeros). De la misma manera, recordemos que son llamados a representar al padre o madre que no pudo o no quiso suceder todos sus descendientes, así se trate de descendientes matrimoniales y no matrimoniales, y que puede representarse al padre o madre que al abrirse la sucesión no existe, o que ha sido desheredado, o declarado indigno de suceder al causante, o ha repudiado la herencia.

Respecto de estos legitimarios (hijos) pueden presentarse varias hipótesis.



Puede ocurrir que a la muerte del causante se encuentre pendiente un juicio sobre impugnación o reconocimiento de la filiación **matrimonial**. En este caso deberá esperarse la sentencia definitiva y con su mérito establecer quiénes son llamados a la sucesión.

Puede ocurrir también que se encuentren pendientes los plazos establecidos en la ley para reclamar la filiación matrimonial o para su impugnación. En tal supuesto los derechos asignados quedarán subordinados a la suerte de estas acciones, si se deducen.

Finalmente, puede suceder que tratándose de la filiación **no matrimonial** exista un juicio pendiente a la muerte del causante o se deduzca demanda después de su fallecimiento. Digamos que, a juicio nuestro, en presencia de lo previsto en los artículos 195 (“el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable”) y 317 (“legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo. Son también legítimos contradictores los **herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla**”), no cabe duda alguna que la acción de reconocimiento puede entabarse en cualquier tiempo sin limitación alguna.

Como es obvio, esta situación acarrea una manifiesta incertidumbre en materia sucesoria, ya que las personas llamadas a la herencia pueden ser posteriormente desplazadas si aparece un legitimario de mejor derecho (tal ocurrirá, por ejemplo, si llamados los ascendientes, entabla demanda de reconocimiento un hijo y se establece dicha filiación). ¿Cómo se resuelve esta situación? ¿Debe esperarse el transcurso del plazo de prescripción, atendido lo dispuesto en el artículo 195 inciso segundo, que agrega, luego de declarar imprescriptible el derecho de reclamar la filiación, que ello es sin perjuicio que los efectos patrimoniales “queden sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”?

Algunos autores sostienen que quien pretende el reconocimiento de una determinada filiación tiene el plazo de **tres años** para deducir demanda, fundándose para ello en lo previsto en los artículos 206 y 207 del Código Civil. Nosotros discrepamos de esta interpretación, ya que dichas disposiciones se refieren al hijo póstumo o cuyo padre o madre muere dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. A juicio nuestro, la regla general está representada por el artículo 317, antes comentado, del cual se infiere que el pretensor puede deducir demanda en cualquier tiempo, in-

cluso después de muerto pueden hacerlo sus herederos. La solución, entonces, es otra y se encuentra en lo ordenado en el artículo 221, que dice que "la sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y **no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción**".

La norma indicada suscita diversas objeciones. Desde luego, puede sostenerse que los herederos no son terceros, sino los continuadores de la personalidad del difunto (artículo 1097). Sin embargo, ello no es así, porque al momento del fallecimiento del causante (al producirse la delación de la asignación) el heredero es un tercero y adquiere, precisamente, al confundirse su patrimonio con el patrimonio del causante. Desde este punto de vista, es tercero toda persona distinta de aquél. La cuestión, entonces, queda referida a la calidad del tercero (heredero). Si es un tercero de **buena fe**, adquiere los derechos a que ha sido llamado sin que pueda ser afectado por la posterior aparición y reconocimiento de un descendiente del difunto. A la inversa, si es un tercero de **mala fe**, estará afectado por el reconocimiento de un nuevo descendiente, con todas las consecuencias que de ello se siguen (pérdida de la asignación o disminución de su cuantía). Resta por establecer en qué consiste la buena o mala fe. Es indudable que estará de **buena fe** aquel asignatario que, al momento de producirse la delación de la asignación y hasta la subinscripción del reconocimiento, desconocía la existencia de la relación de la cual deriva el parentesco. A la inversa, será asignatario de **mala fe** aquel que conocía la existencia de la relación que dio origen al parentesco.

Creemos nosotros que esta solución es la más justa. Otra regulación puede, incluso, provocar la infracción de la garantía constitucional que ampara el dominio. Si se considera que el asignatario adquiere el dominio de su asignación al momento de producirse la delación (cuando el llamamiento es puro y simple), y que este derecho ingresa en su patrimonio en un determinado contexto objetivo (no existe otro asignatario con igual o mejor derecho) y subjetivo (se desconoce la existencia de la relación en que se funda la pretensión del que reclama la filiación), resulta evidente que privarlo posteriormente por efecto de un hecho sobreviniente implica una privación injustificada del dominio. Con todo, las interpretaciones mencionadas son producto de la deficiente reglamentación de esta materia en la Ley N° 19.585. Las normas sobre filiación están muy mal estructuradas, en los mismos párrafos se confunden normas sobre la filiación matrimonial y no matrimonial, dejando en suspenso cuestiones de tanta importancia como los plazos en que deben deducirse las acciones. Ante estas dificultades, no podemos menos que lamentar la derogación del artículo 272 inciso 1º,



conforme el cual la demanda de reconocimiento del entonces llamado "hijo natural" (hoy no matrimonial) debía notificarse "en vida del supuesto padre o madre".

Finalmente, digamos que los legitimarios pueden ser privados de su asignación en caso de que incurran en una causal de **desheredación**, debiendo el causante invocar alguna de las conductas descritas en el artículo 1208. Para que opere la desheredación es necesario que el causante invoque su voluntad de privar al heredero forzoso de su asignación en el testamento, debiendo probarse judicialmente la causal en vida del testador o después de su muerte por los interesados. Además, quienes tienen interés en la sucesión pueden, también, controlar los méritos del asignatario, ya que corresponde a ellos, en función del interés que sustentan, accionar para que se declare la concurrencia de una causal de indignidad, materia reglamentada en los artículos 968 a 979. Recordemos, por último, que si el hijo se encuentra imposibilitado de suceder al causante, sea porque fue desheredado, o declarado indigno, o ha repudiado la herencia, o no existía al momento de abrirse la sucesión, opera a su respecto el derecho de representación y sus descendientes son llamados a suceder por estirpe (entre todos ellos llevan la parte que le correspondía a su padre o madre si hubieren sucedido), pudiendo representarse al descendiente llamado a suceder por representación en forma indefinida (artículos 984, 985, 986 y 987).

## b.2. Cónyuge sobreviviente

A partir de la Ley N.19.585 el cónyuge fue incluido entre los legitimarios, poniendo fin a las numerosas disputas interpretativas a que dio lugar la llamada "porción conyugal", instituida originalmente como una asignación de carácter alimenticio. Paulatinamente, esta institución fue cambiando hasta su total derogación, sustituyéndose por una asignación preferencial que, como demostraremos, coloca al cónyuge por encima de los demás legitimarios.

Este legitimario está afecto a lo que hemos denominado **indignidad calificada**, la cual opera por el solo ministerio de la ley, por el hecho de haber incurrido el afectado en alguna de las conductas descritas en la ley. En efecto, si el cónyuge da motivo por su culpa al divorcio, esto es, incurre en alguna de las causales contempladas en el artículo 21 de la Ley sobre Matrimonio Civil, queda impedido de suceder al causante conforme a las reglas de la sucesión abintestato (artículo 994) y pierde su calidad de legitimario (artículo 1182 inciso final). Si el divorcio es decretado por culpa de ambos cónyuges, los dos quedan privados de suceder al sobreviviente, puesto que en esta materia las culpas no se compensan. Ya explica-

mos que esta **indignidad calificada** no hace perder al culpable su derecho de alimentos, puesto que el artículo 175 reconoce al cónyuge que da motivo al divorcio derecho para que el otro cónyuge lo provea "de lo que necesite para su modesta sustentación" (resabio de los llamados alimentos "necesarios", hoy desaparecidos). Agrega la ley que en este caso "el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes y después del divorcio".

Señalamos que el cónyuge es un **legitimario privilegiado**. Lo anterior se desprende de varias circunstancias:

1. La asignación del cónyuge goza de todos los beneficios referidos en lo precedente respecto de los legitimarios, tanto en lo relativo a la forma en que se calcula (acervos imaginarios), a su pago, a las acciones de que es titular, etc.;
2. Si el cónyuge concurre con más de dos hijos (personalmente o representados), su asignación es el doble de lo que corresponde a los hijos, vale decir, dos legítimas rigurosas o efectivas, según corresponda;
3. Si el cónyuge concurre con más de seis hijos, lleva una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso (**legítima conyugal**);
4. Si el cónyuge concurre con ascendientes, lleva dos tercios de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso;
5. Si no concurren hijos (personalmente o representados) ni ascendientes, el cónyuge lleva toda la herencia o toda la mitad legitimaria en su caso;
6. El artículo 1337 regla 10ª le confiere derecho preferente para adjudicarse el inmueble que sirve de vivienda principal de la familia y el menaje que lo guarnece; y si sus derechos no cubrieren el valor de esta adjudicación, puede reclamar la constitución de derechos de uso y habitación gratuitos y vitalicios. El artículo 1318 dispone que "en especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno (pudiendo anularse), si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10ª otorga al cónyuge sobreviviente".
7. El cónyuge puede ser titular de cuarta de mejoras (artículo 1195), al igual que los demás legitimarios;
8. El cónyuge goza de una importante preferencia para el pago de su legítima conyugal (aquella que le corresponde cuando concurre con más de seis hijos personalmente o representados). El artículo 1193 inciso 2º, intro-



ducido por la Ley N° 19.585, dispone que si lo que se ha asignado al cónyuge no fuere suficiente para completar esta porción mínima, "la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras".

Como puede comprobarse, el cónyuge sobreviviente ha pasado a ser el legitimario más importante, desplazando a los "hijos legítimos", que hasta octubre de 1999 eran considerados los herederos forzosos predilectos del legislador.

¿Qué ocurre si al fallecimiento del causante se encuentra pendiente un juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio? A juicio nuestro, deberá esperarse la sentencia, salvo que los demás herederos llamados con el cónyuge (los hijos) decidan desistirse de la demanda. Si la sentencia declara la nulidad del matrimonio, el cónyuge sobreviviente perderá su condición de heredero legitimario, salvo que se trate de un matrimonio putativo (artículo 122) y, al momento del fallecimiento, subsista la buena fe de parte de ambos cónyuges. Perderá también su calidad de legitimario si por sentencia definitiva se acoge la acción de divorcio, fijándose como motivo del mismo un hecho imputable a la culpa del sobreviviente.

### b.3. Ascendientes

Finalmente, son legitimarios los ascendientes, así sean matrimoniales o no matrimoniales. El artículo 989 dispone que a falta de posteridad son llamados a la sucesión los ascendientes de grado más próximo y que habiendo un ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en la porción hereditaria de los ascendientes (la mitad legitimaria). Por lo tanto, los ascendientes de grado más próximo desplazan a los de grado más remoto, pudiendo heredar uno solo de ellos en el evento de ser el único más próximo al causante.

Los ascendientes están afectos a una **indignidad calificada**. Ella está contemplada, también, en los artículos 994 y 1182 y procede cuando el supuesto padre o madre ha deducido oposición al reconocimiento judicial de la filiación del causante. En consecuencia, si el reconocimiento ha sido hecho judicialmente y en el proceso respectivo el padre o madre ha deducido oposición, tanto el oponente como sus ascendientes quedan privados de todo derecho hereditario.

Esta **indignidad calificada** plantea varias interrogantes.

¿En qué consiste la "oposición" judicial del padre o madre? A nuestro juicio, ello implica una resistencia activa al reconocimiento que debe manifes-

tarse a través de todo el juicio. No importa oposición, por ejemplo, aisladamente, resistirse a la práctica de pruebas periciales de carácter biológico, o negar los hechos constitutivos de la filiación, u objetar la exhibición de un documento, etc., pero el conjunto de estas conductas sí que configura oposición en los términos legales. En el supuesto que deducida oposición ella sea posteriormente desistida en presencia de determinados antecedentes, tampoco podría considerarse que opera esta **indignidad calificada**.

Otra cuestión interesante es establecer si esta indignidad se extiende de pleno derecho a los ascendientes del padre o madre que se opusieron judicialmente al reconocimiento del causante. De la letra del artículo 1182 se desprende claramente el alcance de esta sanción: **“No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o maternidad que constituye o de que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre”**. Parece claro que la sanción se impone a los “ascendientes del causante” por una conducta atribuida al “padre o madre”. El artículo 994, referido a la sucesión intestada, no es tan claro. Este último alude a que “tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición...”. Conciliando ambas disposiciones, podría pensarse que tratándose de las asignaciones forzosas se aplica el artículo 1182 (caso en el cual quedan privados de su calidad de legitimarios todos los ascendientes del causante), pero tratándose de las asignaciones abintestato se aplica el artículo 994 (caso en el cual la indignidad calificada queda circunscrita a los padres del causante y no a los demás ascendientes). No faltan razones para justificar esta distinción, ya que en un caso se trata de una asignación forzosa y en el otro de una asignación en que la voluntad del causante es presumida por la ley.

La ley contempla a este respecto una forma especial de purgar esta **indignidad calificada**. En ambos casos puede el causante “perdonar” a los ascendientes, siempre que, siendo plenamente capaz, así lo manifieste expresamente en testamento o escritura pública. La voluntad de restituir al padre o madre todos los derechos de que está privado, como reza el artículo 203 inciso 3º, mediante **escritura pública** sólo surte efectos desde la subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y es **irrevocable**. Dicha voluntad manifestada por **testamento** sólo surte efectos desde la muerte del causante, pudiendo por lo mismo revocarse, no obstante tratarse de una declaración y no de una disposición. De lo anterior se sigue que si el menor adulto otorga testamento, aun cuando válido, éste es insuficiente para alcanzar estos objetivos (artículo 1005).

Nuestra interpretación sobre el alcance de esta **indignidad calificada** parece estar en armonía con otra indignidad de la misma especie, contem-



plada en el artículo 114 del Código Civil, respecto del menor que contrae matrimonio sin el consentimiento de sus ascendientes, estando obligado a obtenerlo. En este caso, puede el menor ser desheredado por todos los ascendientes y no sólo por aquellos cuyo consentimiento fue necesario. Agrega la ley que “si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiere correspondido en la sucesión del difunto”. O sea, se trata en general de sanciones que se extienden a terceros ligados al infractor, ya sea pasiva o activamente, con un claro fin correctivo.

Finalmente, tratándose de esta **indignidad calificada**, no tiene aplicación lo previsto en el artículo 973, que está referido a las causales de indignidad genéricamente reglamentadas en la ley, y conforme al cual “**Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que la producen...**”. Digamos, desde ya, que esta indignidad no está mencionada en los artículos precedentes, sino en los artículos *siguientes* (994 y 1182), que esta causal *no se alega*, porque opera de pleno derecho, y que *sólo se purga de la manera indicada en la ley* y descrita en el artículo 203 del Código Civil. En consecuencia, no existe un perdón tácito del ofendido.

#### b.4. Cuatro clases de legítimas

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 podían distinguirse dos clases de legítimas: la **legítima rigorosa** y la **legítima efectiva**. La primera, definida en los artículos 1181 y 1184, y la segunda, en el artículo 1191. La **legítima rigorosa** se calcula sobre la base de los llamados acervos imaginarios (artículo 1185 y 1186). La **legítima efectiva** se calcula sobre la base del acervo imaginario incrementado por todo o parte de la cuarta de mejoras o de libre disposición de que el difunto no dispuso o habiéndolo hecho su disposición ha quedado sin efecto.

Después de la Ley N° 19.585 existe una **legítima conyugal**, que corresponde a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso, que se calcula sobre la base del acervo imaginario o del mismo incrementado por todo o parte de la cuarta de mejoras o de libre disposición a que se refiere el artículo 1191. Existe, además, una **legítima de residuo** que corresponde a lo que se asigna a cada hijo cuando el cónyuge es titular de legítima conyugal (la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria) y que se calcula sobre la base de un **acervo del remanente**, aquel que se forma luego de descontada la legítima conyugal. El artículo 988 inciso 3° dispone que “correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, **el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales**”.

Es conveniente insistir que cada asignación forzosa se calcula sobre un determinado acervo y que ello es uno de los rasgos característicos de nuestra legislación sobre sucesión por causa de muerte.

### **b.5. Pago de las legítimas**

La Ley N° 19.585 no innovó en esta materia, la cual ofrece dudas interpretativas importantes que enunciaremos muy someramente.

El artículo 1198 ordena que “todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora”.

Esta disposición resulta fundamental porque es la expresión práctica del acervo imaginario. Si ella no existiera, el patrimonio de la sucesión sería insuficiente para pagar las asignaciones forzosas y voluntarias. Además, ella contiene una presunción simplemente legal, ya que salvo que se pruebe que en el testamento, en la respectiva escritura de donación o en acto posterior auténtico, la donación se imputó a mejora, debe considerarse una **legítima anticipada**. Por consiguiente, esta disposición es un complemento del acervo imaginario, siendo posible, a juicio nuestro, probar que la donación se hizo con cargo a parte de libre disposición, ya que en esta materia prevalece la voluntad del causante (principio consagrado en el artículo 1069 aplicable en todo lo que diga relación con las facultades concedidas al causante).

¿Qué ocurre si lo que se ha dado en razón de legítimas excediere la mitad del acervo imaginario? Esta situación está contemplada en el artículo 1193. En tal caso, dice la ley, **se imputará el exceso a la cuarta de mejoras**. Pero, agrega el artículo, “sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios”. ¿Qué implica este último mandato? Que la cuarta de mejoras, para este cálculo, debe dividirse por iguales partes, como si el causante no hubiere dispuesto de ella. De suerte que al legitimario favorecido con las donaciones excesivas se le imputa sólo la parte que le habría correspondido en la cuarta de mejoras bajo el supuesto de que el causante no hubiere dispuesto de ella. De esta manera una donación a título de legítima **prefiere a una asignación a título de cuarta de mejoras**.

Ahora bien, el artículo 1194 dice que “Si las mejoras (comprendiendo el exceso o la diferencia de que habla el artículo precedente en su caso) no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso o diferencia



se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto la haya destinado". Para comprender este artículo es necesario considerar que "el exceso" es el alcance entre las donaciones y la parte teórica de la cuarta de mejoras que corresponde al legitimario favorecido con las donaciones, y "la diferencia", el déficit que se produce cuando la parte teórica de la cuarta de mejoras cubre parcialmente las donaciones excesivas. En ambos casos, dice este artículo, debe imputarse el "exceso" o la "diferencia" a la cuarta de libre disposición, la cual se caracteriza por ser una cuarta **contribuyente**. Para ilustrar el sentido de esta disposición y despejar cualquier duda que pudiere surgir, conviene remontarse al texto original del artículo 1193, el cual expresaba: "**Si lo que se ha dado en razón de legítima excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios; pero con exclusión del cónyuge sobreviviente en el caso del Art.1178, inc. 2º**". A su vez, el artículo 1194 hablaba sólo de "exceso", no de "diferencia". Fue la Ley N° 18.802 la que modificó el artículo 1193 eliminando la referencia a la división de la cuarta de mejoras por iguales partes entre los legitimarios, incorporando en esta operación al cónyuge (que desde entonces fue asignatario de cuarta de mejoras). Por consiguiente, la intención original no sufrió alteración alguna y debe entenderse que la imputación del exceso donado a un legitimario se hace a la cuarta de mejoras, pero sólo en la parte que a este corresponde en la división de la misma entre todos los legitimarios.

De lo anterior puede colegirse que la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición son **contribuyentes** y que, como dice un autor, se produce un movimiento interior en la masa hereditaria en que se van desplazando las asignaciones. Por lo mismo, las donaciones hechas en razón de legítimas son más importantes que las mejoras y éstas más importantes que las asignaciones de libre disposición.

El artículo 1193, modificado por la Ley N° 19.585, agregó a esta disposición un inciso segundo, en virtud del cual "**Si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras**". Este mandato es una demostración más de que la cuarta de mejoras es contribuyente, ya que, en este caso, no se opera en la forma antedicha (dividiendo la cuarta de mejoras por iguales partes entre los legitimarios), sino que se imputa directamente a ella el déficit necesario para enterar la porción mínima. ¿A qué "porción mínima" se refiere la ley? Nosotros creemos que esta referencia se hace a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso que corresponde al cónyuge sobreviviente cuando concurre con más de seis hijos.

Finalmente, el artículo 1196 se pone en el caso de que no pudieren completarse las legítimas y mejoras como consecuencia de los legados y donaciones hechos a ese título por el causante. Sobre la manera de proceder esta disposición señala: **"Si no hubiere cómo completar las legítimas y mejoras, calculadas en conformidad a los artículos precedentes, se rebajarán unas y otras a prorrata"**. De lo anterior se sigue, entonces, que no pudiendo enterarse las legítimas y mejoras de la manera ordenada en la ley, deben rebajarse proporcionalmente todas estas asignaciones por igual.

Las reglas anteriores deben entenderse sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1206, que prescribe, en el inciso segundo, que si al donatario de especies que deben imputarse a su legítima o mejora, **"le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá a su arbitrio hacer ese pago en dinero, o restituir una o más de dichas especies, y exigir la debida compensación pecuniaria por lo que el valor actual de las especies que restituye excediere al saldo que debe"**. Es claro, entonces, que en el juicio particional puede exigírsele al donatario a título de legítima o mejora que compense la diferencia que existe entre sus asignaciones y el exceso donado.

### **III. Asignaciones semiforzosas (cuarta de mejoras)**

Hemos calificado de semiforzosa la sucesión respecto de la llamada cuarta de mejoras. Ello nos ha permitido dividir el estudio de la sucesión en cinco categorías: sucesión **testada**, sucesión **intestada**, sucesión **mixta**, sucesión **forzosa** y sucesión **semiforzosa**.

Comencemos por señalar que esta cuarta se forma siempre que concurren legitimarios (artículo 1184), que se calcula sobre la base del acervo imaginario (artículos 1185 y 1186), que supone una disposición del causante (artículo 1195) y que sólo puede asignarse al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes, estos dos últimos sean o no legitimarios. En efecto, puede asignarse a un nieto, bisnieto o tataranieto estando presente el hijo; o un abuelo, bisabuelo o tatarabuelo estando presente en la sucesión el padre o madre.

No se trata, entonces, de una asignación que haga la ley y que se imponga a la voluntad del causante, sino de una asignación de disposición limitada que no hace la ley, sino el testador, pero que la ley reserva a ciertas personas a quienes se supone el causante está más próximo. Esta asignación, por lo mismo, es **semiforzosa**, porque, concurriendo legitimarios, la ley reserva esta parte de la herencia para limitados asignatarios, pero dejando al causante la decisión de escogerlos.



Originalmente, la cuarta de mejoras sólo podía ser asignada a los descendientes legítimos (matrimoniales), posteriormente, por reforma de la Ley N° 10.271, se extendieron sus titulares a los hijos naturales y descendientes legítimos de éstos, por Ley N° 18.802 se incluyó al cónyuge sobreviviente y, finalmente, a los descendientes y ascendientes matrimoniales o no matrimoniales. Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 se discutía arduosamente sobre si se formaba cuarta de mejoras en la sucesión de los hijos naturales (cuando no concurrían hijos legítimos). A juicio nuestro, ello no correspondía y existían múltiples razones para demostrarlo, sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria decía lo contrario. Hoy, ciertamente, esta discusión no tiene sentido.

Por consiguiente, esta asignación enumerada en el artículo 1167 tiene las siguientes características:

1. Se forma por el solo hecho de concurrir en la sucesión herederos legitimarios (artículo 1184) y en ningún otro caso;
2. Se calcula sobre la base del acervo imaginario (artículo 1184 inciso final);
3. El artículo 1195 dispone que el donante o testador puede hacer la distribución que quiera entre sus descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente, pudiendo “asignar a uno o más de ellos toda la cuarta con exclusión de los otros”;
4. Los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras sólo pueden ir a favor del cónyuge sobreviviente, o de uno o más descendientes o ascendientes del testador (artículo 1195 inciso 2º);
5. Si el causante no dispone de la cuarta de mejoras, ella acrece a la mitad legitimaria, incrementando esta parte de la herencia y transformando la **legítima rigurosa** en **legítimas efectivas** (artículo 1191);
6. Las mejoras no se presumen (a la inversa de lo que sucede con las legítimas). Ellas debe constar en el testamento, en la escritura (de donación) respectiva, o acto posterior auténtico (artículo 1198);
7. Existe, sin embargo, una mejora tácita cuando el causante en vida hace desembolsos para el pago de deudas de un legitimario que sea descendiente, declarando expresamente por acto entre vivos o en testamento ser su intención que no se imputen dichos gastos a la legítima. En tal caso, dice la ley, “**se considerarán una mejora**”;

8. Se resuelven las donaciones hechas en razón de mejoras si el donatario no tiene la calidad exigida en la ley (artículo 1201);

9. Las mejoras dan lugar al único pacto sobre sucesión futura que admite nuestra legislación, como lo anticipa el artículo 1463. Este pacto debe celebrarse entre un legitimario y el causante, y no puede tener otro objeto que el compromiso de no disponer de la cuarta de mejoras (caso en el cual esta parte de la herencia incrementa la mitad legitimaria y aumenta la legítima rigurosa del beneficiado con el pacto, haciéndolo acreedor de una legítima efectiva). De lo anterior se sigue que los efectos de este pacto están circunscritos sólo a los intereses del legitimario, y que su incumplimiento da lugar a una acción de inoponibilidad, debiendo los asignatarios de la cuarta de mejoras instituidos en contravención al pacto, enterar al legitimario a que se hizo la promesa "lo que le habría valido el cumplimiento de ella" (artículo 1204);

10. La cuarta de mejoras, como se explicó en lo precedente, tiene carácter contribuyente (artículos 1193 y 1194).

Estos son los aspectos relevantes de esta asignación forzosa.

La Ley N° 19.585, al incorporar como titulares de cuarta de mejoras a los ascendientes y descendientes no matrimoniales, introdujo una innovación sustancial en el régimen sucesorio, puesto que extendió considerablemente su ámbito.

Para terminar digamos que no es óbice para asignar esta parte de la herencia la circunstancia de que el ascendiente o cónyuge se encuentre en la situación establecida en el artículo 1182 inciso final y artículo 994. Ello porque para ser titular de esta parte de la herencia no se requiere ser legitimario y porque para asignarla se requiere de una disposición testamentaria del causante. De allí que ella esté más cerca de las asignaciones testamentarias que de las asignaciones forzosas. No puede olvidarse tampoco que las sanciones (las llamadas **indignidades calificadas** son sanciones) deben interpretarse restrictivamente sin que sea posible extenderlas a situaciones que no están expresamente establecidas en la ley.

Hasta aquí nuestros comentarios sobre las asignaciones forzosas a la luz de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585.





# La filiación matrimonial

**Hernán Corral Talciani**

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

## I. Filiación y matrimonio: ¿relación necesaria?

La relación entre filiación y matrimonio ha sido entendida, al menos en los últimos dos mil años, como de autoimplicación en el plano jurídico, el que siempre conlleva una cierta valoración axiológica de los fenómenos fácticos. El matrimonio tiene como una de sus finalidades la procreación, es decir, el que los cónyuges devengan en padres. Así lo deja de manifiesto la magistral definición del consorcio conyugal que debemos al genio de Bello: en el matrimonio un hombre y una mujer se unen para toda la vida "con el fin de procrear..." (art. 102 Código Civil). Por otro lado, el contexto de la legislación nos indica, incluso hasta hoy, que el cauce jurídica y éticamente recomendable para traer hijos al mundo es la comunidad estable y comprometida a la que damos el nombre de matrimonio.

Con la filiación, el matrimonio se completa y llega a ser propiamente una familia, la que a su vez constituye la célula básica en la que se estructura el tejido social.

Es indudable que la procreación puede ocurrir fuera de matrimonio. Pero esta constatación no puede llevar a negar la relación jurídico-institucional que existe entre matrimonio, filiación y familia. Sólo nos pone de manifiesto que la libertad les permite a los seres humanos optar, por fragilidad, ignorancia o elección consciente, caminos que no son los más aconsejables desde un punto de vista valórico o axiológico. Renunciar a ideales de justicia y bien común, por la simple constatación de que no siempre las virtudes son las que inspiran las acciones de los hombres, es una abdicación del papel modelador de la cultura y civilizador que deben tener las leyes.

Otra cosa es que el legislador deba tener en cuenta las situaciones surgidas al margen de la regularidad jurídica y paliar los efectos nocivos que ellas puedan tener, pero sin renunciar a proponer como modelo el que se estima mejor para la generalidad de la población.

Este es un difícil equilibrio que debe sortear el legislador: ¿cómo atender los intereses individuales de quienes se ven implicados en una situación extrajurídica sin afectar en el imaginario colectivo las ventajas y los incentivos de adoptar los canales propiciados por el derecho para una mejor convivencia?

Este fue el problema con el que se enfrentó el legislador que en el año 1998 adoptó una de las reformas más sustanciales a nuestra legislación civil en toda su historia, más que centenaria: la sustitución del estatuto de la filiación, por medio de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de dicho año, en vigor a partir del año siguiente (27 de octubre de 1999).

El propósito del proyecto era consagrar el principio de igualdad entre los hijos, eliminando las diferencias que la legislación tradicional establecía entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos. El desafío que encaró el Congreso era cómo hacer efectivo ese principio de igualdad y al mismo tiempo mantener el matrimonio como cauce idóneo y respaldado jurídicamente como la mejor forma de fundar una familia.<sup>1</sup>

## **II. Igualdad de los hijos y clasificación de las filiaciones**

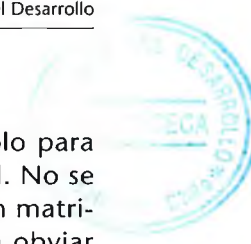
Tratándose de una iniciativa que convocó posiciones ideológicas encontradas, no es extraño que los textos finalmente aprobados envuelvan más de alguna ambivalencia y oscuridad respecto de sus reales propósitos. El intérprete no debe dejarse engañar por el tono proclamativo que tienen ciertas normas y ha de buscar su efectiva consistencia y auténtico sentido.

Es lo que sucede con la norma que parece trasuntar todo el ideario de quienes apoyaban la reforma: "La ley considera iguales a todos los hijos" (art. 33 inc. 2° CC). Interpretado a la letra, este precepto haría desaparecer gran parte del resto del articulado que se dedica justamente a hacer distinciones y diferencias, entre filiación por naturaleza, adoptiva, matrimonial, no matrimonial, determinada, no determinada, asistida.

Se dice entonces que la ley no ha hecho distinciones entre hijos, sino entre "filiaciones". En efecto, el Congreso llegó al acuerdo de no hablar en nin-

---

<sup>1</sup> Una reseña general de la ley y un análisis de la determinación de la filiación y de las acciones de estado puede verse en Corral Talciani, Hernán, "Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley N° 19.585, de 1998", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, 1999, pp. 39-109.



gún precepto de hijo matrimonial o hijo no matrimonial, pero sólo para efectos de no herir una hipersensibilidad en el tema de la igualdad. No se entiende en verdad qué diferencia tiene hablar de "hijo de filiación matrimonial" que simplemente de "hijo matrimonial". Es como si para obviar las posibles objeciones de discriminación se consintiera en suprimir las expresiones "propietario", "usufructuario", "mero tenedor", para reemplazarlas por las de "persona con un derecho de dominio", "con derecho de usufructo", "con la mera tenencia de una cosa", etc.

Ni siquiera la igualdad se da entre los derechos que se generan del vínculo paterno-filial, ya que para que éstos puedan tener lugar es necesario que dicha relación esté oficialmente reconocida por la ley. Así, los llamados hijos de filiación no determinada (sucesores de los anteriores hijos simplemente ilegítimos) no tienen los mismos derechos que los hijos matrimoniales o no matrimoniales, sencillamente porque –jurídicamente– no tienen padres respecto de quien hacerlos valer. Es más, en una decisión que a nuestro juicio fue profundamente regresiva, la nueva legislación niega a estos hijos el derecho a pedir alimentos de quien aparece –si bien no consta– como presunto progenitor, dejándoles así en peor situación que la que tenían con anterioridad.

La igualdad tan proclamada queda reservada, así, no a la filiación misma, cuya estructura sigue siendo diferente según sea matrimonial, no matrimonial o no determinada, sino a los efectos de la filiación determinada.

Ahora bien, en la eficacia de la filiación la igualdad no se detuvo en la relación entre padre, madre e hijo, sino que se proyectó a toda la serie de parientes consanguíneos o afines del respectivo padre, de manera que no sólo el hijo no matrimonial tiene iguales derechos como hijo, sino también como nieto, como hermano, como colateral, etc. Por ello se hizo desaparecer la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos.

Por la misma razón la igualdad no sólo favoreció a los hijos, sino también a los padres y a los ascendientes. Así, por ejemplo, los padres pasan a tener la patria potestad sobre el hijo no matrimonial, y con ello ganan el derecho a percibir la totalidad de los frutos de los bienes del hijo no emancipado, mientras que antes sólo podían aspirar al diez por ciento de ellos si eran investidos de la calidad de tutores o curadores generales. Los abuelos ilegítimos que antes no eran llamados a la sucesión del nieto, ahora son llamados a la sucesión abintestato y considerados legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras, limitándose las facultades de disponer por causa de muerte del descendiente no matrimonial.

Por otro lado, aunque la regla general es la igualdad de derechos, subsisten algunas diferencias, en cierta forma maquilladas por la reforma. Creo que pueden enumerarse las siguientes:

1º) En la atribución de la tuición se hace una diferencia entre si el hijo ha sido o no reconocido por alguno de sus padres, lo que delata la necesidad de distinguir entre filiación matrimonial y no matrimonial. El art. 224 CC emplea el circunloquio "hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres" para designar al hijo no matrimonial reconocido.

2º) Se impone una privación de derechos a los padres cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra su oposición (art. 203 CC). Aunque el texto es abierto y comprende los casos de determinación judicial de la filiación matrimonial, es patente que está pensando esencialmente en la filiación no matrimonial, que es donde se plantea en la práctica esta forma de determinación.

3º) La filiación no matrimonial determinada por reconocimiento es repudiable por el hijo, cosa que no se admite respecto de la filiación matrimonial propiamente tal.

4º) Se mantiene la tradicional norma que impide llevar al hogar común a un hijo no matrimonial sin el consentimiento del cónyuge, sólo que ahora se amplía a todo hijo "que no ha nacido de ese matrimonio" (art. 228 CC).

Finalmente, aunque en materia sucesoria los textos imponen una perfecta igualdad de derechos entre los descendientes matrimoniales y no matrimoniales, es sabido que el Congreso mantuvo la protección de la familia matrimonial a través de un incremento, que a veces puede parecer desmedido, de los derechos sucesorios del cónyuge. Es evidente que esto termina por beneficiar a los hijos matrimoniales, que serán llamados a recibir los bienes que deje el cónyuge sobreviviente cuando éste también fallezca.

Hechas estas aclaraciones previas, podemos introducirnos en el régimen jurídico de la filiación matrimonial.



### III. El régimen jurídico de la filiación matrimonial en el Código Civil

#### 1. Concepto

La filiación matrimonial es una de las formas en las que se realiza la filiación por naturaleza, por oposición a la adoptiva y a la resultante de técnicas de reproducción humana artificial. Dice el art. 179 "La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial".

De lo dispuesto en los arts. 180 y 184, podemos deducir que existe filiación matrimonial cuando el vínculo filial está establecido o se establece simultáneamente respecto de padre y de madre, y media matrimonio entre éstos, habiéndose producido el nacimiento en forma previa al matrimonio, durante éste o a más tardar en el plazo de trescientos días después de su disolución o divorcio.

La definición intenta comprender las dos formas en las que puede presentarse la filiación matrimonial.

Debe tenerse presente que, más allá de la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial o no matrimonial, existe una diferencia estructural entre ambas. El hijo de filiación matrimonial tiene necesariamente un vínculo que es doble: paterno y materno a la vez, y es insertado en la comunidad que existe entre sus padres, los que tienen el compromiso jurídico de constituir una familia para él. Por eso, el hijo matrimonial tiene propiamente un *status familiae*.

No sucede lo propio con el hijo de filiación no matrimonial, cuyo vínculo es siempre unilateral, de padre, de madre o de ambos, pero de manera independiente, ya que aunque ambos padres estén determinados, ellos no tienen deberes entre sí ni forman ante el derecho una comunidad ni tampoco están obligados a formarla o mantenerla. Por eso hemos sostenido, siguiendo al civilista español Manuel Albaladejo, que en el actual estatuto normativo el hijo no matrimonial tiene más bien un *status parental*, es unido al grupo de parientes de su progenitor, que un *status familiae*.<sup>2</sup>

#### 2. Clases

La filiación matrimonial puede ser de dos clases, según la forma en que llega a determinarse. Una es la filiación matrimonial propiamente tal, es decir, la que compete al hijo nacido o concebido en matrimonio. La otra

<sup>1</sup> Sobre esta diferencia, véase Corral, H., ob. cit., p. 45.

es una reconducción, por razones de política legislativa, de una doble filiación no matrimonial a la filiación matrimonial en homenaje al matrimonio de los padres que se han casado después de procrear al hijo.

A la primera, la designamos filiación matrimonial de origen o innata: el hijo nace como matrimonial. A la segunda le damos la denominación de filiación matrimonial sobrevenida o adquirida: el hijo nace como no matrimonial y, en el transcurso de su vida, su estado filial se transforma en matrimonial por obra del matrimonio de sus progenitores.

La filiación matrimonial de origen está definida en el inciso 1º del art. 180 del Código Civil: "la filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo".

La concepción del hijo durante el matrimonio determina la filiación matrimonial aun cuando el nacimiento se produzca después de su disolución, como en el caso en el que el hijo nace antes de trescientos días después de la disolución del vínculo.

El nacimiento del hijo durante el matrimonio determina la filiación matrimonial, aun cuando su concepción deba reputarse acaecida con anterioridad al casamiento de los padres, como en el caso del hijo que nace antes de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

La filiación matrimonial sobrevenida es, según el inciso 2º del art. 180 del Código Civil, la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas o bien se determinen en el acto del matrimonio o durante la vigencia de éste.

De este modo, no es filiación matrimonial la del hijo que no fue ni concebido ni nacido durante matrimonio y obtuvo la determinación de la paternidad y maternidad tardíamente, esto es, sólo una vez disuelto el matrimonio que ligó a sus progenitores.

### **3. Los elementos de la filiación matrimonial de origen y la determinación de la maternidad**

Para que un hijo pueda tener una filiación matrimonial innata es necesario que se cumplan cuatro supuestos: 1º) que se determine quién fue su madre; 2º) que esa mujer sea casada; 3º) que la concepción del hijo o su nacimiento se haya producido durante el matrimonio y 4º) que el marido de la mujer sea el padre.

El matrimonio que produce la matrimonialidad de la filiación es el válido o el nulo putativo. Incluso es suficiente el matrimonio nulo por incompetencia del oficial del Registro Civil o por falta de testigos hábiles, aunque no haya buena fe o justa causa de error: el art. 122 inc. 2º del Código Civil dispone que la nulidad por estas causales “no afectará la filiación matrimonial de los hijos”.

En seguida, es necesario que la concepción o, al menos, el nacimiento haya tenido lugar durante la vigencia del vínculo matrimonial. Para conocer la época de la concepción se utiliza la presunción de derecho del art. 76 CC, de modo que se reputa concebido en matrimonio el niño que nace después de transcurridos 180 días desde la celebración del matrimonio y hasta 300 días a contar de la disolución. Sin embargo, la normativa actual, a diferencia de la anterior, atribuye matrimonialidad también al hijo que ha sido concebido fuera de matrimonio, pero nace durante su vigencia, es decir, es matrimonial el hijo que nace una vez celebrado el matrimonio, pero antes del plazo mínimo de duración del embarazo de 180 días.

Para el tercer lugar hemos dejado la identificación de la madre. La determinación de la maternidad es común para la filiación matrimonial y no matrimonial. Ella puede tener lugar por tres medios: la sentencia judicial, el reconocimiento y el parto. La determinación por el parto de la maternidad es una de las innovaciones más trascendentes y poco publicitadas de la reforma de la Ley N° 19.585. De este modo, la maternidad queda legalmente determinada, sea que se trate de mujer casada o no, sin necesidad ni de juicio de filiación ni de acto de reconocimiento, cuando el hecho del nacimiento y las identidades de madre e hijo quedan registrados en las partidas del Registro Civil (art. 183 CC). Para que sea posible esta constancia, es necesario que la declaración de la persona que requiera la inscripción dé cuenta del nacimiento y de las identidades de la madre y del hijo y que esta declaración coincida con lo que aparece en el comprobante (escrito) del médico que haya asistido al parto (art. 31 N° 4 LRC).

Conocidos estos hechos: que una mujer que está casada ha dado a luz un hijo, que éste ha nacido o ha sido concebido en matrimonio, sólo falta la determinación de la paternidad, para lo cual nuestra ley utiliza un mecanismo inveterado: la presunción *pater is est quod nuptias demonstrant*.

#### **4. La determinación de la paternidad matrimonial**

##### **a) La presunción *pater is est***

La presunción de que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido

es una de las consecuencias de mayor utilidad social que ha aportado el matrimonio a la cultura occidental. La fórmula de la presunción fue acuñada en el Digesto en una sentencia atribuida a Paulo: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (D. 2. 4. 5),<sup>3</sup> esto es, al padre lo ponen de manifiesto –lo delatan, podrían algunos decir– las mismas nupcias de la madre.

La formulación actual de esta presunción la recoge el art. 184 CC en su primer inciso: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges”.

#### b) Caracteres de la presunción de paternidad

Podemos enumerar como caracteres de esta especial presunción los siguientes:

1º) Se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario.

2º) La prueba en contrario no puede ofrecerse sino en un determinado procedimiento. Por eso, el inciso final del art. 184 CC dispone que “La paternidad así determinada... podrá ser impugnada..., de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”.

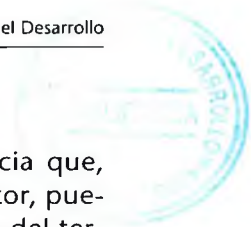
3º) Opera por el simple ministerio de la ley y aun antes de su recepción en el Registro Civil: en esto nuestra legislación se aleja de la ley española, que dispone que la filiación matrimonial queda determinada por la inscripción de nacimiento junto con la inscripción de matrimonio de los padres (art. 115 Código Civil español). En cambio, nuestro Código señala que, estando determinada la maternidad por el parto y la paternidad por la presunción de paternidad, la filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres (art. 185 inc. 1º CC).<sup>4</sup>

4º) Es imperativa: cumplidos los presupuestos, la presunción se aplica aun cuando marido y mujer estén de acuerdo en que el hijo es atribuible a un tercero. Por ello, el Oficial de Registro Civil deberá inscribir el nacimiento del hijo como del marido toda vez que, por la declaración del requirente, o por consulta con el propio Registro, haya constancia de que la madre es

<sup>3</sup> El adagio completo es “*Mater semper certa est, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”

<sup>4</sup> En realidad, puede quedar determinada también por el nacimiento ocurrido después del matrimonio, pero antes de vencer el plazo máximo del embarazo (300 días).





mujer casada.<sup>5</sup> No nos parece aceptable la tesis de quien propicia que, ante un acuerdo tripartito entre los cónyuges y el tercero progenitor, pueda quedar sin efecto la presunción e inscribirse el reconocimiento del tercero.<sup>6</sup> A esta afirmación se opone el art. 184, que no contempla la inaplicabilidad de la presunción por acuerdo de los cónyuges, el art. 185, que dispone la determinación de la filiación matrimonial por el solo hecho del nacimiento durante el matrimonio de los padres, y el art. 189, que señala que no surte efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta.

### c) Fundamentos

El fundamento de la presunción de paternidad debe ser observado de manera distinta según se trate del hijo concebido en matrimonio o del hijo concebido antes del matrimonio.

Para el hijo concebido en matrimonio, la presunción de paternidad obedece a dos constataciones: primero, que habiendo matrimonio debe presumirse la cohabitación de los cónyuges. La mera cohabitación, sin embargo, no es suficiente para explicar la fuerza con que se despliega la presunción de paternidad fundada en el matrimonio.<sup>7</sup> Así se deduce de que para la ley la existencia de un concubinato de la madre con el supuesto padre es sólo una base para una presunción judicial de paternidad (art. 210 inc. 1º CC). Es necesario agregar un nuevo elemento: ese elemento lo encontramos en la exclusividad sexual fundada en el deber de fidelidad de los cónyuges, y en este caso, de la mujer.<sup>8</sup>

Cosa diversa sucede con la presunción de paternidad de hijo de concepción antenupcial. En este caso, la ley no puede suponer ni la cohabitación ni la exclusividad en el ejercicio de las facultades procreadoras. Pero sí

<sup>5</sup> Para la legislación española, defiende el mismo criterio De la Cámara Alvarez, Manuel, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, arts. 108 a 141 del Código Civil, t. III, vol. I, Edersa, Madrid, 2000, pp. 189-190: "sin perjuicio de su posible impugnación, la presunción *pater is est* se tipifica por dos notas características. Actúa automáticamente *ab origine* si concurren los supuestos que la condicionan y reviste naturaleza imperativa. Quiere decirse que si al tiempo de determinar la filiación del hijo de madre casada se constata que está vigente la presunción de paternidad marital, la imputación de la paternidad al marido es insoslayable, incluso aunque los cónyuges estén de acuerdo en que el padre fue un tercero".

<sup>6</sup> Así, Veloso, Paulina, en Schmidt, C. y Veloso, P., *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago, 2001, pp. 106-107.

<sup>7</sup> Abeliuk, René, *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. I, p. 57, parece pensar que la única diferencia es el carácter de prueba preconstituida y general del matrimonio el que lleva al legislador a establecer esta presunción, la que, en su opinión, podría operar también fuera del matrimonio.

<sup>8</sup> En este sentido, para la ley española, De la Cámara, M., ob. cit., p. 191.

puede presumir que si un varón se casa con una mujer embarazada, conociendo dicho estado, es porque quiere asumir esa paternidad, y que lo hace así porque él tiene antecedentes suficientes para confiar en que él es el padre. La clave está dada justamente en el conocimiento del embarazo por parte del marido, ya que de lo contrario la presunción puede decaer, como lo veremos enseguida.

#### d) Casos en los que no se aplica

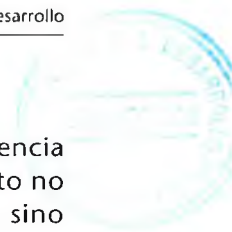
La presunción de paternidad no recibe aplicación, a pesar de que el hijo haya sido concebido o nacido en matrimonio, en los siguientes casos:

1º. Si el hijo nace antes de expirar los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, es decir, necesariamente ha sido concebido antes de las nupcias, y el marido no conocía la preñez de su mujer al tiempo de casarse ni tampoco ha reconocido al hijo por actos positivos después de nacido. La presunción queda descartada, pero a diferencia de la legislación española que se satisface con una declaración extrajudicial del marido, nuestra ley impone a éste el ejercicio de una acción judicial de desconocimiento, que debe ejercerse en los plazos y forma de la acción de impugnación (art. 184 inc. 2º CC).

2º. Si el hijo es concebido durante el divorcio de los cónyuges. Se trata del divorcio sin disolución de vínculo, ya sea perpetuo o temporal, que suspende la vida en común (art. 21 LMC). Se reputa concebido en divorcio el hijo que nace después de trescientos días contados desde la sentencia que lo decreta (art. 184 inc. 1º CC).

La ley, sin embargo, se ha hecho cargo de que es posible que el hijo haya sido concebido por padres que, si bien estando divorciados, han cohabitado. Por ello, dispone la restauración de la presunción de paternidad en este caso cuando existe acuerdo entre el marido y la mujer y ambos piden que se consigne el nombre del marido en la inscripción de nacimiento del hijo (art. 184 inc. 3º CC).

Estas son las causales por las cuales la presunción de paternidad, al perder los fundamentos que la justifican, se hace inoperante. Debe destacarse que en nuestro ordenamiento la mera separación de hecho de los cónyuges no determina la inaplicación de la presunción de paternidad del marido. Aunque en la práctica ello puede traer complicaciones cuando la madre convive establemente con un tercero, lo cierto es que un mero estado de hecho que no consta públicamente, que puede ser variado día a día, no puede dar pie para producir consecuencias jurídicas de tanta envergadura.



Cierto es que en Chile la cuestión se vuelve compleja por la obsolescencia práctica de la figura del divorcio no vincular, pero el remedio para esto no es descartar la presunción por una situación meramente fáctica, sino reformular la separación legal (el divorcio no vincular) de modo que sea un proceso más expedito y accesible para quienes enfrentan una ruptura conyugal.

#### e) Conflictos de paternidades

La filiación matrimonial completada en su determinación por la presunción de paternidad del marido puede entrar en conflicto con la determinación de una paternidad diversa. La colisión puede producirse con otra presunción de paternidad aplicable a otro marido o con el reconocimiento efectuado por un tercero que no es el marido de la madre.

##### e.1) Superposición de presunciones de paternidad

La ley ha intentado impedir la llamada "*turbatio sanguinis*" o confusión en la identificación del padre por doble matrimonio de la mujer, imponiéndole a ésta la carga de no pasar a nuevas nupcias antes del parto si está embarazada o en el plazo de 270 días desde la disolución del vínculo anterior, plazo que puede abreviarse por el descuento de los días en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer (art. 128). El incumplimiento de este precepto está incluso sancionado penalmente con reclusión menor en su grado mínimo y multa (art. 386 CP).

Con todo, es obvio que, a pesar de todas estas admoniciones, puede darse el caso de que una mujer se case antes de enterar el plazo de viudedad y dé a luz un hijo que nace antes de trescientos días de disuelto el anterior matrimonio y dentro o incluso más allá de los 180 días de celebrado el segundo. También el conflicto puede producirse en caso de bigamia de la mujer, si el segundo matrimonio produce efectos civiles como putativo.

En su tenor literal, el precepto del art. 184 inc. 1º CC que consagra la presunción de paternidad podría aplicarse para atribuir el hijo a cualquiera de los dos maridos. ¿Cómo enfrentar esta duplicidad de determinación?

La vía más simple es la judicial. El art. 130 CC dispone sobre esta base: "Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas del título VIII...". Entendemos que la acción a la que alude el precepto es el ejercicio conjunto de la acción de impugnación de la paternidad que busca descartarse y de la acción de reclamación

de la paternidad que se desea prevalezca.<sup>9</sup> El art. 130 dispone que en ese juicio procederán las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos, los que serán decretados si así se solicita. La novedad de esa disposición radica únicamente en la obligación que tiene el juez de acceder a estas pruebas si se han solicitado por alguna de las partes.

Pero esto no soluciona todo el problema, puesto que no señala la ley qué sucede mientras y en tanto no se deduzca y falle la acción judicial que conduzca al establecimiento de una paternidad con preeminencia sobre la otra. Se ha sostenido que las dos presunciones en colisión resultarían recíprocamente neutralizadas y por lo tanto ninguna produciría efectos, lo que lleva a sostener que el hijo carecerá de padre determinado mientras no se resuelva el conflicto judicialmente. Pero a esto se objeta que en estricto rigor no hay neutralización de las presunciones, sino simple superposición, por lo que ambas pueden producir efectos, siendo necesario decidir cuál de ellas ha de primar. Algunos han sostenido que esa primacía debe extraerse de la verosimilitud de la paternidad, y que así debe reputarse padre al primer marido si el hijo nace en el plazo de doscientos setenta días desde la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de celebrado el segundo, o al revés, que ha de reputarse padre al segundo marido si el hijo nace en un plazo mayor a los doscientos setenta días desde la disolución del segundo. Otros prefieren sostener que debe ser el hijo (o su representante) el que elija, o que la elección la haga la madre, que es la única persona que puede estar segura de quien es el progenitor real del hijo.<sup>10</sup>

En nuestra opinión, ante esta laguna del ordenamiento jurídico, se hace necesario proceder de acuerdo a los principios generales del derecho, y en concreto al del interés superior del hijo y de protección de su identidad. Por ello, pensamos que la elección de cuál paternidad se acoge como elemento para registrar el nacimiento del hijo debe quedar a la prudencia del Oficial del Registro Civil, quien deberá ponderar las circunstancias y elegir aquella de las presunciones que más parece ajustarse a la realidad y a los intereses del hijo. Dentro de las circunstancias a ponderar deberá tener en especial consideración lo que declare la madre, pero su decisión no puede ser vinculante ni decisiva.

Por cierto, esta fijación podrá ser impugnada y se procederá entonces a la vía judicial, que será la que decidirá en definitiva a cuál de los maridos debe atribuirse la paternidad del hijo.

<sup>9</sup> Aunque podría pensarse en el ejercicio sólo de la acción de impugnación de la paternidad que se pretende descartar para así afirmar la presunción de paternidad del otro marido.

<sup>10</sup> Un elenco de las posibles teorías barajadas por la doctrina comparada y la defensa del criterio de la elección de la madre, en De la Cámara, M., ob. cit., pp. 264-284.



## e.2) Conflicto entre paternidad matrimonial y paternidad no matrimonial

La colisión de formas de determinación de la paternidad puede darse también entre la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento de la paternidad no matrimonial.

Pero en este caso la solución en favor de la primacía de la paternidad matrimonial está prevista expresamente por la ley, en virtud de la regla general del art. 189 CC. Como la presunción de paternidad operará por el nacimiento del hijo, tendrá normalmente prioridad cronológica respecto del reconocimiento, y por tanto éste recaerá sobre un hijo que ya tiene legalmente determinada una filiación distinta, lo que ocasionará su incapacidad para surtir efectos.

Lo mismo debemos afirmar para el caso de que el reconocimiento del padre no matrimonial se verifique durante la gestación del hijo (la doctrina chilena siempre ha admitido la factibilidad del reconocimiento del *nasciturus*<sup>11</sup>). Parece claro que cuando se produce el nacimiento del hijo, la presunción de paternidad, al retrotraer sus efectos a la fecha de la concepción, conforme lo prevé el art. 181 inc. 1º CC, desplazará al acto del reconocimiento.

No nos parece posible que el reconocimiento pueda eruirse contra la presunción de paternidad por un acuerdo entre el marido, su mujer y el tercero reconociente.<sup>12</sup> Como ya hemos dicho, la determinación de la paternidad matrimonial es una norma imperativa que opera *ipso iure* y más allá de toda declaración voluntaria. De esta manera, para que predomine la filiación no matrimonial por sobre la matrimonial, deberá procederse al ejercicio conjunto de las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad. Pero, en este caso, la determinación de la paternidad no matrimonial se hará por medio de sentencia y no por acto de reconocimiento.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Corral, H., ob. cit., p. 59.

<sup>12</sup> En contra, Veloso, P., ob. cit., p. 107.

<sup>13</sup> Puede preguntarse qué sucede si el reconocimiento del tercero es anterior a la determinación de la maternidad, que constituye el presupuesto fáctico inicial para que opere la presunción de paternidad. En España se piensa que si el reconocimiento es anterior y la inscripción de nacimiento se practica sin mencionar la identidad de la madre, la posterior constatación de ésta y de que es casada no supondrá el desplazamiento de la filiación no matrimonial por la matrimonial derivada de la presunción de paternidad (cfr. De la Cámara, M., ob. cit., pp. 247-258). Entre nosotros no debiera aplicarse el mismo argumento, ya que, a diferencia de la ley española, la eficacia de la presunción de paternidad no se condiciona a la inscripción de nacimiento del hijo. Si coincidimos en que la presunción opera *ipso iure* y *ab initio*, aun cuando se haya reconocido al hijo e inscrito el nacimiento con el nombre del reconociente y sin el de la madre, una vez constatada la maternidad y los demás requisitos de la filiación matrimonial, la presunción, al operar retroactivamente, privará de efectos al acto de reconocimiento. No será necesaria la interposición de una acción de reclamación por parte del marido y bastará que se rectifique la partida de nacimiento.

#### f) La determinación judicial

Si la filiación matrimonial no queda fijada por la vía extrajudicial, a través de los medios de determinación del hecho del parto (para la maternidad) y de la presunción *pater is est* (para la paternidad), deberá recurrirse a un juicio de filiación en el que se acredite que dos personas casadas han engendrado al hijo. La sentencia sirve entonces de título de determinación. Para efectos de publicidad la sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento (art. 185 inc. 3º CC).

### 5. La matrimonialización de la filiación no matrimonial

Hemos visto hasta ahora la primera de las clases de filiación matrimonial; la que llamamos de origen, y que es el modelo prototípico de filiación matrimonial.

Pero desde antiguo la ley ha querido disponer que los hijos que dos personas han engendrado no estando casadas puedan equipararse en su *status* jurídico al de los hijos de matrimonio, si esas personas deciden regularizar su situación y contraen matrimonio. Es un objetivo de política legislativa y que revela que el legislador no es ni puede ser indiferente o neutral ante una unión no formalizada o un matrimonio.

Esta institución, conocida en la legislación anterior como legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres, podría haberse considerado inútil una vez establecida la igualdad de derechos de los hijos, y sin embargo la ley no ha querido prescindir de ella.

La matrimonialización de la filiación no matrimonial tiene lugar cuando dos personas que han tenido un hijo en común sin estar casadas llegan a estarlo con posterioridad al nacimiento, ya sea que la paternidad o maternidad estén determinadas antes del matrimonio, se determinen en el acto del matrimonio o durante su vigencia.

Si paternidad o maternidad ya estaban determinadas (por los medios que sean: hecho del parto, reconocimiento o sentencia), la celebración del matrimonio es lo que convierte la filiación de no matrimonial en matrimonial (art. 184 inc. 2º CC).

Si ninguno o solo uno de los padres estaba determinado previamente al matrimonio, y el hijo es reconocido por ambos o por el progenitor que faltaba en el acto del matrimonio, también será la celebración la que determine la filiación matrimonial (art. 184 inc. 2º CC).

Pero si al momento del matrimonio no están determinadas paternidad y maternidad ni tampoco llegan a estarlo mediante reconocimiento otorgado en el acto de su celebración, la filiación se convertirá en matrimonial desde que queden determinadas por los medios legales (reconocimiento o sentencia judicial) la maternidad y paternidad, o aquella de las dos que faltaba. La última determinación producirá la conversión. Aunque el art. 184 inc. 2º CC hable del "último reconocimiento", nos parece que lo mismo sucederá cuando la determinación se verifique por sentencia en juicio de filiación.

## 6. La impugnación de la filiación matrimonial

La impugnación de la filiación matrimonial depende de la forma en la que se verificó su determinación: si judicial o extrajudicial. Si fue extrajudicial, la filiación matrimonial puede impugnarse por no ser verdadera la maternidad, la paternidad o el matrimonio a la época de la concepción o nacimiento del hijo.

### a) Impugnación de la maternidad matrimonial

Se aplican los arts. 217 y siguientes del Código Civil. Tienen acción para impugnar la madre aparente y su marido. Como necesario reflejo, este último estará impugnando su propia paternidad, ya que pide que se constate la ausencia de uno de los presupuestos de la presunción de paternidad matrimonial. El plazo es de un año desde el nacimiento.

También pueden impugnar el hijo supuesto, el verdadero hijo y los verdaderos padre o madre. El verdadero hijo y los verdaderos padre o madre y el hijo supuesto habrán de ejercer conjuntamente las acciones de impugnación de la filiación matrimonial y la reclamación de su propio estado filial o paterno. Tratándose de un ejercicio conjunto, la imprescriptibilidad de la acción de reclamación se impone frente a la caducidad de la de impugnación. Si el hijo supuesto ejerce solo la acción de impugnación, debe hacerlo en el plazo de un año desde que alcance la plena capacidad.

Finalmente, la maternidad matrimonial puede ser impugnada por las personas a quienes perjudique en sus derechos hereditarios en la sucesión de los supuestos padre o madre: en el fondo los que se interesan en excluir al hijo supuesto de la sucesión de sus aparentes padres. El plazo que disponen es de un año desde el fallecimiento del padre o madre de que se trate. No obstante, si al hijo lo ampara la posesión notoria de su estado, la acción de estas personas no será admisible (art. 218).

## b) Impugnación de la paternidad matrimonial

La impugnación de la paternidad matrimonial se identifica con la prueba en contrario de la presunción de paternidad. No se exige que se acredite ninguna causal específica como antaño, ni imposibilidad de acceso ni adulterio; la prueba del juicio debe estar dirigida a comprobar que el marido no ha podido engendrar a la persona que aparece como su hijo.

Los legitimados para impugnar son el mismo marido y, en caso de muerte de éste, sus herederos y en general cualquier perjudicado por la pretendida paternidad. A ellos debe añadirse el hijo capaz o el representante del hijo incapaz (arts. 212, 213 y 214 CC).

El marido dispone del plazo de 180 días desde que tiene conocimiento del nacimiento, lo que se amplía a un año en caso de mediar separación de hecho de la mujer. La ley presume el conocimiento inmediato del parto si el marido reside en el lugar donde nació el hijo o, en caso de ausencia, al momento de su vuelta al lugar de residencia de la mujer. Esta presunción es simplemente legal y puede caer si se prueba que ha habido ocultación del parto (art. 212 CC).

Muerto el padre antes de vencer el plazo y sin haber reconocido al hijo en testamento u otro instrumento público, la acción compete a sus herederos o a los que acrediten perjuicio. Estos pueden accionar en el mismo plazo o en su residuo (arrrt. 213 CC).

Nacido el hijo, el representante legal puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde el parto. Aun expirado este plazo, el hijo, alcanzada la plena capacidad, dispone de un año para impugnar la paternidad (art. 214 CC).

Las normas de impugnación no mencionan entre los posibles titulares ni a la madre ni al tercero que se pretende padre no matrimonial.

Otorgar la titularidad de la acción de impugnación a la madre choca con un cierto sentido del decoro, ya que ordinariamente la madre alegará su propio adulterio en contra de su marido, sin que conste suficientemente que ello beneficia al hijo, que como resultado de la acción quedará sin padre determinado.

No obstante ello, la ley permite esta inconveniente situación al conceder la acción al representante del hijo incapaz, representación que en caso de separación de los padres recaerá ordinariamente en la madre, que ejercerá





la patria potestad por tener derecho preeminente al cuidado personal de los hijos menores (arts. 245 y 225 CC). Pensamos, sin embargo, que podría evitarse el abuso que significa alegar la propia conducta indebida como fundamento de la demanda, haciendo ver que el art. 214 CC no se contenta con habilitar al representante legal del hijo incapaz, sino que exige expresamente que se acredite que la acción se ejerce "en interés de éste". Este interés raramente concurrirá para que la madre desposea a su hijo de la calidad de hijo matrimonial de su marido.<sup>14</sup>

Tampoco nos parece prudente aceptar que la filiación matrimonial quede expuesta a la alegación de un tercero que alega ser el verdadero progenitor del hijo que habría sido engendrado en adulterio con la madre. Pensamos –y así lo sostuvimos con insistencia durante la discusión del proyecto de ley en el Senado– que, siguiendo legislaciones comparadas, debía restringirse la titularidad de la acción de impugnación impidiendo que este tercero pudiera poner en tela de juicio una filiación no cuestionada ni por el marido ni por el hijo. Sin embargo, el Senado optó por el partido de otorgar la acción, en la medida en que el tercero ejerza conjuntamente la impugnación con la reclamación (art. 208 CC), pero haciendo prevalecer, como regla general, la posesión notoria del estado de hijo por sobre la prueba pericial biológica (art. 201 CC), lo que en hipótesis permitiría al marido obtener sentencia en su favor.

La solución nos parece deplorable: primero, porque no evita los perjuicios de que se abra y tramite un juicio donde se ventilará el posible adulterio de la madre y el engaño del marido. Aunque cuando el marido obtenga sentencia en su favor, lo más probable es que la convivencia familiar estará quebrada o al menos seriamente resentida. Y segundo, puesto que la afirmación de la paternidad del marido fundada sobre una posesión notoria a la que se oponen las pruebas biológicas revelará a todas luces, y más allá del formalismo judicial, que el padre es el tercero y no el marido. Se le habrá hecho, en consecuencia, un flaco favor.

Debemos hacer ver que en los comentarios que han sucedido a la reforma, se han presentado opiniones que piensan que el tercero no estaría habilitado para impugnar la filiación matrimonial, por cuanto no está mencionado expresamente dentro de los titulares de la acción de impugnación (arts. 212 a 214 CC). Aunque esta interpretación, al revés de los que la plantean, nos parecería más adecuada desde el punto de vista de polí-

<sup>14</sup> Podría sostenerse que la objeción no se daría si se trata del hijo concebido antes del matrimonio y nacido en él, ya que la madre no habría incurrido en adulterio. No obstante, el hecho de engañar a su consorte pretendiendo atribuirle una paternidad que corresponde a otro es también una conducta indebida que, aunque de menor gravedad moral, debería ser suficiente para inhabilitarla para aprovecharse de ella.

tica legislativa<sup>15</sup>, hemos de decir que honestamente no nos parece defendible de *lege lata* atendidos los textos legales tal como fueron redactados. La ausencia de la titularidad explícita queda suplida por el juego de los arts. 205, 208 y 320 CC. Este último precepto señala que “ni prescripción ni fallo alguno... podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros”; por su parte, el art. 205 CC señala que la acción de reclamación de la filiación no matrimonial corresponde al padre o madre “cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 208”, y esta norma –el art. 208– dispone que en tal caso deben ejercer con la acción de reclamación la de impugnación. Si tienen esta obligación es porque para la ley son titulares también de la de impugnación, de lo contrario la ley estaría ordenando un absurdo.<sup>16</sup>

### c) Impugnación de la filiación matrimonial adquirida

La filiación matrimonial adquirida que se completa por reconocimiento es susceptible de quedar sin efecto por una vía extrajudicial, al igual que la filiación no matrimonial: por el acto de repudiación del reconocimiento que la integra, derecho que corresponde al hijo o, en caso de muerte, a sus herederos.

También es susceptible de impugnación por parte del hijo o su representante. El hijo capaz tiene el plazo de dos años contados desde que supo del matrimonio o del reconocimiento que produce la filiación matrimonial (art. 216 inc. 4º CC). Si el hijo es reconocido siendo incapaz, la acción compete al representante en el plazo de un año desde el reconocimiento y, si éste no la ha ejercido, el hijo, alcanzada la plena capacidad, podrá deducirla en el plazo de un año desde que la alcanzó (art. 214 aplicable por el art. 216 inc. 2º CC).

Finalmente, si el hijo fallece sin que hayan vencido los términos anteriores, la acción de impugnación puede ser ejercida por los herederos del hijo en el plazo original o en su residuo contado desde la muerte del hijo (art. 216 inc. 3º CC).

No es impugnable la filiación matrimonial adquirida, a diferencia de la filiación no matrimonial por reconocimiento, por los que prueben un interés actual en la impugnación.

<sup>15</sup> Cfr. Corral, H., ob. cit., p. 82.

<sup>16</sup> En el mismo sentido, aunque con otros argumentos, López Rivera, Gisela, *Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales*, ConoSur, Santiago, 2001, pp. 177-178; Veloso, P., ob. cit., pp. 203-205.



#### d) Impugnación de la filiación matrimonial determinada por sentencia

La filiación matrimonial determinada por sentencia judicial goza de mayor estabilidad, ya que no puede ser impugnada salvo en las condiciones que prevé el art. 320 (art. 220 CC), es decir, cuando los titulares sean los que se pretendan verdaderos padre o madre del hijo matrimonial o cuando éste se pretenda presentar como hijo de otros. En tal caso, deberán deducirse conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación, y deberá notificarse su ejercicio a las personas que hayan sido partes en el proceso anterior de determinación de la filiación (art. 320 CC).

### 7. La reclamación de la filiación matrimonial

La filiación matrimonial puede reclamarse de acuerdo con su estructura, es decir, se debe exigir siempre respecto de ambos progenitores. No es posible reclamar sólo la paternidad matrimonial y no la maternidad matrimonial o viceversa (salvo que una de ellas ya esté previamente determinada para el caso de la filiación matrimonial adquirida o sobrevenida).

Por eso en los juicios de reclamación de la filiación matrimonial se dará un consorcio necesario, sea activo, si los que reclaman son los progenitores (si demanda sólo uno de ellos debe emplazarse necesariamente al otro so pena de nulidad: art. 204 inc. 3<sup>º</sup> CC); sea pasivo, si el actor es el hijo y debe ejercer la acción conjuntamente "contra ambos padres" (art. 204 inc. 2<sup>º</sup> CC).

No existe plazo para el ejercicio de la acción de reclamación, ya que se la configura como imprescriptible (art. 195 inc. 2<sup>º</sup> CC) en tanto el hijo como los padres estén con vida. Si fallecen, la ley dispone o la caducidad inmediata de la acción o su vencimiento dentro de cierto plazo desde la muerte. Así, si muere el padre o madre, la acción de reclamación del hijo que no haya sido interpuesta en vida caduca, salvo un supuesto muy particular: que el progenitor haya fallecido antes del nacimiento o dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo. En este caso excepcional, la acción de reclamación puede entablarse en contra de los herederos del padre fallecido en el plazo de tres años desde que el hijo haya alcanzado la capacidad (art. 206 CC).<sup>17</sup>

No es fácil decidir de si se admitirá la reclamación de la filiación matrimonial cuando sólo uno de los padres ha fallecido y no el otro. Pareciera que

---

<sup>17</sup> La norma contempla también que la acción se entable dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del padre, pero este supuesto sólo puede entenderse si se le refiere al representante del hijo incapaz, ya que no es posible que al vencer ese plazo el hijo haya alcanzado plena capacidad.

habiendo expirado la acción para el establecimiento de uno de los vínculos filiales no será posible la determinación de la filiación matrimonial que supone necesariamente la duplicidad del vínculo. En tal caso, sólo podrá determinarse la filiación respecto del padre sobreviviente, y ésta tendrá el carácter de no matrimonial.<sup>18</sup>

Si quien fallece antes de ejercer la acción de reclamación es el hijo, los herederos pueden deducirla, pero sólo en el plazo de tres años contados desde la muerte si el hijo fallece siendo incapaz. Si fallece siendo capaz, los herederos podrán reclamar la filiación únicamente si la muerte se produjo dentro de los tres años contados desde que alcanzó su plena capacidad, y dispondrán para ello sólo del tiempo que faltare para completar dicho plazo. El plazo o su residuo se suspenden en favor de los herederos incapaces (art. 207 CC).

#### **IV. "El día después" de la reforma: ¿cambio en la concepción de la familia en el Código Civil?**

Es indudable que la igualación de efectos entre filiación matrimonial y no matrimonial en las situaciones en las que concurren hijos o parientes de diverso carácter ha debilitado la eficacia jurídica de la institución matrimonial en la organización de las relaciones familiares. Pero ¿es éste un cambio que amerita concluir que la concepción de la familia que inspira la legislación civil chilena ha sido transformada o sustituida por una nueva? ¿Ha dejado de ser el matrimonio la base jurídica de la familia en el Código Civil? Nos parece que la respuesta a estas interrogantes debe ser negativa. Es cierto que la presentación política y la publicidad que se hizo de la reforma infantizó un mensaje que parecía sugerir que la igualdad en el tratamiento de los hijos es un fruto de una actitud de indiferencia de la ley entre la unión matrimonial y la no matrimonial, al estilo de "para tener hijos da lo mismo casarse que no casarse...". Pero este simplismo comunicacional se revela inexacto si se contemplan con más atención los textos normativos y los principios que los inspiraron, no ya en el Gobierno que propició un cierto proyecto, sino en la legislación que fue finalmente aprobada en el Senado, y ratificada por la Cámara de Diputados.

La nueva legislación familiar está muy lejos de asumir una neutralidad frente a los posibles modelos de regulación de la familia. Una cosa es que se haya atenuado la eficacia del matrimonio respecto de la filiación, pero otra muy

---

<sup>18</sup> Pero si la acción la deduce el padre sobreviviente, no parece que la muerte del otro progenitor sea óbice para llevar adelante la acción, ya que la exigencia del art. 204 de intervenir el otro progenitor so pena de nulidad podría satisfacerse emplazando a los herederos.



distinta es que se prescinda de la institución matrimonial como modelo arquetípico para la construcción de los lazos familiares.

La familia fundada en el matrimonio, entendido éste como el compromiso indisoluble del hombre y la mujer para amarse, procrear y acoger a los hijos, sigue siendo la concepción de la familia que se diseña en el conjunto de la normativa civil.

La ley sigue recomendando e incentivando la estructuración de la convivencia marital a través del matrimonio. Para demostrar este aserto basta con revisar algunas de las normas características del sistema matrimonial vigente:

1<sup>a</sup>) La preferencia del matrimonio como cauce más idóneo para la procreación se observa en el título V de la Ley de Registro Civil, Ley N° 4.808, que se sigue denominando "Medidas que favorecen la constitución legal de la familia", y, en especial, en la norma del art. 51, que ordena a los Oficiales del Registro Civil visitar su respectiva comuna o sección, "a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes". Esta norma no se explicaría si la convivencia extramatrimonial fuera considerada una forma alternativa de familia a la del matrimonio.

2<sup>a</sup>) Los derechos sucesorios del cónyuge, incrementados por la misma ley N° 19.585, relevan también un claro incentivo al matrimonio por sobre la unión no matrimonial y constituyen una ventaja indirecta para los descendientes matrimoniales.

3<sup>a</sup>) El estatuto económico o régimen de bienes constituye igualmente un trato preferente para la familia matrimonial. Particular atención debe ponerse en la institución de los llamados "bienes familiares", que se conciben como una protección a la vivienda ocupada por personas que están o han estado casadas (arts. 141 y ss. del Código Civil).

4<sup>a</sup>) La filiación matrimonial es considerada más preferible para los hijos que la filiación no matrimonial. Por ello, la filiación matrimonial propiamente tal no es susceptible de repudiación, como sucede con la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento. Por eso también se explica que el régimen de impugnación de la paternidad matrimonial sea más restrictivo que el de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento. Respecto de esta última, son reconocidos como sujetos activos todos los interesados (art. 216 inc. 5<sup>a</sup>), lo que no sucede respecto de la filiación matrimonial de origen y ni siquiera respecto de la filiación matrimonial adquirida.

5º) La prioridad axiológica de la filiación matrimonial se observa también en la mantención de la figura de la legitimación por subsiguiente matrimonio, a través de la conversión de la filiación no matrimonial en matrimonial si los padres se casan. Si para la ley diera exactamente lo mismo ser hijo matrimonial que no matrimonial, no tendría sentido que se permitiera al hijo de padres que se casan el acceder a la filiación matrimonial. Aunque sin un incremento de derechos pecuniarios, la ley entiende que aun desde el punto de vista meramente simbólico conviene reconocer que ese hijo es parte de la familia matrimonial que para él han formado sus padres. Existe, por otra parte, un incentivo a los padres que conviven para que regularicen su situación por la vía matrimonial, que es la aconsejada por la legislación para formar familia.<sup>19</sup>

6º) La familia matrimonial es considerada preferentemente por la ley de adopción, Ley N° 19.620, ya que sólo se permite la adopción por personas individuales –no por parejas de hecho– cuando no existan matrimonios residentes en Chile o extranjeros que puedan acoger al menor en situación de adoptabilidad (art. 21 Ley N° 19.620). La misma ley favorece que la edad del menor adoptado pueda corresponderse con el hecho de haber sido concebido en el matrimonio de los adoptantes (art. 26 Ley N° 19.620), indicando así nuevamente la valoración preferente de la filiación matrimonial.

Nos parece que estas constataciones son suficientes para desmentir que, al menos por ahora, se haya sustituido en su núcleo esencial la concepción de la familia en el sistema civil. Con todas nuestras reservas sobre la eficacia social de una ley que sin duda disminuye o atenúa los efectos jurídicos del matrimonio perjudicando más que nada a los hijos extramatrimoniales a los que se pretendía beneficiar,<sup>20</sup> hemos de decir que con las matizaciones introducidas por el Senado y las disposiciones conexas, el matrimonio sigue siendo el instrumento idóneo para articular legalmente la familia, y mediante el cual ésta puede llegar a cumplir el cometido que le reconoce la Constitución Política de ser “núcleo” y “fundamento” de la sociedad chilena.

<sup>19</sup> La diferencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales aparece en la disposición del art. 1016, que dispone que en el testamento deben expresarse por separado los hijos “habidos en cada matrimonio” de “cualesquier otros hijos del testador”.

<sup>20</sup> Una de las razones de quienes propiciaron la igualdad de efectos entre las filiaciones determinadas fue la tasa de ilegitimidad en Chile, que es una de las mayores del mundo. Sin embargo, no parece que la promulgación de la ley haya incidido en una baja en el número de nacimientos de hijos no matrimoniales y, aunque todavía es muy pronto para verificarlo, es de temer que se estén cumpliendo los pronósticos de quienes veíamos en la propaganda que acompañó a la reforma un desincentivo a la paternidad responsable. De hecho, desde el año 1998, la tasa de “no matrimonialidad” de los hijos ha seguido aumentando de forma alarmante: en 1998 el porcentaje de hijos nacidos fuera de matrimonio sobre el total de nacimientos fue de un 43,9%, en 1999, de un 47,56% y en 2000, de un 48,21%. Las cifras pueden consultarse en Schmidt, Claudia, en Schmidt, C. y Veloso, P., *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago, 2001, p. 26.

# El negocio jurídico como acto de lenguaje

**Juan Andrés Varas Braun**

Doctor en Derecho U. Carlos III de Madrid  
Profesor de Derecho Civil  
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

## 1. Introducción

El presente trabajo<sup>1</sup> aborda el problema de los límites conceptuales del paradigma dogmático del negocio jurídico desde la perspectiva de la teoría de los actos de habla que, en el marco de las filosofías del lenguaje de raigambre anglosajona, inaugurara J.AUSTIN.<sup>2</sup> Con tal auxilio, se intentará el objetivo de proveer un criterio formal que permita precisar la frontera entre los negocios y los actos jurídicos.

Con esa pretensión se transitará por la siguiente senda. En primer término, se delimitará lo más precisamente posible el problema, refiriéndose brevemente a la noción clásica de acto jurídico, para abordar en seguida las objeciones que dicha noción ha sufrido, y las modificaciones que –con ocasión de esas objeciones– ha experimentado el concepto. A continuación se realizará una crítica a los conceptos actualmente vigentes, cuyo fundamento constituirá el problema que se pretende abordar, que no es otro que la insuficiencia delimitatoria de la actual idea de negocio jurídico. Como se sabe, una definición es buena si incluye dentro de sus límites todo lo que se pretende definir, y cuando, al propio tiempo, nada de lo que se pretende definir queda al margen, excluyendo, en consecuencia, todo aquello que no se pretende definir. Pues bien, se sostendrá que los conceptos vigentes de negocio jurídico son imprecisos porque permiten entrada a una serie de hechos y actos que no son negocios jurídicos.

<sup>1</sup> El trabajo que aquí se presenta es un “subproducto” de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto Fondecyt N.º 1960804-1996, sobre lógica deóntica.

<sup>2</sup> El intento que se realizará reclama novedad sólo en cuanto contrasta la figura específica del negocio jurídico con la teoría de los actos de habla. Exploraciones más generales relacionando la teoría de Austin y sus sucesores con lo que en el entorno anglosajón se denomina “teoría de los actos jurídicos” (donde se incluye desde el acto legislativo a la promesa contractual, pasando ciertamente por la sentencia judicial) se han realizado hace ya algún tiempo. Al respecto, puede verse MAC CORMICK, NEIL Y BANKOWSKI, ZENON: “La Teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid, 1991, pp. 219 a 237. Trad. de José Calvo González, con una exposición bibliográfica adicional realizada por el traductor.

A partir de la constatación del problema, se intentará plantear la posibilidad de una solución construida, como se dijo, desde la teoría de los actos de habla, concibiendo al negocio jurídico como una concreción de la autonomía de la voluntad que se realiza a través del uso del lenguaje, en un modo performativo. En particular, se lo considerará como una especial clase de acto de habla de carácter ilocucionario. Se sostendrá, como ya se expresó, que puede encontrarse un criterio formal de distinción que permita separar los negocios de los actos jurídicos concibiendo a los primeros como actos de lenguaje.

Luego, se intentará una revisión muy sumaria de las principales dificultades con las que una concepción como la propuesta pudiera encontrarse. Específicamente, los temas relacionados con las formas tácitas de emisión de voluntad, con el silencio que opera como manifestación de voluntad, y con las formas bilaterales de expresión de voluntad.

Finalmente, hay que resaltar que el propósito de estas páginas está constituido esencialmente por el planteamiento de una hipótesis, ya que su desarrollo y justificación acabada excederían con mucho los márgenes y la naturaleza de un trabajo como éste. Lo anterior quiere decir que la revisión bibliográfica no podrá ser, necesariamente, exhaustiva;<sup>3</sup> y que la argumentación que sustente la hipótesis no estará –parafraseando a algún teórico– completamente saturada.

## **2. Planteamiento del problema**

### **A. La relevancia de la Teoría del Negocio Jurídico**

Cuando se plantea un tema como el que propone el epígrafe de este trabajo, surge la inevitable y –hay que confesarlo– razonable doble duda: Primera: ¿Tiene hoy sentido, cuando es ampliamente debatida la cuestión de la pertinencia de una teoría general del negocio jurídico, abordar el tema? Y segunda: habiéndose escrito bibliotecas enteras sobre la materia, ¿Es posible aportar algo a un terreno ya tan roturado, sembrado y cosechado en innumerables oportunidades?

Con respecto a la primera pregunta, creo poder responder que la teoría

---

<sup>3</sup> En este sentido, la revisión se limitará, por el lado jurídico, a la doctrina más relevante en Italia y España, dejando deliberadamente afuera el ámbito francés (donde, por otra parte, la teoría del negocio jurídico nunca tuvo demasiado éxito) y el alemán, excepción hecha, en este último caso, de la obra fundacional de SAVIGNY. Por el lado de la Teoría de los Actos de Habla, el trabajo se basará muy fundamentalmente en la obra de AUSTIN, y sólo marginalmente hará uso de los desarrollos teóricos posteriores al autor oxoniense.





general del negocio jurídico sigue presentando caracteres de oportunidad y pertinencia sistemáticas indudables, aun cuando haya perdido parte de su antigua "sacralidad" o carácter de artículo de fe, y haya cedido relevancia en algunos de los planes de estudio universitarios europeos. Incluso los autores más reacios a ella admiten su "inegable valor de servir como estudio introductorio y propedéutico para el análisis posterior de las figuras particulares y concretas de negocios jurídicos".<sup>4</sup> O bien, "a modo de colofón o epílogo del mismo, al final de la Licenciatura".<sup>5</sup> En cualquier caso, parece ser una sana doctrina la sustentada por GARCÍA AMIGO: A propósito de la teoría general, intentar "fijar las ideas generales y las normas más genéricas, relegando lo demás para cuando estudiemos las instituciones concretas".<sup>6</sup>

Ya STOLFI sostenía que a las cuestiones relativas a la necesidad de una teoría que, a fuer de fatigosa, obliga a generalizar para precisar los conceptos, para luego multiplicar las categorías y distinciones para adecuarlos a las particularidades del derecho positivo, "puede contestarse que si bien es verdad que la realidad es diversidad, no es menos cierto que el pensamiento es unidad. Pensar es lo mismo que reunir varias normas en un principio o, mejor dicho, en un principio único en el cual aquéllas hallan su justificación racional. Por ello, el que no quiera sumirse en una vacía exégesis de los textos ha de buscar su conexidad interna para determinar, a través de su aparente desorden, el eje alrededor del cual giran: Esto tiene la doble finalidad de dar una guía segura para la solución de las cuestiones particulares y sobre todo demuestra que el derecho no es un conjunto inconexo de normas técnicas más o menos plausibles, puesto que pretende establecer la mejor de entre las varias normas de conducta posibles y suministrar al juez el criterio más acertado para resolver los litigios, es decir, brevemente dicho, a satisfacer la eterna aspiración del hombre hacia la justicia".<sup>7</sup>

Más cercano en el tiempo, y a propósito justamente de este tópico, prologando la traducción española de su obra sobre el tema, GALGANO<sup>8</sup> sostiene que del negocio jurídico puede seguir hablándose, bajo una doble condición. Primera, que se abandone la idea de que el concepto encierra en sí mismo un elevado principio de libertad, y de que, consecuente-

<sup>4</sup> LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 2ª edición, septiembre 1993, p. 436.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*

<sup>6</sup> GARCÍA AMIGO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1979, p. 678.

<sup>7</sup> STOLFI, GIUSEPPE: *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Introducción, pp. XVI y ss.

<sup>8</sup> GALGANO, FRANCESCO: *El Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. Trad. de F. de P. Blasco G. y Lorenzo Prats A., Prólogo del autor a la traducción española.

mente, se lo deba colocar en la cúspide del sistema del derecho civil, relegando a la teoría del contrato a una posición marginal. La segunda, que se tenga conciencia de que se está hablando en un dialecto jurídico, propio de un modo particular de entender el derecho, y del cual puede prescindirse sin por eso –la referencia es textual– dejar de vivir feliz, como hacen en la tradición continental los franceses y los suizos, y todos los ordenamientos del *Common Law*.

Por tanto, parece razonable pensar que la Teoría General del Negocio Jurídico sigue siendo una herramienta útil en la introducción al estudio de las instituciones de derecho privado en el ámbito de muchos de los ordenamientos de raigambre continental (incluyendo los latinoamericanos) y en el análisis de los problemas que en ese ámbito surgen.<sup>9</sup>

Respecto del segundo punto, esto es, si puede aportarse algo de mediano valor en un tema tan trabajado, y además por tan notables juristas, es cuestión que deberá contestar el lector al término de estas páginas, y que, por cierto, no se atrevería el autor a pronosticar.

## B. La idea clásica de acto jurídico

A partir de la concepción del negocio jurídico (acto jurídico, en la nomenclatura de la época, y que sigue usándose en Francia<sup>10</sup> y en países latinoamericanos) como instrumento paradigmático del ejercicio de la autonomía privada, la doctrina clásica, a partir de SAVIGNY, y con la pretensión de situarlo en un contexto general que permita entenderlo y deslindarlo claramente, suele realizar una sistematización genérica de los hechos o acaecimientos. Se parte, pues, de la idea de hecho, como todo acaecimiento de origen natural o humano.

Los hechos pueden o no tener relevancia jurídica, según si producen o no consecuencias de derecho (Pueden carecer de consecuencias jurídicas tan-

<sup>9</sup> Para una síntesis de la polémica en torno al punto, vid. LASARTE: *Op. cit.*, p. 436. Otra aportación equilibrada respecto del punto, en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, LUNA SERRANO, AGUSTÍN y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil, Volumen Terce-ro: El Derecho Subjetivo*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990, pp. 160 a 168, haciendo ver la notable relevancia sistémica y pedagógica del concepto, a la par que su escasa utilidad práctica. Además, abordan específicamente el tema DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La Teoría del Negocio Jurídico: Su oportunidad e importancia", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIX, Fascículo III (julio-septiembre), 1986, pp. 787 y ss. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Instituto de Estudios Jurídicos, Centro de Publicaciones, Madrid, publicado también como capítulo introductorio del texto del mismo autor *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987; y CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "El negocio jurídico: ¿Un concepto en crisis? A propósito de una obra de G. B. Ferri" en *Revista de Derecho Privado*, 1991, pp. 26 y ss.

<sup>10</sup> Acerca de las razones por las cuales ocurre esta "resistencia" francesa, vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El Negocio Jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, 1991 (Reimpresión facsimilar de la segunda tirada de la edición original de 1971, por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), p. 20, § 18.



to hechos humanos como naturales). Los hechos con relevancia jurídica (hechos jurídicos, en la denominación temprana de SAVIGNY<sup>11</sup>), por su parte, también pueden ser naturales (las catástrofes, la muerte, la concepción, la enfermedad) o humanos (esto es, realizados por el hombre).

A su turno, los hechos humanos pueden ser voluntarios (actos libres, para SAVIGNY) o involuntarios, atendiendo a si fueron realizados con o sin participación de voluntad (entendida como potencia volitiva, no como ánimo o intención). Son involuntarios los hechos inconscientes, los de los dementes o infantes, los ejecutados en estado de sonambulismo, o bajo hipnosis, o bajo la ausencia de conciencia generada por el alcohol o las drogas.<sup>12</sup>

Por su parte, los hechos humanos voluntarios se dividen atendiendo a si el autor del mismo quiso o no producir los efectos que el derecho prevé para el hecho ejecutado. En el primer caso, se está frente a un acto jurídico; en el segundo, frente a un hecho jurídico. "En cuanto a los actos libres, la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio para conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces se llama a los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*. b) Puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan a la conciencia como subordinados, o no aparezcan en absoluto".<sup>13</sup>

Así pues, hecho jurídico (en la terminología moderna) es aquel al que la ley atribuye un efecto jurídico diverso del querido por su autor, o directamente, no querido por éste. Se los suele dividir en lícitos e ilícitos, según contravengan al derecho, o sean conformes al mismo.<sup>14</sup>

Acto jurídico, por su parte, y recogiendo una definición que se inscribe en la línea de SAVIGNY, y que es conceptualmente –que no temporalmente– previa al desarrollo del tema por la doctrina alemana y por la mayoritaria italiana, es entonces el "hecho humano consciente y voluntario destinado a producir efectos jurídicos determinados y queridos por su autor".<sup>15</sup> Incluso alguna doctrina en Italia ha mantenido porfiadamente la línea de

<sup>11</sup> VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL: *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducción castellana de J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 2a ed., 1879, Tomo II, Cap. III, § 104, p.142.

<sup>12</sup> Con respecto a esta sistematización, vid., por todos, LASARTE: *Op. cit.*, pp. 431 y 432, con más abundancia, GALGANO: *Op. cit.*, pp. 21 y ss., y ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Vol. II, La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Librería Bosch, Barcelona, 6ª ed., 1980, Cap. VIII, y una síntesis, en Cap. IX, § 77, N° 6, p. 144.

<sup>13</sup> SAVIGNY: *Op. cit.*, Cap. III, §104, pp. 143 y 144.

<sup>14</sup> Sobre esta distinción, vid., por todos, STOLFI: *Op. cit.*, p. 2.

<sup>15</sup> DUCCI CLARO, CARLOS: *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 4ª ed., 1995, p. 235.

SAVIGNY, postulando definiciones esencialmente iguales a las antes transcritas: Así, STOLFI lo entiende como "la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción".<sup>16</sup> Luego explica que "hablo, por tanto, de efecto jurídico, en contraposición a efecto práctico o empírico, porque el primero debe ser protegido por la norma y el segundo prescinde de ella", puntualizando a continuación que "la fórmula «efecto jurídico» equivale a la otra comúnmente usada «efecto práctico tutelado por el derecho» o «fin protegido por el derecho», para excluir que los particulares hayan de pensar en todas las consecuencias que el negocio produce, aunque no sean previstas ni deseadas por ellos. Con la primera fórmula se quiere decir otra cosa, ya que cualificar el intento de las partes es distinto que establecer que las consecuencias del acto dependan de la voluntad o de la ley. En efecto, ningún negocio se podría concertar si se exigiese la previsión de todas las hipótesis posibles y el conocimiento de la solución de todas las futuras controversias (...) Lo interesante no es que los particulares sepan o quieran todas las consecuencias del acto, sino que las hayan «querido», es decir, que entre quedar libres y obligarse hayan optado por lo último: no pueden abrigarse suposiciones o errores en cuanto al ámbito del vínculo para sustraerse a las consecuencias propias de su voluntad, determinadas, según los casos, por la ley, los usos o la equidad"<sup>17</sup>. Como puede observarse, STOLFI incurre, en su difícilmente inteligible intento de salvar su definición, en el error de generalizar el "querer", refiriéndolo simplemente a una amplia y vaga voluntad de obligarse, pero manteniendo especificidad en "lo querido" (los efectos jurídicos), quedando con ello su explicación expuesta a la crítica primaria de que mal puede quererse aquello que no se conoce.<sup>18</sup>

### C. Crítica

Las definiciones antes transcritas se inscriben fielmente, como se ha podido apreciar, en el muy extendido (y doctrinariamente exitoso) paradigma de la voluntad de SAVIGNY, y han sido, en consecuencia, objeto de idéntica crítica que aquella que se ha dirigido al citado paradigma.

<sup>16</sup> STOLFI: *Op. cit.*, p. 1.

<sup>17</sup> STOLFI: *Op. cit.*, p. 7, y nota a pie N° 2, en la misma página.

<sup>18</sup> Entre paréntesis, este tipo de definiciones, que se sitúan ideológicamente entre comienzos del siglo XIX y primeros decenios del XX, según el área geográfica de que se trate, han tenido un sorprendente éxito. Incluso, y pese a la reticencia bastante generalizada de los legisladores a incluir en los códigos definiciones de conceptos generales, hay códigos modernos, como el peruano de 1984, que recogen ideas casi textuales. Así, el artículo 140 del Código citado reza: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad."



Contra el paradigma de la autonomía de la voluntad, y su arma predilecta, el negocio jurídico, objeto de interminables debates hasta entrado el siglo XX, se alzan objeciones tanto desde el punto de vista político filosófico como técnico. DE CASTRO reseña unas y otras: "...duras, violentas y acerbas serán las críticas que, hacia el año 1936, convergen contra el pandectismo y el negocio jurídico. Coinciden en ella neohegelianos, nazis, marxistas y conservadores de la escuela de la jurisprudencia de los intereses (...). Postura que coincide o se deriva del auge del totalitarismo, de la condena del pensamiento liberal y de la moda de variadas ideologías comunitarias. Cambiadas las circunstancias después de la segunda gran guerra, parece que se olvida este tipo de críticas. (...) Se manifiestan ahora en tono menor. Se señala la dificultad de distinguir el negocio de los actos no negociales (p. ej., del pago, abandono, denuncia de contrato) e incluso de todos los demás actos en los que hay el propósito de producir un efecto jurídico (p. ej., delito que se ejecuta para conseguir la condena; quemar o destruir algo para que no llegue a manos del heredero) y, sobre todo, se insiste en la falta de unidad de los tipos de negocios, que impide o dificulta la construcción de reglas generales para el negocio jurídico".<sup>19</sup>

Esencialmente, la doctrina alemana que generará el BGB de 1900 y la doctrina italiana han sostenido que esa idea de acto jurídico como manifestación de voluntad destinada a la obtención de efectos jurídicos es errónea e imprecisa.

Errónea o falsa, porque la idea de que las partes normalmente quieran producir ciertas consecuencias jurídicas es empíricamente equivocada, ya que las partes suelen ni siquiera conocerlos. Efectivamente, es imposible sostener, por ejemplo, que la generalidad de las partes que celebran un contrato de compraventa sepan –y menos que los quieran– de efectos jurídicos como el saneamiento de los vicios redhibitorios o de la evicción. Lo mismo ocurre en cada uno de los contratos respecto de sus elementos legalmente regulados, y que operan en defecto de una voluntad diversa de las partes (los que en la antigua terminología estructuralista del negocio jurídico se llamaban "elementos de la naturaleza").

Por otra parte, el concepto es impreciso, porque –como se ha visto– por su natural alcance, caben en la definición actos o hechos que difícilmente pueden considerarse actos jurídicos, en el sentido específico del término. Así, caben en ella hechos como una ocupación o apropiación, una comunidad de origen convencional, un delito cometido con la intención determinada de ser aprehendido y preso, una toma de posesión, la construc-

<sup>19</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 22.

ción de una obra, la realización de un trabajo, un cuasicontrato de agencia oficiosa, la restitución de una suma de dinero más sus intereses, etc. Esta complicación es quizá más grave aún que la primera, por sus consecuencias prácticas. Como se sabe, la teoría del negocio jurídico es –al menos en su inicio– una abstracción categorial cuyo objeto es salvar las lagunas disciplinarias por medio de un razonamiento analógico coherente. Así, pues, una definición errónea de los límites del concepto lleva a hacer aplicables a hechos como los citados precedentemente las condiciones de existencia, requisitos de validez y exigencias de eficacia que se han diseñado para los negocios jurídicos en sentido propio (un contrato, un testamento, una promesa, etc.).

#### D. La Teoría del Fin General Práctico

La primera dificultad conceptual aludida se ha salvado recurriendo a la denominada Teoría del Fin General Práctico, de origen alemán<sup>20</sup> y recogida y desarrollada por autores italianos, y que reemplaza la persecución de efectos jurídicos por la búsqueda de ciertos resultados de carácter pragmático y concreto, autorizados por el derecho. En su marco se sitúan autorizadas definiciones como la siguiente de FEDERICO DE CASTRO: "Negocio jurídico es 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 completada con otros hechos o actos"<sup>21</sup>, o ésta de COVIELLO: "Manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van encaminadas a realizar el fin práctico de aquéllas."<sup>22</sup> Autores tradicionales en Chile han recogido esta nota en sus definiciones. Así, ALESSANDRI y SOMARRIVA sostienen que el acto jurídico es la declaración de voluntad de una o más partes dirigidas a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.<sup>23</sup>

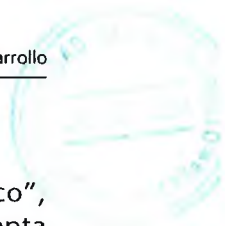
Con todo y ser una mejora notable de la definición, hay que establecer aquí que la dificultad de su concepto inicial no pasó desapercibida para el propio Savigny. En efecto, el pandectista alemán se preocupó, como hemos transcrito previamente, de precisar que la persecución de efectos jurí-

<sup>20</sup> DE CASTRO cita a Lenel, Danz, Thon y Lotmar. *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>21</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 34.

<sup>22</sup> COVIELLO, NICOLÁS: *Doctrina General del Derecho Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Ciudad de México, 1949. Traducción de la 4ª ed. Italiana por F. de J. Tena, p. 353.

<sup>23</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, y SOMARRIVA VALENZUELA, MANUEL: *Curso de Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*. Tomo II. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodánovic H. Editora de Información Científico -Técnica Ediar-Conosur Ltda., 5ª edición, Santiago de Chile, 1991, pp. 158 y 159.



dicos puede no ser sino el “medio de conseguir un fin ulterior no jurídico”, abundando luego (a pie de página) que “el que compra una casa, acepta con conocimiento de causa una relación jurídica que le crea derechos y obligaciones; pero no es para él sino un medio, ya de habitarla, ya de realizar un beneficio arrendándola o vendiéndola de nuevo.”<sup>24</sup> DE CASTRO<sup>25</sup> ha indicado acertadamente que SAVIGNY, al distinguir negocio y acto apunta a una diferencia verdadera de caracteres, pero la formula mal. En el negocio jurídico se imputa a la declaración de voluntad el efecto jurídico producido; pero para determinar este efecto, el derecho no atiende a aquel que se diga conocido o querido, sino que tiene en cuenta como querido el propósito práctico negocial, y conforme al mismo establece cuál haya de ser su eficacia jurídica.

### E. La distinción entre acto y negocio

Ya el propio SAVIGNY advirtió que su idea de la “declaración de voluntad” era, por sí sola, insuficiente para fundar una construcción teórica como la que pretendía, justamente porque no posibilita la distinción entre los que hoy llamamos negocios jurídicos y otros actos que no lo son. Es justamente ésa la razón que lo mueve a introducir el matiz de la volición de efectos jurídicos. Ya hemos visto que la noción ha sido fundadamente criticada, por no ser empíricamente cierta, en primer término, y luego, porque finalmente no satisface apropiadamente su declarada finalidad de permitir la distinción de los actos jurídicos de la categoría más específica de los negocios jurídicos.

La doctrina ha intentado salvar esta segunda falencia buscando nuevos criterios de diferenciación de los actos jurídicos, *stricto sensu*, de los negocios jurídicos. En primer término, se sistematiza al acto jurídico *lato sensu*, o entendido como género, como el hecho voluntario que persigue efectos queridos por el autor, y que comprende a los negocios jurídicos verdaderos y a los actos jurídicos no negociales o actos jurídicos *stricto sensu*.

A pesar de la clara corrección de esta construcción sistemática, los criterios de delimitación, casi siempre de carácter intuitivo o circular, y basados siempre en la idea de la manifestación o declaración de voluntad, han sido, en general, insatisfactorios, como se desprende, sólo por poner un par de casos, de las definiciones últimamente transcritas de cosecha de DE CASTRO y COVIELLO, que adolecen de oscuridad en los límites entre el negocio y el acto jurídico.

<sup>24</sup> SAVIGNY: *Op. cit.*, Cap. III, p. 144.

<sup>25</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

En efecto ¿cómo negar –por ejemplo– que la aprehensión de una cosa vacante o mostrenca, con la intención de apropiársela, es una “manifestación de voluntad dirigida a realizar el fin práctico” del ocupante, para utilizar la definición de COVIELLO? ¿O que el pago de una deuda sea una declaración de voluntad con la que un particular se propone conseguir un resultado (su liberación) que el derecho estima digno de tutela, en la definición de DE CASTRO?

Destinaré algunos párrafos a revisar los esfuerzos de alguna doctrina italiana y española por precisar esta conflictiva frontera.

STOLFI, en coherencia con el concepto que elige manejar, intenta sostener la distinción sobre la vieja nota distintiva de la volición de efectos jurídicos. “A su vez los actos lícitos se distinguen según que el efecto jurídico sea consecuencia de una manifestación de voluntad directamente encaminada a producirlo o que no lo sea. Únicamente los primeros se consideran negocios jurídicos, porque tienen de común la nota esencial de ser queridos por su autor para conseguir un cierto efecto, el cual si se verifica es consecuencia inmediata de la voluntad” (...).<sup>26</sup> Ya se ha dicho que este criterio es insostenible. Es imposible negar que hipótesis no negociales como la ocupación o apropiación, la agencia oficiosa y otros ya mencionados pueden ser realizados por su autor precisamente persiguiendo la obtención de ciertos propósitos jurídicos, y en algunos casos (piénsese en la *negotiorum gestio*) precisamente porque se sabe que los efectos jurídicos serán unos determinados y no otros. Por otra parte, STOLFI en unos “corolarios de la definición”,<sup>27</sup> y sólo sobre la base de textos legales italianos, le reconoce carácter negocial al pago (punto con el que implícitamente he discrepado unas líneas más arriba, y que discutiré más adelante) y al reconocimiento de un hijo natural (indiscutible, desde mi punto de vista), pero se lo niega a la oferta y a la aceptación, lo que puede sostenerse bajo la perspectiva de alguna otra definición, pero que es completamente inconsistente con el criterio diferenciador que había previamente establecido.

BETTI, desde una perspectiva crítica de lo que él denomina “el dogma de la voluntad”, e intentando construir un concepto cuya base sea una autonomía privada con un contenido más social que individual, define al negocio jurídico como “el acto con el cual los particulares autorregulan sus propios intereses en sus relaciones con otros (acto de autonomía privada), acto al cual el derecho reconoce los efectos más conformes a la función económi-

<sup>26</sup> STOLFI: *Op. cit.*, p. 2.

<sup>27</sup> STOLFI: *Op. cit.*, pp. 9 a 14.





co-social que caracteriza al tipo”.<sup>28</sup> En cuanto a la distinción entre el negocio jurídico y otros actos jurídicos lícitos, BETTI sostiene que “el concepto de negocio como el acto con el cual el particular norma sus propios intereses en relación con otros es el único que permite establecer un criterio diferencial satisfactorio entre él y los otros actos lícitos de diversa naturaleza”.<sup>29</sup> Intentaré demostrar, a propósito de esta tesis “preceptiva” que en España han defendido parcialmente DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, entre otros, que la autorregulación de intereses privados no es un criterio diferencial tan satisfactorio como lo creyó BETTI.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS han explicado, siguiendo en este punto –como se dijo– fundamentalmente la doctrina de BETTI, este criterio definitorio: Han sostenido que la diferencia radica, en primer término, en el contenido normativo que siempre tiene un negocio jurídico y del que carece el acto jurídico. “En el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas porque éstas están predeterminadas por la ley. A la ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino sólo su comportamiento externo. (...) Así, pues, estaremos ante un acto jurídico en sentido estricto cuando los efectos del mismo sean obra exclusiva de la norma jurídica”.<sup>30</sup> Este criterio de limitación es coherente con la definición de negocio jurídico que el mismo DIEZ-PICAZO viene sosteniendo: “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica, y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”.<sup>31</sup>

Con todo, parece que también este límite es insatisfactorio. En primer lugar, porque hay actos jurídicos *stricto sensu* en los que la ley sí recoge el

<sup>28</sup> BETTI, EMILIO: *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1952, p. 51. La traducción es de mi responsabilidad. El original reza así: “l’atto con cui il singolo regola da sè i propri interessi nei rapporti con altri (atto de autonomia privata): atto, al quale il diritto raccolga gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo”.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>30</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I. Séptima Edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, p. 499.

<sup>31</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Introducción y Teoría del Contrato, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1993, p. 39.

querer del sujeto para determinar las consecuencias del hecho. Por ejemplo, en la ocupación, el ánimo de apropiarse de la cosa es fundamental. Sin él, no hay modo de adquirir el dominio, en circunstancias que el "comportamiento externo" de quien ejecuta el hecho de aprehender es exactamente el mismo, sea que lo haga con o sin ese ánimo. A la inversa, hay casos en que el ordenamiento jurídico prescinde de lo específicamente querido por una o ambas partes, y configura una relación negocial, sometiendo a las partes a la disciplina correspondiente. Así ocurre, por ejemplo, con la mora en declarar la aceptación o repudiación de la herencia, que se conecta legalmente con la consecuencia de entenderla repudiada (art. 1233 del Código Civil<sup>32</sup>), o con el conocimiento de que se ha hecho uso de ciertos materiales, que hace presumir consentimiento contractual (art. 666 del Código Civil) o el ejercicio de una cierta profesión, que hace que un silencio se entienda aceptación del contrato de mandato (art. 2125 del Código Civil).

Por otra parte, la idea de autorregulación de intereses como frontera es válida, pero sólo para los casos nítidos; su utilidad se difumina cuando se la pone a prueba con casos más difíciles. Así, es claro que un contrato de arrendamiento (art. 1915 del código Civil) referido a un inmueble y con duración indefinida contiene una regulación privada de intereses, y es claro, también, que una mezcla casual (Art. 663 del Código Civil) no contiene autorregulación de intereses. Pero véase lo que ocurre cuando se compara la compra al contado de un cierto marisco en el supermercado, para su consumo inmediato (negocio jurídico), con la consciente extracción del mismo marisco de la orilla del mar, también para su consumo directo (acto jurídico). ¿Dónde queda la frontera de la autorregulación?, ¿la hay en ambos casos? ¿o en ninguno? Francamente, me parece tan complicado sostener que en la primera hipótesis el autor "autorregula sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción", como mantener que en la segunda "se halla ausente todo contenido normativo". Y sin embargo, nadie dudaría de la cualidad negocial del primero, y de su ausencia en el segundo. Justamente en las zonas fronterizas de un concepto es donde se aprecia el valor de un criterio de deslinde, y precisamente en esa zona el criterio de la autorregulación de intereses fracasa.

Enseguida, los propios autores últimamente transcritos señalan que con una tal frontera, quedan fuera del negocio jurídico los actos de familia, como el matrimonio o la adopción, puesto que en ellos no son las partes las que regulan sus intereses, sino la ley la que les determina imperativa-

<sup>32</sup> Si no se indica otra cosa, las referencias al Código Civil están hechas al chileno.

mente ciertos efectos. Admiten a continuación, sin embargo, que “la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia siguen calificando los actos jurídicos de derecho de familia como negocios jurídicos”<sup>33</sup> y anuncian que en lo sucesivo ¡también lo harán así! Y unas cuantas páginas más adelante, en la clasificación de los negocios jurídicos, distinguen con toda tranquilidad los “negocios patrimoniales” de los “negocios familiares”.<sup>34</sup> En el fondo, esta posición confunde la circunstancia de que en la base de la idea de negocio jurídico se encuentre el principio de la autonomía de la voluntad, con el campo de actuación de esa misma autonomía en las diversas clases de negocio jurídico, y por ello arriba a un resultado que no sólo es contraintuitivo, sino es históricamente equivocado (desde el derecho romano temprano, para no remontarse más, el matrimonio, por ejemplo, es concebido como un contrato) y contraría la regulación legal de actos como el mismo matrimonio, respecto del cual el Código Civil regula requisitos, formas, consentimiento, validez y extinción en forma muy similar a la de cualquier otro negocio jurídico. Además, quiebra radicalmente el propósito unitario y generalizador, que es precisamente la justificación última de la Teoría del Negocio Jurídico.

En la doctrina española hay también quienes, como LASARTE,<sup>35</sup> no intentan la distinción: pasan de referirse a la diferencia entre hecho y acto jurídico, a abordar la categoría del negocio jurídico, sin detenerse en su precisión conceptual, probablemente en coherencia con su perspectiva escéptica sobre la utilidad del tema.

RUIZ SERRAMALERA, que define al negocio jurídico como “la declaración de voluntad aceptada objetivamente por el derecho como fundamento de una relación jurídica y que va dirigida a establecer una especial ordenación de sus efectos”<sup>36</sup>, prácticamente renuncia de forma expresa a establecer una pauta que permita discernir el acto del negocio jurídico. “Para calificar a un acto como comercial no es suficiente, sin embargo, con que exista una declaración de voluntad tomada en cuenta y valorada por el derecho, sino que, además, requiere unos requisitos especiales para no confundir cualquier acto con la figura más compleja y autónoma del negocio. Únicamente cuando esa declaración de voluntad vaya encaminada a crear (o a extinguir, en su caso) una relación jurídica determinada se está en presencia de un acto cualificado como negocio jurídico. No se niega la dificultad que ello puede entrañar, como lo demuestra el hecho de que, en

---

<sup>33</sup> *Id.*, p. 500.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 510.

<sup>35</sup> LASARTE: *Op. cit.*, pp. 431 y 434.

<sup>36</sup> RUIZ SERRAMALERA, RICARDO: *El negocio jurídico*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1980, p. 25.

muchas ocasiones, se considera negocio jurídico lo que sólo es un acto de los que antes se han calificado como formales. (...) *A priori* resulta casi imposible establecer una regla general que pueda distinguir una declaración de voluntad de otra, y en muchas ocasiones no habrá más remedio que analizar el caso concreto para averiguar su naturaleza exacta (ponderando qué clase de declaración se manifiesta, investigando si tiene una causa por sí misma, comprobando qué efectos puede producir, estudiando si su eficacia depende de la voluntad o ésta es sólo presupuesto para que la norma jurídica actúe, etc.).”<sup>37</sup>

En cambio, abordan sucinta pero insatisfactoriamente la cuestión DORAL y DEL ARCO,<sup>38</sup> distinguiendo los actos negociales como aquellos en los que la voluntad interviene en la ejecución, autodisciplinando los propios intereses, y los no negociales como aquellos que “concentran la referencia de las normas exteriores a la voluntad, *heteronomía*, como centro de imputación de unos efectos; por eso son lícitos o ilícitos, según se acomoden o no a ellas, según que lesionen o no intereses tutelados”.<sup>39</sup> Es claro, frente a los casos límite que hemos mencionado, que este criterio es insatisfactorio. Quien ocupa un bien sin dueño, quien cumple un contrato, etc., ejecuta un acto voluntario que tiende a autorregular un interés propio.

DE CASTRO esboza un criterio delimitatorio que en verdad no es tal, porque presenta un carácter circular, al recurrir, como fuente de la distinción, a la ley. Veamos en qué consiste el error de DE CASTRO. Por una parte, indica que “clasificar unos hechos o una conducta con la denominación de negocio jurídico o negarle esta condición significa tanto como decir que se le aplicarán un conjunto distinto de disposiciones jurídicas”.<sup>40</sup> Por tanto, es claro que entiende la teoría en su función primigenia de integración legal, utilizable justo en los casos no reglados legalmente. Sin embargo, sostiene también que “tan sólo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo y de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto”.<sup>41</sup> En buenas cuentas, se tiene un caso legalmente no regulado, respecto del que sería interesante saber si es un negocio, para aplicarle un cierto conjunto de reglas, y para resolver la duda debe recurrirse a una ley que no lo reglamenta.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>38</sup> DORAL, JOSÉ ANTONIO, y DEL ARCO, MIGUEL ANGEL: *El Negocio Jurídico*, Editorial Trivium, Madrid, 1982, p. 56.

<sup>39</sup> *Loc. cit.*

<sup>40</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 35.

<sup>41</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 26.



ALBALADEJO aborda el problema a partir de su explícita definición del negocio jurídico por género próximo y diferencia específica. Así, el negocio jurídico es un “acto jurídico lícito (género próximo) constituido al menos por una declaración de voluntad privada –pero que puede estar compuesta por más declaraciones de voluntad y por otros elementos–, acto que el derecho tutela, reconociéndolo como base (fundamento) para la producción de los efectos que dicho derecho ordena tengan lugar en congruencia con lo que, al tenor de la declaración, se puede calificar de querido (efectos *ex voluntate*) (diferencia específica)”.<sup>42</sup> Antes había el autor indicado también que la nota distintiva entre el acto y el negocio estriba en que en el primero se producen efectos jurídicos con la intervención de la voluntad humana, mientras que en el segundo, además de producirse consecuencias jurídicas y de proceder el acto de la voluntad, ocurre que las consecuencias se producen justo *porque* los efectos son queridos.<sup>43</sup> Desde mi perspectiva, éste es un criterio insatisfactorio, porque se basa en una premisa equivocada. La verdad es que los efectos de una agencia oficiosa se producen tan *ex voluntate* (o tan *ex lege*) como los de una compraventa. Esto es así porque siempre es el ordenamiento jurídico el que reconoce espacios, más o menos amplios, en los cuales la voluntad puede producir consecuencias que ese ordenamiento amparará. De tal manera, las leyes reconocen un cierto espacio para el ejercicio de la libertad individual en el terreno de la generación de derechos reales (ocupación, por ejemplo), otro distinto en el de las relaciones de familia, y otro en el campo de las relaciones patrimoniales. En otras palabras, que los efectos jurídicos, por definición, sólo se pueden producir *ex lege*. La voluntad será muy poderosa en otros ámbitos, pero por sí sola es incapaz de producir un efecto que el derecho no haya previamente reconocido como posible.<sup>44</sup>

## F. Recapitulación

Queda así planteado el problema, que puede sintetizarse así: Las definiciones vigentes del negocio jurídico son insatisfactorias porque no permiten deslindarlo adecuadamente del acto jurídico, lo que produce consecuencias indeseables, no sólo desde la perspectiva del sistema teórico del derecho civil, lo que ya sería grave, sino también desde el punto de vista práctico, por el propósito integrador que tiene la Teoría del Negocio Jurídico.

<sup>42</sup> ALBALADEJO: *Op. cit.*, pp. 148 y ss.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 144.

<sup>44</sup> En este sentido, hay que reconocer con claridad que el concepto de negocio jurídico es de aquellos denominados proyectivos (Vid. SEARLE, JOHN R.: *Actos de Habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Ed. Cátedra, S.A., Madrid, 1980, p. 17), esto es, que permiten la inclusión futura de casos nuevos no previstos o regulados, pero ello ocurre siempre en el marco que previamente haya fijado el derecho positivo.

### 3. Una hipótesis: el negocio jurídico como acto de lenguaje

Aquí propongo un criterio de distinción que creo positivamente operativo entre el acto y el negocio jurídico: El negocio jurídico es un acto de lenguaje, y el acto jurídico, en sentido estricto, no.

#### A. Austin y la Teoría de los Actos de Habla

Intentaré explicar y precisar la anterior afirmación. Al realizarla, estoy haciendo uso –espero que no abuso–, como se indicó en la introducción de este trabajo, de los conceptos postulados en el marco de las filosofías del lenguaje ordinario o natural por la peculiar obra –en el sentido de que en su mayor parte fue desarrollada a través de conferencias, clases e influencia directa en sus discípulos, y sólo mínimamente en trabajos escritos– de J. AUSTIN, que luego desarrollara J. SEARLE.

Explicado de modo muy esquemático, AUSTIN diferenció con nitidez los usos descriptivos o constatativos del lenguaje, de los cuales la filosofía se había ocupado prioritariamente hasta entonces, de los usos realizativos o performativos, en los cuales centró él su atención. Los primeros se caracterizan porque describen o registran algún estado de cosas, y –en consecuencia– por ser susceptibles de juicio veritativo, es decir, son objeto de la posibilidad de imputárseles verdad o falsedad. Esa es, por cierto, la razón por la cual los filósofos les han dedicado atención privilegiada. Frases del tipo “Sócrates es humano”, “Carlos III fue rey de España”, o “padece usted de rinitis alérgica” son expresiones constatativas, respecto de las cuales puede afirmarse un estado de correspondencia con la realidad que permite calificarlas de verdaderas o falsas.<sup>45</sup>

“¡Cierra la puerta!”, “te aconsejo que no te cases” o “debes respetar la mujer de tu prójimo”, en cambio, no son oraciones descriptivas. Tampoco lo son, para acercarnos al terreno jurídico, la expresión “lego mi automóvil a Pedro” “te apuesto mil pesos a que mañana va a llover” o “prometo pagar a Juan la suma de un millón de pesos”. AUSTIN observa que las expre-

<sup>45</sup> AUSTIN, JOHN L: *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras*. Compilado por J. O. Urmson. Editorial Paidós, S.A.I.C.F., Buenos Aires, 1ª ed., 1971. Traducción del original de 1962 (Oxford University Press) por G. Carrió y E. Rabossi, Conferencia I, pp. 41 y ss. Austin tenía claro que la afirmación de la susceptibilidad de juicio veritativo en términos binarios de verdad-falsedad es una simplificación bastante gruesa, pero para los efectos de esta distinción primordial es razonable mantenerla. AUSTIN aborda con más profundidad la cuestión en una conferencia de 1958, y publicada muy posteriormente con el título “Performative – Constatative”, en la que propone *hard cases* como “Francia es hexagonal”, “Lord Raglan ganó la batalla de Alma” u “Oxford dista 60 millas de Londres”, que siendo descriptivos, son complicados de encajar en una veritabilidad binaria, porque son “más o menos” verdaderos (AUSTIN: “Performative – Constatative”, en SEARLE, JOHN R. (Ed): *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, 5ª Ed., 1979, p. 21.)



siones de esta clase poseen, aparte de la característica de ser insusceptibles de juicio veritativo, la particularidad de que al pronunciarse, en ciertas circunstancias, se lleva a efecto una acción que no debe confundirse con la acción de pronunciarlas. Ocurre algo más que la mera acción de emitir un cierto enunciado lingüístico. En los ejemplos citados tales acaecimientos son la acción de ordenar o mandar (en los dos primeros casos) y la acción de legar o prometer (en los dos últimos). Es decir, en estos casos se produce el notable fenómeno de que el acto de expresar la oración realiza una acción o parte de ella. Es a esta clase de oraciones que Austin denominó realizativas (o, en otras traducciones más literales, performativas: del original *performative utterances*), porque “realizar” (*to perform*) es el verbo que usualmente se antepone al sustantivo “acción”.

Finalmente, AUSTIN apunta que, desde un punto de vista gramatical, las expresiones clásicas y explícitas de performativos presentan “verbos en la primera persona del singular del presente del indicativo, en la voz activa”.<sup>46</sup> Sea lo que sea lo que esta precisión gramática signifique exactamente (AUSTIN reconoce que se limita a usarla en su sentido gramatical más corriente) es claro que “hay excepciones (...) importantes y obvias en todas partes”<sup>47</sup>, y muchas de ellas están precisamente vinculadas a circunstancias formales o relacionadas con el derecho. Así, puede aconsejarse a alguien diciendo “Yo haría (o no haría) tal cosa”, que reemplaza a “te aconsejo que” o puede apoderarse a otro diciendo “Por la presente siéntase usted autorizado para...”, que sustituye a “doy poder para...”. Por tanto, el uso que aquí se hará de una forma verbal determinada no es más que ejemplar, y no debe entenderse este criterio gramatical más que como indiciario.

Hecha la anterior distinción esencial entre constatativos y performativos, AUSTIN se dedica a establecer las condiciones normativas en las cuales se emplean satisfactoriamente estas expresiones realizativas.<sup>48</sup> Es decir, por ejemplo, los requisitos para que decir “prometo X” sea verdaderamente hacer una promesa. En términos de AUSTIN, para que la expresión realizativa sea “feliz” o “afortunada”. No nos detendremos, por el momento, en este punto. Aunque su conexión, en relación género-especie, con el tema de la validez (con tal expresión quiero cubrir las hipótesis de nulidad absoluta y relativa de muchos ordenamientos de derecho continental, de nulidad y anulabilidad del derecho español, o de inexistencia y nulidad del derecho francés) de los negocios jurídicos es indudable, lo que buscamos es un criterio previo al tema de la “fortuna” o validez, que nos permita –nada más– decidir si unos hechos son o no negocio jurídico.

<sup>46</sup> AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencia I, pp. 99 y ss.

<sup>47</sup> *Loc. cit.*

<sup>48</sup> AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencias II, III y IV, pp. 53 y ss.

A continuación, AUSTIN se adentra en una creciente complejidad de oraciones performativas, que lo lleva a preguntarse por el criterio de distinción y las relaciones recíprocas entre los descriptivos y los realizativos, pregunta cuyo análisis minucioso le lleva un tiempo considerable,<sup>49</sup> y en el cual tampoco nos pararemos, ya que los enunciados jurídicos son de los más claramente performativos, al extremo de servir de frecuente ejemplo en la obra de AUSTIN.

En este punto, se produce una inflexión en el discurso de Austin, que es muy justamente descrita por ANSUÁTEGUI ROIG: "Sin embargo, en un segundo momento, Austin reformula su teoría, ya que descubre, por una parte, que carece de criterios formales generalizables a partir de los cuales explicar la distinción entre expresiones constatativas y expresiones realizativas y, por otra, que actos como enunciar o describir también son actos de habla: en efecto, emplear el lenguaje con función constatativa también supone llevar a cabo una actividad. También afirmar algo, tarea desarrollada por las expresiones constatativas, consiste en llevar a cabo un hecho. Conviene proceder, por consiguiente, a una transformación de la afirmación según la cual decir algo consiste en hacer algo. En este sentido, se señala que Austin abandona la teoría de los performativos y comienza a desarrollar una teoría más general de los actos de habla".<sup>50</sup>

En este punto, AUSTIN propone, entonces, "volver por un momento a cuestiones fundamentales, esto es, a considerar desde la base en cuántos sentidos puede entenderse que decir algo *es* hacer algo, o que *al* decir algo hacemos algo e incluso que *porque* decimos algo hacemos algo".<sup>51</sup>

Pues bien, AUSTIN denomina al acto de "decir algo", en la acepción plena y normal de emitir ciertos ruidos, ciertas palabras en una determinada construcción y con un cierto "significado", como acto locucionario o dimensión locucionaria del acto lingüístico.

A su turno, denominó actos ilocucionarios a aquellos actos que llevamos a cabo *al* decir algo, en los que la acción que realiza la expresión lingüística se produce *eo ipso*, con una cierta fuerza que AUSTIN denominó, precisamente, ilocucionaria. "Bautizo a este barco como...", "juro cumplir fielmente el cargo de...", "protesto formalmente ante usted por...", "prometo pagar la cantidad de...", "lego a José María la suma de...", "designo a Juan como mi albacea...", "insto a usted a comportarse como...", "defino

<sup>49</sup> AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencias V, VI y VII, pp. 96 y ss.

<sup>50</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER: *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1996, p. 125.

<sup>51</sup> AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 138. Las cursivas son del original.





un acto ilocucionario como...”, etc., son ejemplos típicos de actos de habla con fuerza ilocucionaria.

Luego, “hay un tercer sentido, según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos. (...) Llamaremos a la realización de un acto de este tipo la realización de un acto *perlocucionario* o *perlocución*”.<sup>52</sup> Para aclarar –espero– la diferencia propondré, con base en los ejemplos de AUSTIN, y siguiendo su mismo esquema, un caso con relieve jurídico.

Locución: Fulano dijo “Te vendo mi casa en 25 millones”.

Ilocución: Fulano me ofreció su casa en venta, en 25 millones.

Perlocución: Fulano logró interesarme en la compra de su casa porque me la ofreció en 25 millones (también pudiera ser lo contrario: “Fulano me causó hilaridad con su oferta de venta de su casa...”, o cualquier otra reacción diversa).

AUSTIN destina los capítulos siguientes y últimos de *Palabras y Acciones* a analizar, con la minucia y rigor que le son característicos, la distinción entre las clases de actos antes descritos. Fundamentalmente, postula que la diferencia más relevante radica en que la conexión entre la locución y las consecuencias que eventual o contingentemente sobrevengan porque se ha dicho lo que se dijo (esto es, entre la locución y la perlocución), es una vinculación de carácter causal. Por ello es que en sus ejemplos AUSTIN utiliza siempre la preposición *porque* para vincular lo dicho con su efecto, y justo por ello es que llama a estos actos *perlocucionarios*. En cambio, y esto es muy relevante para nuestros efectos, la conexión entre la dimensión locucionaria y aquello que se realiza al decir algo, es una vinculación de índole convencional.

Esta conexión es analizada y profundizada por SEARLE, primero, a propósito de su intento de quebrar el axioma de Hume, que prescribe la imposibilidad de derivar conclusiones prescriptivas a partir de premisas descriptivas, y viceversa<sup>53</sup>, y luego, en el contexto del desarrollo de la teoría de los actos de habla, a partir de la obra de AUSTIN.<sup>54</sup> En el primer trabajo, SEARLE

<sup>52</sup> AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 145.

<sup>53</sup> En SEARLE, JOHN R.: “Cómo derivar «debe» de «es»”, en Philippa Foot (comp.), *Teorías sobre la Ética*, Fondo de Cultura Económica. México, Madrid, 1974.

<sup>54</sup> En SEARLE: *Actos de Habla*.

denuncia la incapacidad de los planteamientos tradicionales "para analizar en profundidad determinados conceptos, como por ejemplo los de compromiso, obligación y responsabilidad. Así, el punto de vista tradicional tiene una concepción uniforme de las proposiciones descriptivas dentro de las cuales no efectúa ninguna distinción. No habría –según el planteamiento tradicional– ninguna diferencia entre afirmar, por una parte «Juan es pelirrojo» y, por otra, «Juan ha marcado un gol», o «Pepe ha prometido regresar», o «Antonio tiene cinco pesetas»..."<sup>55</sup> Esta indiferenciación es equivocada, porque pasa por alto el hecho diferencial de que en ciertas proposiciones descriptivas hay palabras que se refieren a hechos cuya existencia presupone ciertas instituciones (incluso ocurre que la palabra misma supone determinadas instituciones. Así ocurre con "gol", "prometer", "pesetas" en los ejemplos anteriores, o con "vender", "reconocer como hijo no matrimonial", "legar", "instituir heredero universal", etc., en casos más cercanos a nuestro asunto).

Este tipo de hechos, a los que ciertas proposiciones descriptivas hacen referencia, son denominados por SEARLE como hechos institucionales, por oposición a los hechos brutos, constituyendo esta distinción una de las bases del neoinstitucionalismo jurídico de MACCORMICK y WEINBERGER.<sup>56</sup> La primera clase de hechos sólo puede ser entendida, sólo adquiere significado, en el contexto de ciertas instituciones. Dicho por STRAWSON: "En el otro extremo de la escala –el extremo desde el cual AUSTIN partió– tenemos actos ilocucionarios que son esencialmente convencionales. Los ejemplos que acabo de mencionar servirán: casarse, (...) pronunciar una sentencia, dar un veredicto. Estos actos no tendrían existencia fuera de los procedimientos o prácticas convencional o normativamente regulados, de los cuales forman parte".<sup>57</sup> Pues bien, es claro que cuando nos referimos al negocio jurídico como un acto ilocucionario, estamos también afirmando que se trata de un hecho institucional. Esta característica puede ser decisiva a la hora de perfeccionar un esfuerzo de delimitación del concepto, y volveremos más adelante sobre ella.

Finalmente, debe indicarse que la expresión "acto de habla" que SEARLE hace sinónima de acto de lenguaje y de acto lingüístico<sup>58</sup> (aunque luego utiliza solamente la primera), y que ha hecho fortuna y dado nombre a la teoría cuyas bases he estado rudimentariamente exponiendo, no es, al menos en el idioma castellano, del todo feliz, puesto que tiene una excеси-

<sup>55</sup> ANSUÁTEGUI: *Op. cit.*, p. 133.

<sup>56</sup> MAC CORMICK, NEIL, y WEINBERGER, OTA: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 2nd. Pr. 1992.

<sup>57</sup> STRAWSON: "Intention and Convention in Speech Acts", en SEARLE: *Philosophy*, p. 37.

<sup>58</sup> SEARLE: *Actos de Habla*, p. 14.



va identificación semántica con el lenguaje verbal u oral. Como es evidente, en derecho son igualmente –o más– útiles y eficaces otras formas de lenguaje (para estos efectos entenderé por lenguaje a cualquier mecanismo cuya finalidad primaria o directa sea exteriorizar o socializar un producto del fuero interno) que no son orales. Para empezar, el escrito, cuya certidumbre lo hace un predilecto entre los operadores jurídicos. Luego, el gestual, cuya importancia convencional no puede ser disimulada (en este sentido, una inclinación de cabeza es tan “lingüística” como afirmar “sí”, “conforme” o “quiero”), y más modernamente, el informático. Por tanto, parece, para efectos jurídicos, mucho mejor abandonar la expresión “acto de habla” y reemplazarla por la más genérica, pero analíticamente igual de precisa, “acto de lenguaje”.

## B. El negocio jurídico como acto de lenguaje: primera aproximación

En coherencia con el criterio diferenciador antes expuesto, sostendré preliminarmente que **el negocio jurídico es un acto de lenguaje de carácter ilocucionario**, es decir, es de aquella clase de actos que consisten en emisiones lingüísticas que, aparte de constituir en sí un hecho locucionario, tienen una fuerza convencionalmente determinada (en nuestro caso, a través de normas e instituciones) que hace que –dadas ciertas condiciones– se produzca, al mismo tiempo y en virtud del hecho de la locución, un hecho distinto a la pura emisión de sonidos. Así ocurre, como se habrá podido apreciar en algunos de los ejemplos jurídicos que se han planteado, cuando alguien dice “te apuesto tal cosa” (Art. 2258 N° 4º C.C.), “te encargo tal otra” (Art. 2116 C.C.), “instituyo heredero a Diego” (Art. 999 C.C.) o “acepto contraer matrimonio con Susana” (Art. 102 C.C.). En todos y cada uno de los casos citados, y en cualquiera que el lector imagine, se produce lo que los juristas llaman genéricamente un hecho jurídico, y específicamente un negocio jurídico, cada vez que se ejecuta un acto de lenguaje determinado en determinadas circunstancias. En cambio, como veremos, ello no ocurre jamás respecto de los actos jurídicos que no son negocios, que no consisten nunca en actos de lenguaje.<sup>59</sup> Insistiré en este punto en el acápite siguiente, en el que trataré la situación en que se encuentran las emisiones tácitas o fácticas de voluntad.

<sup>59</sup> Una aparente excepción a este principio la constituye el contrato de promesa de celebrar un contrato, que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos admiten, con más o menos amplitud (ver Art. 1554 C.C.). En este contrato, la solución o pago de la obligación de las partes –que en todos los contratos es un típico acto jurídico no negocial– se realiza, precisamente, mediante un acto de lenguaje destinado a celebrar el contrato prometido. Con todo, esta excepción es de las que –literalmente– confirma la regla, puesto que el hecho debido, que se satisface con un acto de lenguaje, es justamente la celebración de un negocio jurídico. (Es decir, la obligación derivada de un negocio jurídico se paga o soluciona con otro negocio jurídico).

### C. Los actos no negociales y las declaraciones negociales tácitas

Contra la consideración del negocio jurídico como acto de lenguaje se pudiera argüir que se encuentra en contradicción o que deja sin resolver el tema de la expresión tácita, mediata, implícita o indirecta de voluntad, que está aceptada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia,<sup>60</sup> y que presenta el aparente inconveniente (para estos efectos) de consistir, precisamente, en hechos, y no en actos de lenguaje. El problema, con todo, me parece de fácil solución, en el sentido de que la consideración del negocio jurídico como acto de lenguaje sigue sirviendo como criterio de distinción entre un acto y un negocio, incluso en el caso de los negocios tácitamente convenidos o ejecutados. Véase de qué manera: En el negocio jurídico tácitamente convenido, los hechos o circunstancias de que se trata, por definición, deben significar de manera inequívoca algo, esto es, necesariamente deben conducir a la inducción de una voluntad en un cierto y determinado sentido, de modo que no podrían tener otra significación si faltara el acto volitivo. (Por ello es que la jurisprudencia ha establecido que, en casos dudosos, debe decidirse en contra de la formación del contrato o de la emisión de la voluntad obligacional). Expresado en términos distintos, lo que aquí se quiere decir es que los hechos deben sustituir o reemplazar clara e inequívocamente un acto de lenguaje, que es el medio directo que poseemos para dar a conocer nuestra voluntad.

Ello jamás ocurre con los hechos que constituyen los actos jurídicos que no son negocios jurídicos, que rara vez son actos de lenguaje, y cuando lo son, nunca presentan un verdadero carácter ilocucionario.<sup>61</sup> En ellos, además, el hecho constitutivo jamás puede ser, a la inversa, sustituido por un acto de lenguaje. Un par de ejemplos servirán de aclaración. Quien, habiendo recibido el encargo escrito de realizar por cuenta ajena un negocio determinado, inicia actos de ejecución del encargo sin aceptarlo expresamente, está aceptando tácitamente un contrato de mandato (Art. 2124 C.C.) justamente porque tales hechos reemplazan la emisión de una cierta cadena de sonidos (locución: "acepto tu encargo") que tiene convencional e institucionalmente una cierta fuerza ilocucionaria que produce el hecho de la aceptación de una oferta. En cambio quien, estando obligado por un contrato, realiza la ejecución de una obra (supongamos un retrato artísti-

<sup>60</sup> Un análisis detenido del punto en el ámbito nacional puede hallarse en LEÓN HURTADO, AVELINO: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 4ª ed. actualizada, 1991, pp. 27 a 32. Una reseña de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el punto puede consultarse en DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 68, § 85.

<sup>61</sup> Así, pueden citarse actos jurídicos *stricto sensu* consistentes en locuciones, como el artista a quien se paga para que cante, declame, o lea poesía; e incluso pueden imaginarse otros consistentes en la realización de ilocuciones fingidas (infelices o desafortunadas, diría Austin), como cuando se cumple el contrato que obliga a la representación teatral de una compraventa o de la otorgación de un testamento.

co o la construcción de una vivienda), lleva a cabo un hecho puro y duro, que puede ser calificado como acto jurídico en sentido estricto, porque produce consecuencias jurídicas queridas por su autor, pero que no cumple la función de reemplazar a ningún acto de lenguaje, y que a la inversa, no puede tampoco ser reemplazado por un acto de habla (ningún acreedor en su sano juicio se satisfaría con la pretensión de un deudor de reemplazar el hecho debido con palabras). Lo propio ocurre con la ocupación: la aprehensión material de una *res nullius* o de una *res derelictae* con la intención de apropiársela no puede ser jamás fungida por un puro acto de lenguaje. El de la ocupación, además, resulta un caso paradigmático, porque la ley –excepcionalmente– permite reemplazar el hecho de la aprehensión material (Art. 617), pero lo sustituye con otros hechos igualmente no lingüísticos, preparatorios de la aprehensión definitiva, como la herida grave del animal bravío, sumada a su actual persecución, o la caída del animal en trampa o red.

En síntesis, en el negocio jurídico existe un núcleo esencialmente lingüístico, que puede ser casi siempre (salvo los casos excepcionales de actos solemnes, o en los que las leyes<sup>62</sup> o la convención exigen voluntad expresa) reemplazado por hechos o acciones. En cambio, el acto jurídico *stricto sensu* es irreductiblemente fáctico, físico o bruto (en el sentido de opuesto a puramente lingüístico e institucional). Por cierto, no quiero con ello significar que en el acto jurídico *stricto sensu* esté ausente el contenido institucional. Por el contrario, es nítido que actos como la ocupación o la adquisición de la posesión suponen la existencia de ciertas instituciones y reglas. Sólo quiero implicar, en consecuencia, que el núcleo esencial de la conducta que el derecho recoge es, en los actos jurídicos, un hecho no lingüístico, e insusceptible de reemplazo por un acto de lenguaje.

De hecho, el propio AUSTIN, cuando estudiaba la frontera entre los actos ilocucionarios y los perlocucionarios, se percató de la posibilidad de realizar, tanto una perlocución como una ilocución por medios no verbales (por lo que esa posibilidad no le servía como criterio de deslinde). “Es característico de los actos perlocucionarios que la respuesta o la secuela que se obtienen pueden ser logrados adicionalmente, o en forma completa, por medios no locucionarios. Así, se puede intimidar a alguien agitando un palo o apuntándole con un arma de fuego. Incluso en los casos de convencer, persuadir, hacerse obedecer, y hacerse creer, la respuesta puede ser obtenida de manera no verbal. Sin embargo, esto solo no basta para distinguir los actos ilocucionarios, dado que podemos, por ejemplo, advertir, u ordenar o designar o dar o protestar o pedir disculpas por me-

<sup>62</sup> Cfr. Arts. 1511 (solidaridad), 99 del Código de Comercio (retractación), 1946 (facultad de subarrendar), 1090 (cláusulas resolutorias testamentarias), entre otros.

dios no verbales y aquellos son actos ilocucionarios. Así, podemos hacer ciertas gesticulaciones o arrojar un tomate como modo de protestar”.<sup>63</sup> A estos ejemplos, por cierto, uno puede agregar muchos del ámbito jurídico, del tipo de “vender, donar o ceder un efecto hereditario es un modo de aceptar la herencia” (Art. 1230 C.C.), o “ejecutar voluntariamente (con conocimiento del vicio de nulidad) la obligación contratada es una forma de confirmar el negocio” (Art. 1695 C.C.), o “entregar voluntariamente al deudor el título de la obligación implica remitir la deuda” (Art. 1654 C.C.) o “si al concluir el arriendo el arrendador consiente el disfrute del arrendatario por quince días, hay reconducción” (Art. 1956 C.C.).

Una última mirada a este tema, ahora desde la perspectiva amplia de FEDERICO DE CASTRO. Este autor intenta reemplazar la idea de “declaración de voluntad” por la más amplia de “conducta significativa”<sup>64</sup> o “conducta expresiva,”<sup>65</sup> puesto que el primero se entiende de modo excesivamente angosto, y las segundas presentan las ventajas de obligar a valorar a los actos como declaraciones de voluntad, y no sólo las ofertas o aceptaciones abiertamente hechas, por una parte; y por la otra, advertir respecto del modo comprensivo como ha de ser considerada la declaración, atendiendo a toda la conducta expresiva del declarante. Todo esto está muy bien, y parece francamente razonable. Pero ¿cuándo hay que entender que una conducta es expresiva o significativa? DE CASTRO, por cierto, no aclara el punto. Desde nuestra perspectiva, ahora, la respuesta parece sencilla: una conducta es significativa o expresiva cuando efectivamente reemplaza o completa un acto de lenguaje de carácter ilocucionario.

#### D. El problema del silencio

El segundo punto que debe abordarse es el relativo al silencio, esto es, a la ausencia de manifestaciones externas, tanto lingüísticas como de hecho, que permitan inferir una volición determinada. El silencio significa, pues, la inexistencia de palabras y de hechos. La cuestión de si el silencio puede interpretarse como expresión volitiva es una cuestión debatida desde los textos romanos.<sup>66</sup> Hoy se entiende que la respuesta negativa debe considerarse como la regla general, salvo que las propias partes o la ley establezcan, para casos específicos, lo contrario. Además, se admite, muy restrictivamente,

<sup>63</sup> AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 164. STRAWSON también abordó el punto. Véase “Intention and Convention in Speech Acts”, en SEARLE (Ed.): *Philosophy*, p. 35.

<sup>64</sup> DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 34, § 33.

<sup>65</sup> *Id.*, p. 66, § 83, aunque antes (§ 33), en la definición de negocio jurídico, prefiere mantener la idea de la declaración de voluntad, para no introducir confusiones terminológicas.

<sup>66</sup> Una exposición del tema en el derecho chileno, con una aproximación comparada, puede hallarse en LEÓN: *Op. cit.*, pp. 33 a 38. Una síntesis, y una evaluación de la jurisprudencia española, en DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 68 y ss.



la posibilidad de que judicialmente se determine valor de declaración de voluntad a un silencio que se encuentra rodeado de circunstancias muy significativas (entre las cuales son basales las de la posibilidad de contradecir –que presupone conocimiento acabado–, o que se estuviera obligado a contestar, o al menos que fuese normal o natural que se manifestara disconformidad si el que calla no quería aprobar la actuación del otro).

Al igual que lo que ocurre con las declaraciones indirectas, que abordé en el acápite anterior, la concepción del negocio jurídico como acto de lenguaje no es para nada incompatible con la posibilidad de que al silencio le sea atribuido valor negocial. Un silencio podrá tener ese valor sólo cuando el conjunto de circunstancias que lo rodean –entre ellas, la convención o la determinación legal– lo haga equivaler a una expresión ilocucionaria.

### **E. El problema de los negocios bilaterales**

El tercer tema en el que parece conveniente detenerse respecto de este punto es el relativo a los negocios bilaterales, esto es, aquellos que constituyen la “manifestación de voluntad” de más de una persona, o con mayor precisión, aquellos en que la dirección en que se encaminan las voluntades no es paralela, sino convergente desde direcciones opuestas, como ocurre, paradigmáticamente, con los contratos. El problema no se plantea en los negocios denominados plurilaterales o unilaterales complejos, en los que las voluntades que se expresan tienen idéntica dirección, y en los cuales, por eso, el acto de lenguaje es el mismo para todos los partícipes.

La concepción del negocio jurídico como un acto de lenguaje parece dificultar la consideración negocial unitaria de los negocios bilaterales, puesto que un acto de lenguaje es primariamente el producto de una sola voluntad, y en los negocios bilaterales hay nítidamente dos voluntades que se expresan en actos de lenguaje diferentes, emitidos en tiempos diversos y a veces en lugares distintos (una parte dice “compro X y me obligo a entregarte tal suma de dinero” y la otra dice –con posterioridad y eventualmente en otro lugar– “vendo X en la suma ofrecida, y me obligo a entregar X”). Es decir, pudiera sostenerse, en el ejemplo, que son negocios jurídicos la oferta y la aceptación, pero no el contrato. Esto, por cierto, es inadmisibles en su segundo extremo.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Para mí es claro el carácter negocial de la oferta y de la aceptación sea cual sea la definición de negocio desde la que se la aborde. El hecho de que presenten, en una de sus facetas, un carácter preliminar o no definitivo no excluye su condición de actos de lenguaje que contienen declaraciones de voluntad, destinadas a obtener ciertos efectos jurídicos o prácticos queridos por su autor, y autorizados por el derecho. Además, desde una perspectiva sistemática es perfectamente coherente aplicarles las reglas generales de los negocios; piénsese, por ejemplo, en los requisitos de existencia y validez. En contra, Stolfi. Véase nota N° 27.

Sin embargo, el problema no es en absoluto exclusivo de una concepción como la que propongo: es común absolutamente a todas las perspectivas desde las que se aborda el paradigma, porque en verdad, tan problemática es la consideración de los actos bilaterales (como la compraventa) como negocio jurídico entendiendo éste como declaración de voluntad, como conducta significativa o como acto de lenguaje. Siempre deberemos recurrir a la apostilla "de una o más personas" para salvar la dificultad y siempre se aparecerá a las concepciones unitaristas el inevitable problema de que en los negocios bilaterales las partes efectivamente declaran cosas diversas.<sup>68</sup> Respecto de este tema resulta especialmente esclarecedor, por lo pragmático, el partido que adopta ALBALADEJO, que recalca que el negocio jurídico es siempre un solo hecho jurídico, enclavado en la categoría de los actos. Los singulares sucesos que lo generan son elementos de este fenómeno unitario, aunque aisladamente, por sí solos, puedan ser también hechos o actos jurídicos. Esto "responde al modo de ser de las cosas, como reflejan la terminología y común sentir de la vida jurídica, pues en ésta se habla, por ejemplo, de compraventa o de préstamo, como un todo, y se les concibe como un *acto* y no como una *suma* de sucesos...".<sup>69</sup> Justamente por ello es que luego define al negocio jurídico como el acto jurídico lícito *constituido al menos por una declaración de voluntad privada –pero que puede estar compuesto por más declaraciones de voluntad y por otros elementos–*, acto que el derecho tutela, reconociéndolo como base para la producción de los efectos que dicho derecho ordena tengan lugar en congruencia con lo que, al tenor de la declaración, se puede calificar de querido.<sup>70</sup>

## F. El marco de acción del negocio jurídico

Dije algunas páginas atrás que el negocio jurídico me parecía claramente de los denominados hechos institucionales. En verdad, y puesto que la categoría es una abstracción, sería más propio decir que los negocios jurídicos, individualmente considerados, son hechos institucionales. Anuncié también que esta característica podía ser útil en el esfuerzo de limitación del concepto.<sup>71</sup>

¿Qué es, pues, un hecho institucional? ANSUÁTEGUI, reseñando la obra de RAWLS, SEARLE, VON WRIGHT y ROSS a propósito de la diferencia entre reglas

<sup>68</sup> No por nada el formalista Derecho Romano primitivo concebía a los actuales negocios bilaterales de modo dual, a través de dos ritualidades diversas, cuya conexión e interdependencia sólo fue dándose con el correr del tiempo: Así, la compraventa, como una *emptio*, por una parte; y una *venditio*, por la otra (es notable que el término conserve aún hoy ese matiz dual); el actual arrendamiento, como una *locatio* y una *conductio*, etc.

<sup>69</sup> ALBALADEJO: *Op. cit.*, p. 144. Las cursivas son del autor.

<sup>70</sup> Véase Nota N° 42. Aquí las cursivas son mías.

<sup>71</sup> Vid. supra 2 A.





constitutivas y reglas regulativas, lo explica con un par de ejemplos claros. Aparcar un vehículo y comer son hechos naturales que podrían llevarse a cabo sin la existencia de normas que los regularan, en cambio, jugar ajedrez es un hecho que no puede concebirse sin la presencia de las normas que lo regulan. Así, las normas que abordan hechos del primer tipo son regulativas, y las que se refieren al ajedrez, constitutivas. Los hechos del primer tipo son hechos brutos, los del tipo del ajedrez, institucionales. "Son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas. Ciertas formas de conducta constituyen el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García solamente si se da la institución del matrimonio. Similarmente, ciertos movimientos de determinadas personas constituyen el hecho de que el Sporting gane al Rayo por tres tantos a dos solamente si se da la institución del fútbol. Incluso a un nivel más simple, lo que tengo ahora en mi mano es un billete de veinte duros solamente si existe la institución de la moneda. Déjese de lado la institución, y todo lo que tendré será un trozo de papel con varias inscripciones de color sepia".<sup>72</sup> Pues bien, según SEARLE, las instituciones constituyen sistemas de reglas constitutivas. "Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C». Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas nos introduce en la hipótesis de que el hecho de que una persona haya realizado un cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional".<sup>73</sup> MACCORMICK y WEINBERGER han criticado como "particularmente insatisfactorio" el criterio de distinción de SEARLE, porque la existencia o no de una actividad preexistente no es en modo alguno decisiva respecto de la naturaleza de las normas, ciertamente no en cuanto a su carácter lógico o semántico.<sup>74</sup> Por ello, hay que entender esta distinción entre normas constitutivas y regulatorias como una de carácter primario o grueso, que nos servirá sin embargo para nuestro propósito, si no tenemos demasiadas pretensiones de precisión o justeza metodológica, lo que es el caso en un trabajo de esta extensión.

Ahora bien, cuando se trata de casos importantes, el hecho institucional se formaliza, de modo que se requiere un procedimiento especial. "Sólo cuando se ha utilizado la fórmula apropiada se dará la afirmación, promesa, u orden correspondiente. Llegamos así a una condición de validez: sin el empleo de un procedimiento performativo especial, no hay afirmación, promesa u orden válida. (...) Por lo demás, se pueden introducir

<sup>72</sup> SEARLE: *Actos de Habla*, p. 60.

<sup>73</sup> Loc. cit.

<sup>74</sup> MAC CORMICK, NEIL, y WEINBERGER, OTA: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 2nd. Pr. 1992, p. 23.

cualificaciones suplementarias: exigencias relativas a las cualificaciones que deben poseer las personas (...) para realizar el acto en cuestión, exigencias suplementarias en orden al acto mismo y a las formalidades procesales necesarias, exigencias respecto a las circunstancias requeridas así como a los vicios y condiciones de anulación. En este sentido, (...) hay exigencias formales para un acto formal".<sup>75</sup> En el caso del negocio jurídico, el grado de formalización es extremadamente variable, tanto comparando diversos ordenamientos jurídicos (compárese el principio contractual espiritualista que rige en España, con la solemnización de ciertos contratos que rige en los Códigos con mayor influencia del *Code francés*), como dentro de un mismo ordenamiento (contrástese la regulación de la compraventa y la del testamento en el Código español). De tal modo, la formalización no resulta ser un carácter definitorio de la idea de negocio jurídico.

Ahora bien, "hay que hacer notar que el derecho positivo o del Estado no es el único ordenamiento normativo que admite tal formalismo. Las reglas de muchos juegos, las leyes y rituales de diferentes formas de religiones organizadas, las prácticas del mercado y de la bolsa, las ceremonias de botadura de barcos y sin duda muchas más aún, constituyen casos no menos evidentes".<sup>76</sup>

Así, pues, parece claro que al intentar una definición de negocio jurídico que permita la exclusión de otros hechos con fuerza ilocucionaria realizados en contextos institucionales más o menos formalizados, pero no jurídico-positivos (como los ejemplos precedentemente citados) es menester realizar una referencia al marco institucional general y específico en el cual se comprenden y tienen sentido los negocios jurídicos.

El sistema de reglas<sup>77</sup> que globalmente acoge las normas constitutivas relativas al tipo de actos que llamamos negocio jurídico es lo que convencionalmente denominaré ordenamiento jurídico positivo (sin pretender mayor precisión iusfilosófica), y el marco específico en el cual esa regulación constitutiva se produce es el del reconocimiento legal de un cierto ámbito de acción particular que llamamos autonomía privada. Por tanto, entenderé al negocio como un acto de particulares, más o menos formalizado,

<sup>75</sup> MACCORMICK y BANKOVSKI: *Teorías*, p. 226.

<sup>76</sup> *Id.*, p. 230.

<sup>77</sup> MACCORMICK ha hecho ver que cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas: 1. Deben existir reglas en las que se establezca qué persona, con qué calificación, por qué acto y con qué intenciones, siguiendo qué procedimiento, y requeridas qué circunstancias, puede producir un caso de la institución. Estas son las reglas constitutivas. 2. Debe haber reglas que determinen cuáles son los efectos del acto, precisando qué debe hacerse y quién puede o debe hacerlas. Estas son las reglas consecuenciales. 3. Finalmente, deben existir reglas, denominadas extintivas, que regulen la forma en que se pone término al acto en cuestión. MACCORMICK y WEINBERGER: *Op. cit.*, p. 52.



institucionalmente regulado por el ordenamiento jurídico, en el marco de la autonomía privada.

### G. La finalidad del negocio jurídico

No es el propósito de este trabajo abordar la polémica acerca de si es o no pertinente incluir en una definición del negocio jurídico una referencia a su función, o a los fines que las partes persiguen, ni tampoco aquella que disputa acerca de la naturaleza de los fines perseguidos.<sup>78</sup> Por el contrario, me limitaré aquí, en homenaje a la brevedad, a tomar posición, la que por otra parte ha sido ya bastante más que insinuada en los acápite precedentes. Creo que una referencia a la función es imprescindible en un esfuerzo delimitatorio de la idea de negocio jurídico, y creo, por otra parte, que la teoría del fin general práctico resulta francamente más ajustada a los hechos que la antigua tesis acerca de la persecución de efectos jurídicos. Parece claro, a la luz de la práctica jurídica, que lo que el derecho hace es recoger y valorar una voluntad general de obtención de ciertos efectos lícitos concretos, del tipo “adquirir una casa para habitarla” o “regalar a Fulano un automóvil” o “reconocer a Mengano como hijo no matrimonial”, asignándoles unos efectos jurídicos predeterminados, aunque el autor o las partes no hayan siquiera estado en situación de conocerlos.

Por tanto, cuando se efectúe una recapitulación en forma de conclusión de este trabajo, agregaré a la hipótesis que concibe al negocio jurídico como acto de lenguaje, una referencia a los fines perseguidos que seguirá literalmente la afortunada (por lo expresiva y sintética) fórmula de COVIELLO: “cuyos efectos jurídicos realizan el fin práctico querido por su(s) autor(es)”.

### H. Conclusión

A partir de las consideraciones hasta aquí efectuadas, me parece posible definir al negocio jurídico como **el acto ilocucionario de lenguaje de uno o más particulares, institucionalmente regulado por el ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía privada, y cuyos efectos jurídicos realizan el fin práctico querido por su(s) autor(es), sea que se realice directamente, sea a través de una conducta significativa que lo suponga necesariamente.**

Creo que este concepto supera la principal debilidad de las definiciones vigentes, que es, como se ha repetido suficientemente, su ineptitud para

---

<sup>78</sup> Para una revisión de la polémica, véase DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

deslindar con nitidez la frontera entre los negocios jurídicos y los actos lícitos no negociales. Al mismo tiempo, mantiene las ventajas de las mejores de esas definiciones, puesto que, por una parte, la concepción del negocio jurídico como acto de lenguaje deja intacta, sólo que subyacente, toda la referencia a la voluntad (y sus problemas de existencia y vicios), y por la otra, se inscribe en la Teoría del Fin General Práctico, que parece la solución más razonable respecto de la función del negocio.

# Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho

**Rodrigo Barcia Lehman**

Profesor de Derecho Civil, facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales

**UNIVERSIDAD DE TALCA, UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE**

Diplomado en Economía por la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Master en Economía y Dirección Internacional de la Empresa,

Centro Internacional Carlos III y Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID**

## 1. Introducción

El presente trabajo intenta dar una visión general de los avances del análisis económico del derecho relacionado con la teoría de los contratos. Pero además de esta visión general, el lector seguramente se sorprenderá al ver muchos de los temas de contratos estudiados desde la perspectiva del referido análisis.

El análisis económico del derecho nace como una de las aplicaciones de la economía a otras ciencias, como la psicología o la sociología. Sin embargo, creo que en ninguno de estos campos ha tenido tanto éxito como en las ciencias jurídicas. En el área del derecho la economía se ha transformado en una poderosa herramienta de trabajo, que estudia el comportamiento humano de acuerdo a nociones como el propio interés de la persona, que no siempre es meramente económico, excedente del productor o consumidor, beneficio social, máximo paretiano o teoría de los riesgos y otras elaboraciones. Pero sin lugar a dudas, el concepto fundamental, como veremos, es el principio de la eficiencia.

La estructura de este artículo se divide en tres partes, la primera trata de aspectos generales del análisis económico del derecho en relación con los contratos, la segunda sobre aspectos generales de los contratos y la responsabilidad civil y la última sobre la posible aplicación del análisis económico del derecho en el Mercosur. Lamentablemente, un análisis económico de los contratos en particular me es imposible abordarlo en un artículo de la extensión de éste, por lo que lo deberé dejar pendiente para más adelante.

En esta introducción he de tratar la forma como se ha aproximado la economía al derecho. Dicha forma ha sido de dos clases, mediante una aproximación positiva y/o una normativa.

### **1.1 Aproximación positiva**

Este análisis pretende explicar y predecir el comportamiento humano dadas determinadas reglas legales. Además, este análisis asume que el comportamiento humano es el de un ser racional. En este sentido el derecho es estático, ya que sólo pretende explicar una situación dada o predecir consecuencias y efectos de la realidad.

### **1.2 Aproximación normativa**

Este análisis estudia el deber ser de la norma, pero conforme al principio de eficiencia. De esta manera no sólo se preocupa de las instituciones en sí mismas, sino también de la forma de mejorarlas.

## **PRIMERA PARTE: Parte general**

A continuación trataré los aportes que creo más significativos, de la economía al derecho. El objetivo de esta sección es familiarizar al lector con la terminología económica y analizar los principales criterios o principios a aplicar en la teoría de los contratos.

### **1. Principio de eficiencia**

Le economía estudia cómo asignar recursos escasos logrando el máximo de satisfacción. Por ello, es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades –de acuerdo a la teoría de los contratos– que logre una mayor satisfacción individual o social. Pero la satisfacción en la teoría de los contratos se traduce en el objetivo de éstos, que no es otro que lograr la mejor asignación de recursos. De esta forma, en el derecho de accidentes de vehículos motorizados será responsable la parte que pudo evitar el riesgo y si ambas partes pudieron evitarlo, la responsabilidad será compartida. En cuanto al derecho de los contratos, su análisis es más complejo, porque en muchos casos el quiebre del contrato será eficiente, pero el acreedor tendrá derecho a demandar por resolución e indemnización de perjuicios o el cumplimiento forzado, pero esta última opción será ineficiente.



Otro aspecto de importancia es la forma de aplicar este principio. El derecho suele aplicar las normas ex-post, o sea, en consideración sólo al caso concreto; pero la economía resuelve los problemas de acuerdo a un criterio ex-ante. Dicho criterio responde a la pregunta ¿cómo hubiesen regulado las partes el contrato antes de su celebración? Este criterio es fundamental, ya que incentiva a soluciones eficientes con relación a todos los nuevos casos que se encuentren en igual situación. Pondré un ejemplo concreto respecto de esta situación. La normativa del Tratado de Roma, que regula la Unión Europea, en su artículo 85 (1) prohíbe la concentración vertical y horizontal. Y tanto la Comisión Europea, como el Tribunal Europeo han entendido que los acuerdos de distribución territorial exclusiva, por los cuales un distribuidor puede pactar un precio con su productor y a dicho territorio no puede ingresar ningún otro distribuidor, atentan contra el mercado común y el referido artículo. Pero analicemos este caso de acuerdo al principio de eficacia, aplicado ex-ante. Si un productor está interesado en extender sus ventas a diferentes zonas geográficas, que le son desconocidas, puede recurrir a un distribuidor. Pero dicho distribuidor deberá introducir un producto que es desconocido en dicha área y seguramente deberá asumir un fuerte riesgo financiero y/o de prestigio para lograrlo. En consecuencia, el distribuidor requerirá, en la mayoría de los casos, hacer una fuerte inversión inicial en estudios de mercado, publicidad y posiblemente muchos de estos costes serán irrecuperables –o sea, *sunk cost*–. Entonces, si cualquier otro distribuidor, después de lograr con éxito la penetración al nuevo mercado por el distribuidor original, puede introducir dicho producto, sin internalizar los costes asumidos por el primer distribuidor, y como consecuencia de ello, a precios más baratos, dejará fuera del mercado al distribuidor que invirtió para introducir el producto. De acuerdo a un análisis ex-ante, si los distribuidores conocen el criterio de la Corte, decidirán no arriesgar su prestigio, ni los recursos necesarios para penetrar nuevos mercados. Por ello, para introducir un producto, el fabricante deberá hacerlo con sus propios recursos o recurrir a financiamiento externo, lo que aumentará los costos, pero no sólo de esta zona, sino en todo el mercado. De esta forma, de acuerdo al principio de eficiencia aplicado ex-ante, podemos apreciar que la Corte debería admitir estas cláusulas de zonas de distribución exclusiva, ya que en el fondo sólo se trata de una forma alternativa de financiamiento.

## 1. 1 Contenido del principio de eficiencia

En virtud de este principio, se trata de asignar los recursos productivos o asignar responsabilidades de forma de alcanzar el máximo de productividad o satisfacción. Pero, ¿qué debemos entender por satisfacción o productividad? Al respecto existen varias teorías que estudian esta materia,

pero creo que la teoría del máximo beneficio social (*Social Welfare*) llena de contenido normativo de una mejor forma el principio de la eficiencia. De esta manera, el bienestar social comprenderá el conjunto de beneficios que logran el consumidor y el productor. La aplicación de esta teoría se estudia en el incumplimiento del contrato.

## **2. Algunas consideraciones respecto del utilitarismo**

Jeremy Bentham desarrolló una teoría ética normativa fundada en los principios del hedonismo, universalismo y consecuencialismo. Antes de Bentham se hablaba del principio de la felicidad fundado en Aristóteles; Bentham fue el primero en hablar del principio de la utilidad. Además, vinculó a la utilidad los conceptos de riqueza y distribución. Posteriormente, William Stanley Jevons transformará dicho principio en la fórmula  $u = u(x)$ . En todo caso, dicho principio ha sido abordado por un gran número de economistas, filósofos y matemáticos, como John Stuart Mill, Daniel Bernoulli, John von Neumann, Oskar Morgenstern, Leonard Savage, Roy Harrod, John Harsanyi, John Rawls y tantos otros. A pesar de que es imposible tratar este tema con la suficiente extensión, me referiré sucintamente a la teoría de Rawls. Dicho autor señala un principio de utilitarismo restringido. Su teoría se apoya en dos principios:

- a) El principio de la libertad
- b) El principio de igualdad restringido

Esta teoría acepta el utilitarismo como principio general, y a la igualdad como un principio restrictivo de aquél. Aplicada esta noción teórica a los contratos, diríamos que en virtud del principio de la libertad las partes buscarán alcanzar el máximo de utilidad mediante éste; pero esta libertad estará restringida por el principio de igualdad. Sin embargo, Rawls restringe la intervención del Estado, como redistribuidor de ingresos, a los impuestos. De esta forma, no se admite la posibilidad de utilizar el derecho de los contratos con fines redistributivos, así no se acepta la fijación de un precio mínimo en el contrato de arriendo para proteger a los arrendatarios de rentas más bajas o la parte más débil. Aunque podemos criticar a Rawls su falta de originalidad al señalar a la igualdad como límite al principio de la libertad, nos parece interesante el plantear el estudio de la forma de concretizar el principio de la igualdad. Pero no podemos dejar de discrepar con el referido límite, ¿por qué sería aceptable el establecer un impuesto para subsidiar las rentas de las personas de bajo ingreso y no lo sería el fijar un precio mínimo de canon?





## 2.1 Máximo paretiano

De acuerdo a Ott y Schäfer se entiende por *eficiencia de pareto* una situación social en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio. Muy vinculado a este concepto está el *máximo paretiano*, situación ideal en virtud de la cual la asignación de recursos en la sociedad es perfecta. De tal forma que sólo es posible mejorar la situación de uno de sus integrantes perjudicando a otro. Es importante comprender que esta situación es similar al mercado perfecto, en el sentido que no es una situación real, sino por el contrario es deber ser de las normas sociales. Del principio de eficiencia paretiano se colige que nadie debe estar mejor, si a consecuencia de ello otra persona debe estar peor, ya sea la contraparte o un tercero.

## 2.2 Criterio corrector de Kaldor-Hicks

El criterio de eficiencia de pareto ha sido objeto de muchas críticas. La mayor de ellas es que a pesar que el beneficio que se obtenga de dañar a la otra parte o a un tercero sea mayor que la pérdida que se provoca, dicho acto no deberá realizarse, con la consiguiente pérdida de bienestar social. Por esta razón, en el año 1939 los profesores de Cambridge y Oxford, Nicholas Kaldor y John Hicks, respectivamente, propusieron un criterio de corrección a la falla del criterio de eficiencia paretiano. Conforme a este criterio, la parte que está mejor, como consecuencia de la relación comercial, debe poder compensar a la parte o terceros perjudicados con dicho negocio jurídico para de esta forma cumplir con el criterio de eficiencia paretiano. Pero he de llamar la atención que dicho criterio corrector sólo debe consistir en la posibilidad de compensar. Respecto del criterio corrector de Kaldor-Hicks puedo destacar dos aspectos:

- a) El criterio de Kaldor-Hicks es un principio de maximización de la riqueza. Por ello, el contrato sólo debe poder realizarse, si el beneficio social es mayor que los costos sociales de efectuarlo (dichos coste y beneficio social deben comprender la internalización de todos los costes).
- b) En virtud de este principio, sólo debe existir la posibilidad de compensar. También esta limitación la encontramos en Rawls, respecto del principio restrictivo de igualdad, que no tiene fuerza de coercibilidad, o sea, no se puede imponer por la tutela jurisdiccional. Los fundamentos de esta restricción parecen estar en la libertad contractual, pero dicho fundamento sólo es aceptable respecto de las partes y no respecto de los terceros, de esta forma se tratan de evitar externalidades negativas que incentivan tomas de decisiones ineficientes.

### 3. Los costes de transacción

El inicio del estudio de la incidencia de los costes de transacción en el análisis económico, se asigna, con justa razón, a Ronald Coase. En el año 1959 publicó su clásico artículo sobre las ondas de radio (dicho trabajo contiene un análisis sobre el problema del coste social). En lo que a nosotros nos interesa, Coase distingue entre dos formas de producir cualquier bien o servicio, la primera es el mercado y la segunda es la empresa. Estas formas de producción se presentan como alternativas –en el sentido que se puede optar por uno u otro sistema–. Antes del análisis de Coase se señalaba que la empresa opera en el mercado hasta que el coste marginal del proceso es igual al beneficio marginal. Pero conforme a Coase, agregaríamos que si el coste marginal de producir en forma individual y acceder directamente al mercado es menor que el de producir a través de una empresa, se preferirá la producción individual con acceso directo al mercado. Para simplificar puedo señalar un ejemplo, si en el proceso de producción de un bien “x” existen seis etapas, en las que operan individualmente una serie de fabricantes, si ese producto se obtiene a un costo inferior al que se obtendría produciendo dicho producto a través de una empresa –que reuniría las seis etapas y seguramente obtendría economías de escala–, el producto se producirá por el mercado y no por la empresa.

De acuerdo con el Teorema de Coase, son relevantes en la resolución de conflictos los siguientes aspectos:

- a) Los costes de transacción
- b) La correcta definición y asignación del derecho de propiedad

En cuanto a los costes de transacción, si ellos existen, será relevante la solución que dé el derecho. En caso contrario, la solución de la norma no tiene importancia, ya que si existe algún error en la asignación de responsabilidad o de un derecho, las partes podrán resolver dicho fallo. Pero como en el mundo real en la mayoría de los casos no sólo los costes de transacción existen, sino que son altos, la asignación de responsabilidades que efectúe el derecho será esencial.

Los costes de transacción son los costes que genera el negocio al utilizar el mercado como asignador de recursos. Así son costes de transacción los gastos de las negociaciones preliminares, costes de honorario, escrituras, información, etcétera.

Respecto del Teorema de Coase, puedo señalar los siguientes aspectos de interés:

a) El ordenamiento jurídico debe tender a evitar los costes de transacción; esto no quiere decir que se deban regular los honorarios, fijar salarios, etcétera. Sino todo lo contrario, las normas –tanto la ley como las sentencias de los tribunales– no deben crear gastos innecesarios, que aumenten los referidos costes.

b) La situación óptima es aquella en que las partes regulan los efectos del contrato. El contrato no podrá prever todos los riesgos de incumplimiento. No sólo porque ello es imposible, sino también porque ello es muy costoso. Pero si una de las partes incumple el contrato, las posibilidades de llegar a un acuerdo eficiente serán inversamente proporcionales a los costes de transacción que envuelva dicho proceso.

c) Si lo anterior no es posible, porque no se dan ninguno de los supuestos anteriores. Entonces, es esencial la solución de conflictos que determine el derecho.

Un aporte del Teorema de Coase, respecto del incumplimiento del contrato, es la naturaleza recíproca de la responsabilidad. Así, si la cosa peca por caso fortuito, el derecho aplicando el aforismo que las cosas pecan para su dueño, hará recaer los riesgos en el contratante que sea dueño al tiempo de ocurrir el siniestro –lo que dependerá de la tradición del sistema jurídico–. La solución por ende depende de la *ocasio iuris*. Pero también podríamos hacer recaer el riesgo en una u otra parte –vendedor o comprador no dueños–, ya que la naturaleza del problema es recíproca. Para encontrar la solución a este problema, el derecho debe preguntarse sobre la conveniencia de que los riesgos recaigan en una u otra parte, de acuerdo a un criterio *ex-ante*. De esta forma, convendrá en principio hacer recaer los perjuicios en la parte que pudo evitarlos a un menor costo.

### 3.1 Clasificación de los costes de transacción

Un aporte fundamental al análisis de los costes de transacción fue efectuado por Oliver Williamson. Dicho autor clasifica los costes de transacción de las siguientes maneras: 1) *Factores del mercado*. Son los costes de utilización del mercado y de celebrar y ejecutar los acuerdos convenidos. Dentro de los cuales distingue entre: a) La certidumbre respecto de la realización del negocio; b) Frecuencia con que se realiza la transacción, y c) Extensión de la inversión que requiere el negocio. 2) *Factores humanos*. Son las características y personalidad de las partes que pueden afectar al negocio. Dentro de los que se pueden distinguir los siguientes: a) Vinculación racional (*bounded rationality*) que es la capacidad de las partes para entender y solucionar los complejos problemas que pueda dar lugar el nego-

cio y b) Conducta oportunística. Es la omisión del correcto desempeño en las transacciones comerciales. La conducta oportunística proviene de asimetrías de información, que pueden traducirse en ocultar información o actividades. A su vez, la conducta oportunística puede ser ex-ante o ex-post. El oportunismo ex-ante se refiere a información o hechos que afectan a las conversaciones preliminares. En cambio el oportunismo ex-post consiste en aquella información o hechos que permiten que una parte pueda imponer a la otra una modificación de contrato a través de la suscripción de unas cláusulas nuevas, después de concluido éste. El derecho tiene tres vías para evitar conductas oportunísticas: a) evitar que las partes dejen vacíos en los contratos que puedan dar lugar a estas conductas, b) en caso que las partes no hayan previsto los vacíos de regulación, que puedan dar lugar a una conducta oportunística, debe hacerlo el derecho y c) el ordenamiento jurídico debe crear los incentivos para que las partes al celebrar el contrato estén totalmente informadas. Este último aspecto lo abordaré más adelante. Pues bien, estos costes van envueltos en toda negociación. Este análisis nos permite comprender que la empresa posee algunas ventajas sobre el mercado. La empresa puede hacer frente, de una mejor forma que el productor individual a la incertidumbre o a la vinculación racional. Respecto a esta última problemática, una firma cuenta con el asesoramiento adecuado de los profesionales que tiene la propia empresa. A su vez, la empresa puede reducir la incertidumbre a través de contratos estándar, contratar seguros en mejores condiciones que un particular, etcétera. Todos estos costes de transacción se pueden apreciar perfectamente en las tratativas o negociaciones preliminares.

#### **4. Las externalidades y los contratos**

Las externalidades son los beneficios o perjuicios que afectan a las partes que concurren a la celebración del contrato o a los terceros, sin verse reflejados en los costes de negociación o el precio final. Además, dichas externalidades pueden ser positivas o negativas. Son positivas si crean un beneficio, y negativas si crean un perjuicio. De esta manera, si los costes no se internalizan, sufriendo las partes todo el beneficio y los terceros todo el perjuicio, estaremos frente a una externalidad negativa. A su vez, la externalidad será positiva si parte del beneficio lo obtienen los terceros, sin que las partes se vean compensadas por la creación de este beneficio. Las externalidades alteran el proceso de toma de decisiones, de tal forma que la decisión no será óptima llevando a cabo más producción que la deseada o viceversa. Así, podemos apreciar las externalidades negativas a través del típico caso del medio ambiente, si el precio de un producto refleja los daños medioambientales que éste produce, la asignación de re-



curso será óptima. Pero si sólo internaliza alguno de estos costes, se producirán una cantidad de recursos y una contaminación superiores a lo óptimo. Pero las externalidades también puede crearlas el ordenamiento jurídico, por ejemplo si una ley mercantil prohíbe las sociedades unipersonales, obligará a que los particulares inviertan recursos en crear una nueva figura o simplemente crearán un socio ficticio, poseedor de una minúscula parte del capital; en consecuencia, esta normativa sólo aumentará los costes de transacción, como asesoramiento adecuado, conflictos con el socio minoritario, etcétera.

## **5. Property rights**

No me refiero a estos derechos como derechos de propiedad, debido a que en la terminología inglesa el concepto de *property right* equivale más bien a derechos de actuación.

### **5.1 Generalidades**

Para que exista un objeto de derecho dentro de esta teoría, deben concurrir dos requisitos:

- a) Transmisibilidad.
- b) El goce del objeto debe ser exclusivo y excluyente.

La transmisibilidad del derecho puede ser afectada por dos factores:

i) Por una prohibición normativa que transforme el derecho en inalienable. Ello ocurre, por ejemplo, con los derechos éticamente intransferibles, como los trasplantes de órgano a título oneroso, la comercialización de droga, trata de blancas, etcétera.

ii) Por la imposibilidad de cobrar los costes del bien. Ello ocurre cuando los costos de transferencia son tan altos, que hacen imposible la transferencia del derecho, como por ejemplo el determinar los costes de usar un encendedor para prenderle un cigarro a una persona que no lo solicita.

Pero siguiendo a Demsetz, el derecho de propiedad consiste en dar carácter interno a los beneficios externos, siempre que los beneficios de este proceso sean superiores a su coste. De esta manera, si en un ordenamiento jurídico existe un derecho amplio a cazar sin límites, los costos del exterminio de los animales salvajes los sufrirían los cazadores futuros, y por ello los actuales cazadores no tienen incentivos a disminuir la caza. En cambio,

si se asignan los derechos de propiedad, de tal forma que su uso exclusivo sea posible, y, por ejemplo, se otorga el derecho de caza exclusivamente a los dueños de los predios, éstos tendrán interés en cercar sus terrenos para proteger su derecho sobre los animales salvajes. Además, los costos que generen los cazadores furtivos los sufrirán los propietarios de los predios, que tendrán el incentivo necesario para evitar esta situación. Por otro lado, dichos propietarios explotarán adecuadamente el recurso animales salvajes, ya que de lo contrario afectarán sus futuras rentas. Como se puede apreciar de este ejemplo, el derecho de propiedad es una forma de internalizar costes externos, que influyen en la toma de decisiones —en el caso expuesto, los costos de externalizar la caza futura son internalizados y la oferta de animales y pieles salvaje baja.

## 5.2 Transferencia del derecho de propiedad

El ordenamiento jurídico tiene por objetivo lograr una distribución eficiente de los recursos a través de los derechos de actuación. Los derechos de actuación pueden verse afectados por los siguientes títulos:

- a) Derecho de propiedad.
- b) Reglas sobre responsabilidad.
- c) Reglas sobre inalienabilidad.

Esta clasificación fue realizada por Guido Calabresi y Douglas Melamed. El derecho de propiedad se define en sentido tradicional; o sea, como un *property right* específico. La diferencia entre las dos primeras reglas con relación al derecho protegido radica en que en virtud del derecho de propiedad se puede impedir que se enerve el derecho y se tiene acción para recuperar la cosa. En cambio en virtud de la regla de responsabilidad, el derecho puede verse afectado por un tercero y de ocurrir de esta forma, el titular sólo tiene acción de indemnización para compensar su pérdida. El ordenamiento jurídico puede amparar un derecho a través de cualquiera de estas tres formas. Pero la elección de cada una de ellas dependerá de la forma en que se internalicen los costes. A continuación, trataré de explicar la diferencia entre estas dos primeras reglas a través del siguiente ejemplo. Si un conductor atropella culposamente a un peatón, ¿cómo internalizar los costes de la imprudencia del conductor? La respuesta parece ser obvia, los costes se internalizarán a través de una regla de responsabilidad. Pero también se podrían internalizar estos costes a través de una regla de propiedad, otorgando al conductor un derecho de propiedad a no responder por su manejo imprudente, previo pago de una prima. Desde un punto de vista económico, se debe preferir en este caso una regla de responsabilidad sobre una de propiedad, ya que aquella permite internalizar todos los



costes del daño producido por el conductor, incentivándolo de esta forma a un nivel de cuidado superior que una regla sobre propiedad. Esta distinción entre reglas de propiedad y responsabilidad la utiliza constantemente el derecho, por ejemplo en algunas legislaciones, si se adquiere un bien mueble en una feria o lugar de venta al menudeo, al verdadero dueño sólo se le protege a través de una norma de responsabilidad. De esta forma, sólo tendrá derecho a la indemnización de perjuicios o previo al ejercicio de la acción reivindicatoria deberá abonar el precio al comprador. En cambio, en los casos de hurto sobre inmuebles, se protegerá al verdadero dueño a través de una regla de propiedad al concederle la acción reivindicatoria contra el usurpador, aunque haya adquirido de buena fe.

En virtud de la regla de inalienabilidad se impide el ejercicio de la facultad de transferir el derecho por algún motivo ético, como la prohibición de venta de órganos, de realizar actos mediante representación, etcétera.

### 5.3 Costes de transacción, publicidad y protección a terceros

Uno de los principios fundamentales, tanto del derecho de propiedad como del derecho en general, es la certeza. El derecho debe crear las suficientes garantías para que el comprador pueda estar seguro de adquirir el dominio del verdadero dueño. Sin embargo, el costo de esta información puede ser tan alto, que no compense el daño eventual del adquirente. Por ello, la certeza en la transferencia de títulos va desde la simple publicidad, transmisión del dominio, hasta el nacimiento de la posesión que da la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Estos sistemas dan lugar a registros especiales como los de bienes inmuebles, naves, derechos de autor, patentes, vehículos, etcétera. Todos aquellos bienes que tienen un valor que permita hacer frente a los costes de información generan estos registros especiales. Pero un alto coste de información aumentará los precios de transferencia, reduciendo la demanda del bien y aumentando el coste social. En consecuencia, el nivel óptimo de protección dependerá de los precios de transferencia y los costes de información. Y estas variables determinarán distintos sistemas de protección de la propiedad. Baird y Jackson destacan los siguientes sistemas de registros:

a) Sistema de aviso (*notice statute*): dicho sistema sólo exige que el adquirente no tenga noticia de la existencia del verdadero dueño.

b) Sistema de aviso y preferencia (*race-notice statute*): el adquirente que inscribe primero adquiere el dominio. Pero, además, el adquirente debe creer que adquiere del dueño y no tener noticias de la existencia del verdadero dueño.

c) Sistema de preferencia puro (*race statement*): se prefiere al primero que efectúe la inscripción.

Los dos primeros sistemas, en cuanto exigen que se crea adquirir del verdadero dueño, pueden ser objeto de las siguientes críticas:

i) Esta regulación exigirá que el impugnador deba probar que el adquirente sabía que no adquiría del verdadero dueño o que el adquirente deba probar que tenía antecedentes para creer que no adquiría del verdadero dueño. En ambos casos, los costes de transacción serán excesivamente altos.

ii) Se puede proteger de la usurpación del dominio de otra forma menos costosa. Se podría establecer un sistema de registro que exija una continuidad en la posesión o el dominio (la terminología jurídica cambia dependiendo de cada sistema legal). Así, el comprador deberá asumir los costes de asegurarse de adquirir del precedente adquirente.

Como señalé precedentemente, los casos de hurto de bienes muebles o usurpación de inmuebles pueden ser analizados aparte. Si un ladrón se apropia de un bien y lo vende, el ordenamiento jurídico debe decidir a quién protege, al adquirente o a la víctima. Ello ante la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del ladrón, ya sea porque no ha sido posible su captura o sea porque no tiene bienes con los que responder. Robert Cooter y Thomas Ulen nos plantean la solución de este problema aplicando el principio de hacer recaer los riesgos en la parte que pudo evitar el daño a más bajo coste. De esta forma, si los costes de verificar si el bien es robado por el adquirente son menores que los costes de evitar el robo por el dueño –si ello es posible–, el comprador debe asumir los riesgos y el ordenamiento jurídico deberá proteger a la víctima del robo. Entonces, no nacerá la posesión, ni el dominio de la adquisición, y el dueño tendrá acción contra el comprador para recuperar el bien. Si la relación es inversa, el derecho deberá optar por defender al adquirente.

Por último, la literatura sobre el análisis económico del derecho se ha preocupado de la posesión adversa (*adverse possession*), que es una figura semejante, en los ordenamientos inspirados en derecho continental, a nuestra usucapión. Pero que por razones de espacio no puedo extenderme en este tema.

#### **5.4 Derechos de contaminación transables y medio ambiente.**

En esta parte del artículo sólo trataré los derechos de contaminación transables, pero plantearé otras formas de abordar este problema.





#### 5.4.1 Dos formas de tratar el problema medioambiental como externalidad positiva y negativa.

Uno de los problemas más estudiados desde la perspectiva del análisis económico del derecho es el medio ambiente. Tradicionalmente este tópico sólo se trata respecto de las empresas contaminantes. Pero tal vez una parte importante de este problema se puede intentar solucionar mediante la creación de una "oferta y demanda de medio ambiente". En este sentido, creo que, si el medio ambiente es un bien escaso, la pregunta que debemos hacernos es: ¿Cómo transformar un medio ambiente puro en un bien económico? Y para ello no sólo es necesario que la cosa tenga un valor, sino que debe existir la posibilidad de transar y gozar exclusivamente de dicho bien. La razón de ello es que el medio ambiente produce externalidades positivas; de esta forma, si un propietario de una parte de la selva en Brasil no explota este recurso y lo protege, genera beneficios para todo el resto de la sociedad, que opera como un *free-riders*. Una forma de internalizar estos costes es transformando estos parajes en bienes turísticos, pero en muchos casos dicho destino termina igualmente por destruir este medio ambiente. Los costes que deben ser internalizados en la protección de estos bienes son dos:

- a) Los costes de mantener y cuidar estos bienes, y
- b) El coste de oportunidad de la mejor explotación alternativa.

Estos últimos costes pueden equivaler al pago de una suma de dinero igual al beneficio de explotar y destruir dicho recurso. Los primeros costes se pueden internalizar a través de la exigencia a los propietarios de estos predios del pago del valor de la destrucción del beneficio ambiental que dicho bien produce. Mientras el pago sea más alto, los incentivos para cuidar el bien serán mayores.

Pero este tratamiento del medio ambiente está bastante alejado del tratamiento tradicional, que intenta que los productores de la contaminación internalicen los costes que asume el resto de la sociedad, como efecto de dicha contaminación. Ello es consecuencia de tratar a la contaminación como una externalidad negativa.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de este análisis tradicional, la primera pregunta que debemos formularnos es si debemos considerar al medio ambiente como un bien en sí mismo –posición de la mayoría de los "medioambientalistas"– o sólo como una cosa destinada a prestar utilidad al hombre –o sea, recibe el tratamiento de un bien–. Esta discusión es previa y determina el campo de acción que seguirá el derecho. Así, se

debe determinar si el medio ambiente es una norma de primer orden en la terminología de Calabressi y Melamed. Si optamos por señalar que es una norma de segundo orden, debemos optar por algún método de internalizar los costes de contaminar, como los siguientes:

- a) Impuestos o multas.
- b) Subsidios a la utilización de tecnología no contaminante.
- c) Regla de responsabilidad objetiva.
- d) Regulación administrativa a través del establecimiento de niveles de contaminación.
- e) Compraventa de derechos para contaminar.

#### 5.4.2 Derecho a contaminar transable

Respecto a esta forma en que operarían estos derechos, puedo señalar lo siguiente:

a) La autoridad debe ser capaz de medir el nivel máximo de contaminación aceptable. El derecho a contaminar hasta ese nivel se puede dividir en una cantidad de unidades de derecho a contaminar que representen unos porcentajes del total de contaminación aceptables para la salud humana, y dichos derechos pueden licitarse al mejor postor.

b) La cuota asignada se podría transar en el mercado, que fijaría su precio de venta. De acuerdo a ello, las empresas más eficientes terminarían comprando más derechos que las menos eficientes. Esto se debe a que las empresas eficientes pagarán más por aumentar sus niveles de producción.

c) Además existiría un incentivo a reducir los niveles de contaminación, ya que ello permitiría aumentar la producción a un menor coste. Adquirido un derecho de contaminación equivalente, por ejemplo, al 2% del total de la contaminación permitida, si se utiliza una tecnología que ayude a contaminar menos, la empresa verá aumentar sus beneficios, como consecuencia de un aumento de la producción.

Pero este sistema de internalizar costes puede generar los siguientes inconvenientes:

i) No siempre se podrán medir los niveles de contaminación admisibles, ni fiscalizar el cumplimiento de las cuotas equivalente al derecho a contaminar que se posea.

ii) A pesar de que técnicamente lo anterior fuera posible, puede ser que ello sea tan costoso que lleve a soluciones ineficientes.



iii) Si este sistema no se aplica internacionalmente, sólo afectará la competitividad de las exportaciones. Además, a consecuencia de ello, los productores locales perderán cuotas de mercado frente a los importadores que no internalicen los referidos costes.

## **6. Los riesgos y los contratos**

Para estudiar los riesgos dentro de la toma de decisiones que afectan a los contratos debemos hacer referencia a los contratos perfectos. Un contrato es perfecto si prevé todos los posibles riesgos de incumplimiento que pueden afectarlo. Por ello, un contrato perfecto no requiere de normas supletorias. Pero prever situaciones y asegurar responsabilidades –a través de garantías personales o reales– puede generar menos beneficios que los que se obtienen no teniendo toda la información o no previendo todos los riesgos. Esto se debe a que la información sólo será beneficiosa hasta el nivel que el coste marginal de producirla sea igual al beneficio marginal que de ella se obtiene.

El riesgo que las partes asumen en el contrato se ve reflejado en las obligaciones que asumen. En la compraventa afectan principalmente al precio; así, por ejemplo, si una persona adquiere un reloj en la calle, ante la inseguridad del origen del producto y la falta de garantía, estará dispuesta a pagar un precio que refleje estos riesgos, o si una constructora adquiere un terreno que va a ser objeto de una recalificación de suelo, reflejará dicha inseguridad en el precio de compra. Pero tanto el precio como los riesgos que esté dispuesto a adquirir una parte del contrato, dependerán de la propensión al riesgo que tenga cada contratante.

### **6.1 Clasificación del riesgo en cuanto a la propensión a éste que presenten las partes**

En cuanto a la propensión al riesgo, las partes que negocian un contrato pueden ser propensas, neutrales o adversas al riesgo. Estas características serán esenciales para negociar un contrato. Las personas que se inclinan al riesgo son aquellas que sienten una inclinación al riesgo y no se representan que el siniestro o riesgo puede ocurrir, de esta forma se comportan los apostadores. En cambio, las personas neutrales al riesgo son aquellas que no se inclinan, ni sienten aversión al riesgo, sino que creen que el riesgo tiene posibilidades de acaecer. Por último, las personas adversas al riesgo son aquellas personas que no están dispuestas a asumir ningún riesgo o sólo un riesgo improbable.

La utilidad de esta clasificación se obtiene gracias a la previsibilidad del daño. Si una parte es propensa al riesgo, sólo estará dispuesta a pagar una prima de seguro inferior al valor previsto del daño, ya que su probabilidad de daño será inferior al que calcule la otra parte, que no es propensa al riesgo. A su vez, la parte que sea neutral al riesgo sólo estará dispuesta a pagar para no asumir el riesgo el valor previsto del daño. Por último, la parte que sea adversa al riesgo estará dispuesta a pagar un sobreprecio con relación a la probabilidad que el riesgo ocurra, por no asumirlo.

## 6.2 Diferentes formas de localizar los riesgos

La localización óptima del riesgo es la que efectúan las partes libremente. Pero si los contratantes no regulan esta materia, supletoriamente lo hará el ordenamiento jurídico.

El primer criterio para ello es hacer recaer los riesgos en aquella parte que de forma menos costosa pudo evitar el perjuicio. Schafer y Ott desarrollan el siguiente ejemplo, un fabricante de bloques de acero produce un 5% de dichos bloques de forma defectuosa. Además, tanto el fabricante como el comprador pueden evitar el daño o descubrir el fallo a través de la adquisición de máquinas con rayos infrarrojos. Si los contratantes no logran ponerse de acuerdo –generalmente debido a los altos costes de transacción–, el comprador asumirá dichos costes, pero sólo si los costes de evitar el daño son menores que el perjuicio previsto. En este caso, los daños previstos son la posibilidad de adquirir bloques defectuosos, que es un 5% más la mano de obra desperdiciada en trabajar en dicho bloque. Pero Schafer y Ott nos hacen ver que a pesar que el comprador puede obtener una ventaja al evitar el daño, el beneficio social es mayor si el fabricante asume estos costes. Ello se debe a que si ello ocurre, los costes del ahorro en mano de obra por parte del fabricante no serán considerados y dado los costes de escala, la inversión del fabricante en la máquina de rayos infrarrojos será más productiva o –explicado de otra forma– el beneficio social será superior si el fabricante adquiere uno de estos equipos, en lugar de que todos los compradores de las barras de metal deban adquirir una de estas máquinas. Además, el fabricante es la parte que está en mejores condiciones para asegurarse del siniestro –el mejor *cheapest insurer*–. En virtud de este segundo criterio, la parte que está en posición de pagar las primas más bajas deberá ser el responsable. De esta forma, generalmente el comerciante o el fabricante, por la ley de los grandes números, será neutral al riesgo y el comprador será adverso al riesgo.



## **PARTE SEGUNDA: Parte general de los contratos**

### **1. Aspectos generales**

En esta sección me referiré a una serie de aspectos puntuales que se presentan en la responsabilidad civil y en especial en el derecho de los contratos.

Lamentablemente, no me es posible referirme con profundidad a una serie de materias, como a la teoría del proceso de negociación, el caso fortuito o fuerza mayor, los efectos de los contratos, su cumplimiento y su extensión dentro del análisis económico del derecho. Pero creo tratar una serie de aspectos teóricos y prácticos que demuestran el largo camino recorrido por el análisis económico del derecho.

### **2. Vicios del consentimiento. Error y fuerza**

Tanto los vicios del consentimiento como la incapacidad civil han sido ampliamente estudiados por el análisis económico. A continuación sólo haré un breve esbozo de los principales tópicos de esta materia.

El análisis económico clasifica al error como unilateral, si lo sufre una sola parte, o bilateral, si lo sufren ambas. El error bilateral no presenta inconvenientes, ya que se acepta como un vicio del consentimiento. Pero el error unilateral es más complejo.

El error está íntimamente vinculado con la información, ya que la información es directamente proporcional a este vicio del consentimiento. A mayor información, obviamente existe una menor posibilidad que se produzca el error. Así, nos podemos preguntar, si un contratante tiene una información de la que la otra parte carece, y que con seguridad si la tuviera no contrataría o lo haría en condiciones substancialmente diferentes, en este caso ¿estamos frente a un vicio del consentimiento, a título de error o dolo? Creo que la respuesta a esta interrogante la podemos plantear de mejor forma a través del siguiente ejemplo: ¿qué ocurre si una empresa petrolera, después de seis meses de investigación, descubre petróleo en unas tierras agrícolas y luego contrata a un corredor para que adquiera estas propiedades al precio que tienen como tierras de cultivo, para de esta forma evitar pagar por dichas propiedades un precio exorbitante? En este caso ¿cuál es la solución eficiente? Cooter y Ulen distinguen entre dos formas de información diferentes, la información productiva y la redistributiva. La información productiva es aquella que genera riqueza, y la re-

distributiva es aquella que sólo distribuye la riqueza ya existente. Además, la información productiva siempre requerirá inversión de parte del que la crea. Entonces, ¿cómo podría ayudarnos esta clasificación para solucionar el caso planteado precedentemente? Si la información productiva es merecedora de tutela judicial, entonces debemos permitir que la empresa petrolera mantenga en secreto la información y pueda obtener beneficio de ella. Así, de acuerdo a un análisis ex-ante, se crearán los incentivos para que se descubran nuevos pozos de petróleo. En cambio, si la información es redistributiva, no produce riqueza, entonces debe ser obligatorio revelarla. De esta manera, si uno de los futuros socios de una sociedad tiene informes comerciales negativos, que en el futuro afectarán el financiamiento de la empresa, y los otros socios ignoran esta información, entonces debe otorgarse la acción a éstos para anular el contrato. Así se crearán los incentivos para revelar esta clase de información, que sólo distribuye los recursos desde los socios que tienen buenos antecedentes a los que no lo tienen.

Respecto de la fuerza, no existe contrato, por lo que no existe diferencia entre el análisis económico y el tradicional. Pero desde el primer punto de vista, se pueden agregar los siguientes argumentos que apoyan dicha posición:

a) Las consecuencias de un acto que adolece de fuerza son producir una redistribución desde la víctima al victimario. Pero esta redistribución no es eficiente y disminuye el bienestar social.

b) Además de aceptarse la validez de estos actos sólo se aumentarían los costes de transacción, ya que obligaría a toda la sociedad a tomar medidas de protección excesivas.

### **3. Cláusulas generales de garantía**

Desde hace bastante tiempo el tema de la responsabilidad de los fabricantes preocupa al derecho y la economía. El análisis económico del derecho ha querido aplicar una teoría que explique la necesidad de regular esta materia y la forma de hacerlo. Para ello, se han formulado un gran número de teorías, pero nosotros sólo nos preocuparemos de las que estimamos como principales:

#### **3.1 Teoría de la explotación o de los contratos de adhesión**

Friedrich Kessler desarrolló esta teoría a través de la teoría de los contratos de adhesión. Conforme a Kessler, el vendedor en un contrato de adhesión

es la parte dominante, ya que puede imponer las condiciones del contrato al comprador, y éste sólo podrá aceptar o repudiar. Es así como en los contratos de adhesión no existe libertad contractual. De esta forma, los productores tenderán a establecer causales de exención total de responsabilidad en los contratos y los compradores, al ser la parte débil de la relación jurídica, se verán obligados a aceptar. En palabras de Dean Prosser, sin la intervención judicial o legal, las garantías sobre las cualidades de los productos fabricados equivaldrán a un pesado yunque. En virtud de ello, esta teoría señala que el legislador o el juez debe regular las garantías en forma directa y no supletoria para restablecer el equilibrio que no existe entre las partes.

A pesar de que esta teoría, en su tiempo, tuvo mucha importancia, en la actualidad ha sido desplazada por otras más completas. Las principales críticas que se efectúan a esta teoría son las siguientes:

a) No parece razonable que en los contratos de adhesión exista un monopolio del fabricante o comerciante, como parte dominante; ya que si bien los compradores sólo pueden aceptar o repudiar, los productores o vendedores deben competir entre sí. De esta manera, si existe competencia, los vendedores competirán en el contenido de sus contratos estándar, y los compradores elegirán las cláusulas que sean convenientes a sus intereses.

b) La estandarización de los contratos a través de los contratos de adhesión reduce los costes de negociación logrando importantes rebajas en los precios. En consecuencia, lejos de atentar contra la competencia o el consumidor, estos contratos tienden a beneficiarlo.

### 3.2 Teoría de las señales (*signal theory*)

De acuerdo a esta teoría, existen tres clases de productos:

a) Productos cuyas cualidades se aprecian sólo con la observación (*search goods*). Respecto de estos productos, los compradores pueden observar sus cualidades al momento de la compra.

b) Productos cuyas cualidades sólo pueden ser observadas por la experiencia (*experience goods*). Los compradores sólo pueden apreciar las cualidades del producto, después de haberlo comprado, como ocurre con los productos que se encuentran en paquetes.

c) Productos respecto de los cuales no es posible apreciar sus cualidades, sino transcurrido un tiempo después de la compra (*credence goods*). Estos son generalmente productos eléctricos, maquinarias, etcétera.

La importancia de esta distinción es poder determinar qué productos no requieren que el consumidor esté informado de sus cualidades, y por ello las garantías no necesitan ser reguladas por el derecho. En este sentido, el mercado no informa de las cualidades de los siguientes productos:

- 1) Los productos cuyas cualidades sólo pueden ser observadas por la experiencia y cuya adquisición no se efectúa frecuentemente. Respecto de los bienes de esta clase, que se adquieren frecuentemente, los productores tendrán los suficientes incentivos para que sus clientes no se vean decepcionados, ya que de lo contrario no realizarán una segunda compra.
- 2) Productos respecto de los cuales no es posible apreciar sus cualidades, sino transcurrido un tiempo después de la compra. Respecto de estos bienes, el productor puede tener incentivos a vender bienes de baja calidad y después de recuperar su inversión y obtener beneficios, retirarse del mercado.

Estos mercados se transforman en "*market for lemons*", ya que como los compradores no pueden observar las cualidades de los productos, sólo se compite, entre los productores, en precios. Entonces, los productores que vendan más barato, pero a menor calidad, tendrán mayores beneficios y cuotas de mercado más grandes. Por ello, es necesario regular, debido a que en este caso estamos frente a una falla del mercado.

Pero la teoría en estudio nos señala que los productores que tienen una calidad mejor que su competencia, en estos mercados, emitirán señales que permitan que los consumidores tomen conocimiento de la calidad de sus productos. Por ejemplo, estos productores emitirán una gran publicidad que les permita ubicarse entre los productos de mayor calidad. Sin embargo, el problema al que se enfrentarán será al de la credibilidad, y en caso de no superar este problema, nos encontraremos frente a un nuevo "mercado de limones".

### 3.3 Teoría de la inversión

Esta teoría fue planteada por George Priest en 1981. En virtud de ella, el productor efectuará una inversión en el producto, como en la calidad de éste, que recuperará en el precio. Pero las partes podrán acordar cuál de ellas asume la responsabilidad por los daños de acuerdo a su propensión al riesgo y a los costes de evitar fallas por la calidad del producto o mal uso. En palabras de Priest: "...nosotros tendremos una expectativa de asegurar las cualidades de un producto sólo en el caso que la expectativa de pérdida y los costes del seguro en el mercado sean menores que la suma de las pérdidas previstas y los costes de transacción de asegurarse el propio com-



prador". Además, la estandarización de los contratos indudablemente reduce su costo.

Lamentablemente, no me es posible ahondar en esta teoría, pero de acuerdo a un análisis ex-ante, podemos apreciar que se deben crear las condiciones para que el productor pueda diferenciar su producto entre los consumidores. Así el fabricante podrá ofrecer una garantía o relación calidad-precio, acorde con lo que desea el cliente y evitará que clientes cuidadosos puedan subsidiar a clientes poco cuidadosos o que usen intensivamente el producto. Así, nos podemos explicar que la garantía que ofrece un fabricante de lavadoras a una lavandería no sea la misma que ofrece a una dueña de casa o a una persona soltera.

En consecuencia, podemos apreciar cómo el criterio de la actual normativa de consumo de señalar un plazo general de garantía de "x" años para todos los productos es errado y no puede ser el mismo para todos ellos, ya que los plazos serán diferenciados de acuerdo al rango de garantía que esté dispuesto a pagar el cliente. Por ello, será esencial para la empresa el adoptar criterios que permitan hacer esta diferenciación de clientes, como el criterio de intensidad en el uso, ofrecer productos de distinta relación calidad-precio, etcétera. En el ejemplo planteado la diferenciación calidad-precio se puede hacer mediante el tamaño de las lavadoras. A mayor tamaño, el productor se estará dirigiendo a un cliente de más alto riesgo, igual cosa ocurre por ejemplo respecto de los vehículos deportivos, a mayor velocidad mayor riesgo. Pero para que esta solución sea aplicable, el productor ha de ser capaz de segregar el mercado, conforme al nivel de riesgo que desean asumir los contratantes y de esta forma evitar el mal uso de los productos.

### **3.4 Algunas conclusiones**

Creo que la última de estas teorías puede ser un importante medio para entender cómo debería ser el mercado de las garantías. Dicha teoría evita el riesgo moral y la selección adversa. Esto es relevante, ya que su aplicación asigna eficientemente los riesgos de fallos en los productos, disminuyendo sus costes y por ello el precio; o sea, en definitiva beneficia a todos los consumidores.

Esta teoría propugna el permitir a los productores poder discriminar entre las diferentes clases de consumidores con relación a su propensión al riesgo, uso de los productos y posibilidad de evitar sus fallos. Para ello bastaría que se pudieran vender dos clases de productos, unos sin garantía o con períodos de garantía muy cortos, pero a precios bajos, y los otros con

períodos de garantía extensos, pero a mayor precio. Sin embargo, esta teoría puede llevar a la existencia de un “mercado de limones”, ya que los consumidores pueden fijarse sólo en el precio, puesto que la calidad en algunos productos no es observable. Además, los productores pueden subir los precios de los productos que ofrecen una mejor calidad, ya que las personas que adquieren estos productos serán en su mayoría personas adversas al riesgo. Y por ello, están dispuestos a pagar un precio mayor a la probabilidad que el daño ocurra.

Pero creo que lo importante de esta teoría es echar por tierra el razonamiento anterior –sobre todo de la teoría de la explotación–. Además de tener importancia al poner en tela de juicio el establecimiento de períodos generales de garantía. Creo que deben estudiarse estos períodos de acuerdo a los gastos de inversión que éstos generan. Para terminar, se debe tomar en consideración qué parte puede reducir las probabilidades de fallo al menor coste. O sea, en definitiva dichos períodos no pueden ser generales. Tal vez la solución es que se fije un período general y que los tribunales o el ente administrativo competente señale los diferentes períodos de acuerdo a las distintas variables que presente cada producto.

#### **4. Los sistemas de responsabilidad**

El análisis económico de los sistemas de responsabilidad ha sido muy estudiado en la responsabilidad por accidentes de vehículos, responsabilidad objetiva y responsabilidad extracontractual. Pero muchas de las consideraciones efectuadas por el análisis económico del derecho, respecto de la responsabilidad objetiva, son aplicables en materia contractual. Ello se debe a que la responsabilidad contractual opera de forma muy similar a la responsabilidad objetiva, ya que el incumplimiento de una obligación contractual se presume culpable.

##### **4.1 La causación en la responsabilidad civil**

Es la relación de causa efecto que exige la indemnización de perjuicio entre el hecho ilícito, culposo o doloso, y el daño. La causación reviste una mayor importancia en el análisis de la responsabilidad extracontractual y específicamente en los accidentes de vehículos. Ello se debe a que en un análisis económico de esta responsabilidad inciden:

a) El nivel de actividad que se realice; respecto de los vehículos, es el número de horas que se manejan al día. A mayor número de horas, mayor probabilidad de tener un accidente.



b) El nivel de cuidado que se desempeñe en la realización de una actividad. Respecto de los vehículos, será relevante el cuidado que tiene el conductor.

Pues bien, si el victimario responde de todos los daños que se producen, tendrá un incentivo óptimo para ejercer un nivel óptimo de actividad y de cuidado. En cambio, si logra exonerarse de responsabilidad, entonces sus niveles de actividad y cuidado no serán óptimos. Pero justamente una de las formas de exonerarse es la falta de causalidad, tanto respecto de la responsabilidad objetiva como subjetiva.

En cuanto al caso fortuito o la fuerza mayor, la naturaleza recíproca del asunto debe hacernos analizar en qué parte se deben hacer recaer los riesgos.

#### **4.2 Teoría del incumplimiento eficiente del contrato**

Uno de los aportes más importantes del análisis económico del derecho es el estudio de la no ejecución del contrato. En algunos casos, la no ejecución de un contrato no sólo debe ser posible, sino también eficiente. Esta materia se trata dentro del cumplimiento forzado de la obligación, pero lo que realmente se trata de conseguir es restringir los derechos del acreedor contra el deudor a una indemnización de perjuicios evitando el cumplimiento forzado, en virtud del principio de la eficiencia. El incumplimiento eficiente de un contrato se produce cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costes del incumplimiento, es mayor que los beneficios de cumplir el contrato. Si ello es de esta forma, el deudor puede compensar al acreedor con una suma igual a lo que hubiese reportado el cumplimiento y aun así la parte que incumple obtendría beneficios. El factor determinante de los costes del incumplimiento es los recursos que invirtieron las partes en el cumplimiento del contrato, como por ejemplo la confianza. A mayor confianza, menos garantías reales y personales que aseguren el cumplimiento del contrato; y por ello, menores son los costes de no cumplirlo. Trataré de explicar lo anterior mediante un ejemplo. Si una parte vende un bien a un precio "x" y posteriormente otro comprador le ofrece " $x + 10$ ", entonces un incumplimiento eficiente se producirá si los costes de incumplir son inferiores a 10. Ello se produciría si en el primer contrato se hubiere pactado una cláusula penal por el simple retardo inferior a 10. Si ello es de este modo, el vendedor podría no cumplir el primer contrato, recibiendo "x" como pago y compensando de los 10 a su acreedor. Esto aumentaría la riqueza de todas las partes involucradas, tanto del primitivo comprador y del primitivo vendedor, como del nuevo comprador.

### **PARTE TERCERA: Conclusiones finales**

Uno de los objetivos de este trabajo es el tratar de desarrollar abreviadamente algunos aportes del análisis económico del derecho a las ciencias jurídicas. Tarea nada fácil, ya que los avances del análisis económico del derecho son muchos y abarcan casi todos los campos que estaban reservados al derecho "tradicional".

Sin embargo, el principal objetivo de este artículo es mucho más ambicioso y no es otro que propugnar el análisis económico del derecho dentro de los mecanismos jurídicos del Mercosur. Los aportes de esta teoría no se limitan al campo contractual, como se puede apreciar de este trabajo, sino que se extienden a todo el derecho. Dentro del Mercosur, el análisis económico del derecho puede ser aplicado en las siguientes materias:

- a) Derecho de la competencia,
- b) Derecho del consumo y
- c) Derecho privado en general y en especial en los contratos.

Nada impide que estos estudios se extiendan al derecho penal, constitucional, del medio ambiente, etcétera. Pero su principal aporte a nuestros países puede ser como una eficiente herramienta para la toma de decisiones que favorezcan a la sociedad en general, y sobre todo para adelantarnos a nuestro tiempo y tener la estabilidad económica adecuada a los últimos años de tímida recuperación económica. Específicamente, el análisis económico del derecho se puede aplicar por los siguientes organismos: Consejo del Mercado Común, Grupo del Mercado Común y concretamente por la Comisión Parlamentaria Conjunta –al aplicarse como un mecanismo apto para armonizar las leyes de los Estados Miembros, que es el objetivo de la Comisión.

En el futuro, tal vez el nacimiento de unos Tribunales Comunitarios con facultad sobre los países miembros del Mercosur, que aplique estos conceptos, puede ser uno de los motores principales para el desarrollo de nuestro continente americano.



## **Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° C.O.T.)**

**Héctor Oberg Yáñez**

Profesor de Derecho Procesal

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCION**

Nos ha parecido extraño, por decirlo de algún modo, el silencio que han guardado los jerarcas de los diferentes credos religiosos –cualquiera denominación o naturaleza que ellos tengan– frente a una –aparentemente– anodina reforma que sufrió un artículo del Código Orgánico de Tribunales, para ser más preciso, el art. 5° inc. 1°, y que puede afectar o menoscabar sus intereses espirituales.

No se trata de revivir antiguas controversias religiosas, sino simplemente poner de manifiesto problemas que pueden suscitarse desde ya en el seno de una religión dada y referido a un aspecto de la misma o a la actividad espiritual de sus miembros, y que tendrán que ser conocidos por los tribunales ordinarios de justicia, produciendo así la clásica colisión entre lo espiritual y lo secular o temporal.

¿Cuál es el problema?

Para entender este problema en nuestro país hay que remontarse al siglo XIX, a su último tercio, y examinar la legislación procesal orgánica que regía en aquel momento la organización del Poder Judicial, problema que afectaba esencialmente a la Iglesia Católica, pues la Constitución Política de 1833 prescribía en su art. 5° “La religión de la República de Chile es la católica, apostólica, romana; con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”. De esta forma toda nuestra legislación en aquel entonces estaba inspirada e impregnada en esa orientación religiosa. En lo que atañe a la nuestra, no constituía una excepción, toda vez que las leyes procesales vigentes eran las españolas y algunas nacionales, y que se refundieron y materializaron en la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, cuyo art. 5° inc. 1° disponía: “A los

tribunales que establece la presente ley estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan..."; y agregando el inc. 2° que "corresponde también a los tribunales que esta ley establece, el conocimiento de las causas que versen sobre validez o nulidad de un matrimonio no católico o sobre divorcio temporal o perpetuo entre cónyuges casados conforme a ritos no católicos". Y terminaba esta norma con un reconocimiento explícito de la jurisdicción canónica, ya que disponía: "Las penas que la autoridad eclesiástica imponga en virtud de su jurisdicción espiritual no se entenderá que dejan de ser espirituales porque produzcan efectos temporales, como por ejemplo, la suspensión o privación de un beneficio eclesiástico, o de sus frutos".

Y un punto interesante de esta Ley, que se hizo sobre la base del proyecto original de Don Francisco Vargas Fontecilla, era el contenido en el art. 5° numerando 5° de él, que marginaba de su aplicación a "las causas meramente espirituales, esto es, las que versen sobre las cosas que son materia exclusiva de las leyes de la Iglesia Católica i que se hallan fuera del alcance de las leyes civiles, de las cuales conocerán también los mismos tribunales".

En definitiva la larga discusión que se promovió a raíz de esta disposición puede sintetizarse en las principales ideas que habían triunfado en la Comisión Revisora y en la Cámara de Diputados, que son: "1° la abolición del fuero eclesiástico...; y 2° que la autoridad eclesiástica no puede imponer sino penas espirituales...". Se consumaba así la abolición del fuero eclesiástico. Quedó, asimismo, constancia de que las causas espirituales y sobre delitos eclesiásticos no pueden considerarse comprendidas en la definición de causas civiles y criminales.

Con todo, este criterio ha variado con la dictación y vigencia de la Ley N° 19.665, de 9 de marzo de 2000, al modificar el texto del art. 5° del C.O.T., eliminando la frase "en el orden temporal", que invariablemente se había mantenido desde octubre de 1875, y que incluso había perdurado a la fusión de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y todas las leyes que la habían modificado o complementado, dando nacimiento al actual Código Orgánico de Tribunales en junio de 1943.

La Ley 19.655 contiene en su art. 11 las modificaciones al Código Orgánico de Tribunales, siendo la primera de ellas la relativa a la eliminación de la expresión "en el orden temporal", contemplada en el art. 5° inciso primero de este cuerpo legal.



Llama la atención que tal modificación sólo fue introducida por el Senado durante la tramitación de la ley, ya que ni en el mensaje del Presidente de la República con el cual se inició la tramitación del proyecto de ley, ni en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se contiene norma alguna en relación con esta modificación. De esto concluimos que la idea se gestó en el Senado, pero la duda surge en cuanto a determinar cuál fue su intención al eliminar esa expresión.

El art. 5° en su redacción antigua señalaba que: "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República...", y conforme a la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición, se entendía que los asuntos de orden espiritual quedaban totalmente fuera de la jurisdicción de los tribunales de justicia. Hoy esta situación no es tan clara, y podría dar lugar a que se plantearan asuntos de orden espiritual ante nuestros tribunales sin que ellos pudieran excusarse de conocer aquellas materias, aplicando el principio de la inexcusabilidad, toda vez a que no hay norma que excluya tales asuntos de su conocimiento.

En relación con el tenor original del art. 5° inciso 1°, Carlos Anabalón S. señala que "la jurisdicción ordinaria que incumbe a los tribunales de justicia se extiende al conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de una Nación... aparece empleada la palabra temporal como contrapuesta a la palabra espiritual, y es fácil explicar la adopción de ella por el legislador con sólo recordar que antes de la vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales los clérigos y otras personas eclesiásticas gozaban de fuero para ser juzgados por tribunales especiales. Suprimido el fuero eclesiástico, con expresa aquiescencia de la Santa Sede,<sup>1</sup> en las causas meramente temporales, tanto civiles como criminales, la autoridad de la Iglesia sólo pudo extenderse en lo relacionado con las cuestiones espirituales, o sea, la jurisdicción espiritual, según se deduce claramente del final de la disposición legal citada".<sup>2</sup> Este antecedente nos señala cuál fue

<sup>1</sup> La Santa Sede dio su consentimiento a tal modificación a través de un memorándum del tenor siguiente: "En atención a lo expuesto por el Ministro de Chile a nombre de su Gobierno, la Santa Sede no se opone a que quede abolido en la República de Chile el fuero privilegiado de los clérigos, o sea, el fuero eclesiástico, en las causas meramente temporales, tanto civiles como criminales, con tal que se suprima el recurso de fuerza, y que en las sentencias capitales contra clérigos se pase una copia autorizada de dichas sentencias a la respectiva curia eclesiástica, para los efectos de la degradación canónica. Roma, julio 3 de 1873. G. Card. Antonelli. Es copia conforme del original, queda archivado en esta Legación. París, julio 11 de 1873. A. Blest Gana" (*Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile y Comentario*, Carlos Risopatrón Imprenta Barcelona, Santiago, 1900, pág.18).

<sup>2</sup> *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno* (Código Orgánico de Tribunales), Carlos Anabalón Sanderson, tomo 1°, volumen I, segunda edición, Ediciones Seminario, Santiago de Chile, 1970, pág. 30.

el motivo histórico de la inclusión de esa frase hoy eliminada: separar la jurisdicción temporal de la espiritual para evitar cualquier conflicto, y es justamente por eso que podría ponerse en duda la efectividad de la reforma, pues fácilmente se prestará para confusiones y conflictos que hasta ahora no se han producido.

En el mensaje con que fue enviado al Congreso Nacional el proyecto de esta ley orgánica de tribunales ya se hacía alusión a la importancia del tema de la jurisdicción espiritual frente a conflictos; pero al mismo tiempo reconociendo la superioridad de los tribunales creados por la ley aludida. Es así como señala claramente que "...se declara que a los tribunales que el proyecto establece queda sujeto el conocimiento de todos los negocios judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan. Regla tan general y absoluta no podía, sin embargo, establecerse sin admitir numerosas excepciones, basadas... en la naturaleza espiritual de negocios que no caen bajo la jurisdicción de la potestad civil... A los tribunales ordinarios corresponderá el conocimiento de los juicios que conciernen al fuero personal de los militares y de las personas eclesiásticas. Para facilitar esta última innovación, sin lastimar ni las conciencias más susceptibles, juzgué conveniente obtener el previo acuerdo de la Santa Sede".<sup>3</sup>

Durante la discusión del art. 5º, uno de los temas más controvertidos fue justamente éste, ya que además del mencionado fuero eclesiástico, existía el recurso de fuerza que permitía a la autoridad temporal revisar las decisiones de los tribunales eclesiásticos y también estaba el problema latente de los matrimonios, católicos y no católicos, y sus efectos. Para la discusión de esta norma se usó un artículo propuesto por don Antonio Varas en la Sesión II, de 29 de julio de 1870, que en sus cuatro primeros incisos definía lo que debía entenderse por causas civiles y criminales y en los incisos siguientes enumeraba las causas de esta especie (es decir, civiles y criminales) que quedaban entregadas a tribunales especiales, sin hacer alusión alguna al tema que nos interesa. Sin embargo, en la Sesión XII, de 4 de octubre de 1870, el Sr. Vargas Fontecilla presentó la siguiente proposición con el objeto de incorporar las excepciones relativas al fuero de las cosas eclesiásticas que no habían sido consideradas en las sesiones anteriores: "las causas por delitos meramente eclesiásticos, o que consistan en la infracción de la disciplina de la Iglesia Católica, o de las leyes canónicas, y que sean castigados con penas exclusivamente espirituales, de las cuales conocerán los Tribunales Eclesiásticos". El Sr. Campillo no estuvo de acuerdo con tal indicación, pues para él no era lógico incorporar esta materia

<sup>3</sup> *Derecho Procesal Civil Chileno: La Jurisdicción*, José Quezada Meléndez, primera edición, Ediar Editores Limitada, págs. 230 y 231.





como una excepción a las causas civiles y criminales de las que debían conocer los tribunales ordinarios, ya que tales causas no encuadraban en el concepto de causas civiles o criminales y que por ende la Iglesia tenía derecho a conocer de esas causas a pesar del silencio de la ley. A su vez el Sr. Vargas Fontecilla respondió sosteniendo la necesidad de señalar los límites de la jurisdicción que la autoridad reconoce en la Iglesia, agregando que establecida la existencia oficial de los Tribunales Eclesiásticos, el silencio acerca de su esfera de acción implicaría un grave vacío en la ley, pudiendo muchos creer que se les dejaba en el estado actual y otros sostener que no se reconocía para nada su jurisdicción.

Posteriormente el Sr. Ugarte propuso una nueva indicación: "Las causas sobre materias espirituales y eclesiásticas, de las cuales conocerán las autoridades que el Derecho Canónico establece".

Se votaron las indicaciones y resultó empate, por lo que el Sr. Lira presentó una nueva indicación: "Las causas sobre materias espirituales y eclesiásticas de las cuales conocerán las autoridades que el Derecho Canónico establece. Los efectos civiles de las sentencias que en estas causas se pronunciaran, se arreglarán a lo dispuesto por las leyes civiles".

Fue finalmente ésta la proposición que se aprobó en esa sesión.

Durante las siguientes sesiones en que se discutió esta materia se presentaron otras posturas tan distintas como fuertemente defendidas por sus impulsores, lo que trajo como lógica consecuencia que este tema se discutiera largamente. Así, por ejemplo, el Sr. Lira en un principio estuvo en contra de la abolición del fuero eclesiástico, aun cuando la Santa Sede ya había prestado su consentimiento. El Sr. Huneeus señaló que este fuero era totalmente inconstitucional, pues atentaba contra la igualdad de las personas ante la ley, consagrada en la Constitución de 1833; el Sr. Reyes, apoyando la idea del silencio de la ley, señalaba que, no pudiendo quitarse a la Iglesia su derecho para conocer de los delitos meramente eclesiásticos o espirituales e imponerles penas puramente espirituales y que no tuvieran nada de temporal, era inútil reconocérsela, porque ni la negativa de la ley podía disminuirla, ni su reconocimiento aumentársela.

Estos son algunos ejemplos de las infinitas discusiones que se dieron tanto en la Comisión Revisora, como en la Cámara de Diputados y en el Senado, siendo aprobado finalmente en la forma más arriba expuesta y donde se mantuvieron fundamentalmente dos ideas básicas: 1° La abolición del fuero eclesiástico, quedando reducida la jurisdicción de los tribunales ecle-

siásticos en materia civil al conocimiento de las causas sobre validez o nulidad o divorcio de matrimonios celebrados conforme al rito católico, y 2° Que la autoridad eclesiástica no puede imponer sino penas espirituales, sin que dejen de ser tales las que produzcan algunos efectos temporales. Se eliminó también el recurso de fuerza.

A pesar de todo lo dicho y de la ardua tarea que realizaron los legisladores de la época, el mencionado art. 5° fue objeto de nuevas modificaciones, porque posteriormente se suprimieron, entre otros, los tribunales eclesiásticos y se dictó la ley de matrimonio civil, la cual en sus arts. 2° y 3° entrega a la jurisdicción civil todos los asuntos que puedan suscitarse en relación a los matrimonios a que ella se refiere y también a los celebrados con anterioridad a su vigencia.<sup>4-5</sup>

Ahora bien, para aclarar aun más nuestra situación, es absolutamente necesario consultar la historia de la Ley 19.665, como elemento de interpretación de la norma. Esta, como ya lo dijimos, es una reforma incorporada en el Senado y más específicamente por el senador señor Viera-Gallo, quien dio como justificación que esa expresión, en su momento, "se explicó en un contexto histórico, pero que, en la actualidad, la diferenciación entre el orden temporal y el espiritual para los efectos de determinar la competencia de los tribunales no aporta mayor utilidad". Si bien tal explicación no es del todo clara, ya que en vez de decir que "no aporta mayor utilidad"<sup>6</sup> podría haber usado la expresión "está superada", debemos entender que la expresión "en el orden temporal" fue eliminada porque la diferenciación entre la jurisdicción temporal y espiritual es clara y obedece a normas más trascendentes que esa simple expresión. Sin embargo ésta interpretación podría no ser tan clara en todos los casos, aun cuando pudiere parecer la más adecuada al momento histórico en que se vive, y quizás a la voluntad presunta del legislador, en cuanto pretendió modernizar el Código Orgánico de Tribunales en esta materia. Criterio que no compartimos, pues creará más problemas que ayudar a solucionar los ya existentes.

No podemos dejar de mencionar aquí la posición que tiene la Iglesia a este respecto, en el sentido que entiende que existen dos jurisdicciones "la seglar, que pertenece al orden civil y es propia del rey y de los magistrados seculares, y la eclesiástica, que concierne a las cosas espirituales y pertenece al clero". Además, se establece claramente la distinción entre

<sup>4</sup> Manuel Ballesteros, *La ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile. Antecedentes, Concordancia y Aplicación Práctica de sus Disposiciones*, Tomo I. Imprenta Nacional, Santiago, 1890, págs. 99 a 111.

<sup>5</sup> José Quezada Meléndez, ob. citada, págs. 251 a 256.

<sup>6</sup> Diario de Sesiones del Senado, Sesión 19ª de 4 de enero de 2000, Anexo de Documentos, pág. 1663.



una y otra, recalcando el objeto y el origen de la jurisdicción eclesiástica: “La jurisdicción dada por nuestro Señor Jesucristo a su Iglesia es relativa a los bienes espirituales, la gracia, la santificación de las almas y la vida eterna”.<sup>7</sup>

A esta jurisdicción le corresponde el conocimiento de todas las causas eclesiásticas o puramente espirituales y es ejercida por los jueces eclesiásticos; “ellos solos deben decidir las entre toda clase de personas, clérigos y legos. Esta jurisdicción les pertenece de derecho divino, y los jueces seculares, que sólo reciben su autoridad de los príncipes, no deben tratar de decidir las cuestiones de esta naturaleza. Las cuestiones espirituales que sólo competen a los jueces eclesiásticos, son aquellas que conciernen a la fe, a los sacramentos, a los votos de religión, al servicio divino y a la disciplina eclesiástica”.<sup>8</sup>

Todos estos razonamientos se relacionan con la idea de la independencia de la Iglesia frente al poder temporal, preocupación que ha marcado fuertemente la política de la Iglesia en esta materia. Así lo decía ya Osio, obispo de Córdoba, al emperador Constancio: “No os mezcléis en los negocios eclesiásticos, no nos mandéis en estas materias, sino aprended más bien de nosotros lo que debéis saber. Dios os ha confiado el Imperio y a nosotros lo que concierne a la Iglesia. Así como el que usurpa vuestro gobierno viola la ley divina, temed también a vuestra vez que arrogándoos el conocimiento de los negocios de la Iglesia, no os hagáis culpables de un grande crimen”.<sup>9</sup>

En cuanto a la aplicación práctica que podría tener esta modificación, podría sonar extraño plantear a los tribunales temporales cuestiones espirituales, como por ejemplo, si procedía una excomunión o no, si un determinado sacerdote podría celebrar matrimonios, u otras de la misma índole. Pero podría no ser tan ilógico si se tratara de un asunto que incide en lo jurídico, como por ejemplo, si un sacerdote recibió una confesión acerca de un homicidio y se solicitase al tribunal que declare que tal confesión no fue válida y que, por lo tanto, el sacerdote debe presentarse como un testigo cualquiera en la causa o, yendo más allá, si en el caso de trasladar a un sacerdote de una parroquia a otra, él podría interponer un recurso de protección a su favor, asunto que si bien podría decirse que no es jurídicamente relevante, ello sólo lo podrían determinar los tribunales de justicia, para lo cual igualmente tendrían que entrar a conocer del asunto, en virtud del principio de la inexcusabilidad.

<sup>7</sup> *Diccionario de Derecho Canónico*, Librería de Rosa y Bouret, París, 1853, pág. 702.

<sup>8</sup> *Diccionario de Derecho Canónico*, ob. cit, pág. 223.

<sup>9</sup> *Diccionario de Derecho Canónico*, ob. cit, pág. 642.

Así como estas situaciones nacidas de la imaginación, pueden darse muchas otras más complejas en la realidad y que podrían generar un conflicto entre los tribunales de justicia y la autoridad eclesiástica. De allí que en gran medida no se entienda la razón de la eliminación de aquella expresión, que si bien fue introducida al Código en un momento histórico muy distinto al presente, no producía mayores problemas y si lo trasladamos al tiempo actual, tampoco pugna con nuestra realidad. Considerando la trascendencia de la modificación que comentamos, parece escasa y poco fundamentada la explicación que se dio en el Senado para incorporarla en la ley.

Los posibles afectados por esta modificación no se han percatado que ha vuelto a la vida jurídica el viejo recurso de fuerza, y la posibilidad cierta que tendrán los religiosos para ocurrir directamente ante los tribunales ordinarios de justicia cuando sientan lesionados, no sólo sus intereses patrimoniales, sino que también espirituales. Hoy, la ley no distingue.

Los afectados han guardado un estruendoso silencio sobre el tema.

Y como dijo el poeta, "tras la paletada, nadie dijo nada, nadie dijo nada".



# **Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho.**

**Patricio Oyaneder Davies**

Ex Profesor Ayudante de Derecho Penal Económico

y Derecho Penal I

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

## **I. Responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en nombre de una sociedad (persona jurídica societaria)**

Atendiendo al sujeto activo que describe la faz objetiva de un determinado tipo penal, tradicionalmente se ha distinguido entre los delitos comunes y los delitos especiales. En efecto, la mención que el tipo objetivo hace al sujeto activo del delito puede referirse a cualquier persona, caso en que todo sujeto es idóneo para ser autor del delito (generalmente se utiliza la fórmula: “el que” o “quien”), o bien puede –la descripción típica– limitar el círculo de autores idóneos para cometer un delito a determinados grupos de personas. En otros términos, los *delitos comunes* pueden ser cometidos por cualquier sujeto; en cambio, los *delitos especiales* sólo pueden tener por autores a las personas que reúnan una cualidad especial, fáctica o jurídica, descripta por el tipo respectivo.

Adicionalmente, se distingue entre *delitos especiales propios e impropios*. De los primeros, sólo puede ser autor una persona cualificada y no tienen correspondencia con un tipo común paralelo del que pueda ser sujeto activo cualquier individuo; de los segundos –delitos especiales impropios–, sólo puede ser autor un sujeto cualificado, mas tienen una correspondiente figura común de la que puede ser autor cualquier persona.

La cualidad especial que la figura típica requiere que concurra en el autor del hecho punible puede ser de la más diversa índole, v. gr., funcionario público, juez, persona jurídica, deudor, librador, etc. En lo que sigue circunscribiremos estas líneas a los casos en que una persona jurídica es el sujeto activo cualificado de un delito especial.

Cuando la ley penal exige que el sujeto activo de una figura delictual posea una determinada cualidad, y ésta concurre en la persona jurídica, mas no en el sujeto –persona natural– que actúa en su nombre, nos encontramos ante una potencial laguna de punibilidad, pues quien ejecuta el *factum* típico no posee la cualidad especial que requiere la descripción típica para configurar el delito. La solución a esta problemática se establece mediante la inclusión de disposiciones, ya de carácter general, ya de carácter especial, que reglan lo que la ciencia penal ha convenido en denominar “*actuación en lugar de otro*”. Mediante estas cláusulas se extiende la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado. En este sentido, nuestra legislación contempla algunas disposiciones referentes al tema, una de carácter general, contenida en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, cuya fórmula, con algunas variantes, ha acogido el artículo 58 del nuevo Código Procesal Penal. Además de estas cláusulas de carácter general, como recién se ha apuntado, existen otras de carácter excepcional contenidas en leyes especiales. A los efectos de esta exposición, nosotros utilizaremos –sólo por vía de ejemplo– la regla contenida en el artículo 232 de la Ley N° 18.175 (Ley de Quiebras).

La citada disposición legal viene a salvar una potencial laguna de punibilidad que puede tener lugar cuando alguno de los ilícitos penales tipificados en la Ley de Quiebras sea cometido por una persona natural que, actuando en lugar de una sociedad (o compañía), ejerza alguna de las actividades sindicadas en el artículo 41 de la misma normativa. En efecto, los artículos 218 y siguientes de dicha ley exigen que el sujeto activo del delito revista una cualidad especial, a saber: ser deudor, ejercer alguna de las actividades señaladas en el referido artículo 41 y estar declarado en quiebra. Ahora, en caso de ser el quebrado una sociedad dotada de personalidad jurídica, naturalmente sólo ésta tendrá alguna de las cualidades exigidas por las figuras típicas señaladas. De modo que quien haya ejecutado las conductas constitutivas de los mencionados ilícitos penales carecerá de los elementos que cualifican al sujeto idóneo para cometer tales delitos, y, consecuentemente, las conductas quedarán impunes. Para salvar estas situaciones, en las que ostensiblemente habría una laguna de punibilidad, la Ley de Quiebras establece en su artículo 232 una cláusula de “*actuación en lugar de otro*” del siguiente tenor: “*Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones*”.



En suma, y de conformidad a lo prescrito en los artículos 41 y 218 y siguientes de la ley en comento, cuando se trate de una persona jurídica, ésta deberá tener la calidad de deudora, ejercer una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y estar declarada en quiebra, caso en que serán penalmente responsables por los delitos relacionados con su quiebra las personas sindicadas en el artículo 232 de la Ley N° 18.175.

Hasta este punto la cuestión no presenta mayores dificultades, como las personas jurídicas actúan a través de sus representantes, éstos serán penalmente responsables por los ilícitos penales cometidos en el seno de aquéllas. Cabe sí hacer una advertencia: en tales supuestos no se trata de una responsabilidad del representante por la persona jurídica, sino de una responsabilidad por el hecho propio de aquél. Sostener lo contrario atentaría contra los pilares sobre los que se sustenta el derecho penal, tales como el principio de culpabilidad, el de legalidad y el de personalidad de las penas.

Ahora bien, en lo precedente hemos partido de la siguiente base: *la persona natural ha actuado en representación de una persona jurídica*, por lo que se torna imprescindible referirnos a los casos en que el ordenamiento jurídico concede personalidad jurídica a una sociedad; supuesto que constituye la condición *sine qua non* de la aplicación de la citada disposición de la Ley de Quiebras.

## II. Adquisición de la personalidad jurídica societaria

En este acápite nos abocaremos a determinar los supuestos bajo los cuales nuestra legislación dota de personalidad jurídica a una asociación de carácter mercantil.<sup>1</sup>

Sabido es que, de conformidad a lo prescrito en el artículo 2053 del Código Civil, la sociedad –en tanto contrato– forma una persona jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados, y, por lo mismo, ella pasa a ser centro de imputación de los derechos y obligaciones contraídos en el devenir de la actividad social, según se desprende de la citada normal legal y del artículo 545 del Código Civil, que define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. De modo que, para que nazca a la vida del derecho una persona jurídica de las que trata-

<sup>1</sup> Las relaciones existentes entre el derecho de asociación y la sociedad las hemos tratado en: Patricio Oyaneder Davies, *La Personalidad Jurídica Societaria y su Desestimación. El denominado “Abuso de la Personalidad Jurídica”*, 5ª ed., págs. 5 y ss.

mos y, consecuentemente, tenga lugar tal imputación diferenciada, es necesario que los interesados en ello cumplan con los requisitos señalados por la ley al efecto, esto es: que *celebren un contrato de sociedad en el que cumplan con los requisitos de forma y de fondo propios de dicho acto jurídico*.

Sin embargo, cuando se trata de constituir una sociedad de carácter mercantil, la celebración del contrato de sociedad o compañía queda sujeta, además, a la observancia de un conjunto de formalidades especiales que dan lugar a lo que la doctrina ha denominado *iter constitutivo* del ente social, término con el que se significa al conjunto de solemnidades que deben observar los contratantes al celebrar esa convención, *verbi gratia*: las inscripciones y publicaciones del acto social constitutivo.

En el año 1997, mediante la dictación de la Ley N° 19.499, se instauró en nuestro ordenamiento jurídico un régimen especial en materia de nulidades societarias derivadas de la existencia de vicios de carácter formal en su proceso de formación. En lo que a nosotros interesa, la aludida normativa establece un procedimiento que permite sanear los vicios de carácter formal que puedan afectar al contrato de sociedad comercial<sup>2</sup> y así evitar las consecuencias que derivarían de la concurrencia de tales vicios. A continuación, pasamos a revisar estas normas dada la estrecha vinculación que existe entre ellas y la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pues, según veremos en los párrafos que siguen, aun cuando no se cumpla con todos los requisitos establecidos –en principio– por la ley para dar vida a la persona jurídica societaria, ésta puede nacer, empero sujeta a prescripciones especiales.

De conformidad a lo dicho, cabe insistir en que la personalidad jurídica de la que pueden gozar las asociaciones de derecho privado mercantiles dimana de la celebración de un contrato de sociedad (artículo 2053, *in fine* del Código Civil) sujeto a las prescripciones contenidas tanto en el Código Civil como en el de Comercio.

## **1. Sociedades regulares y personalidad jurídica societaria**

Para facilitar la comprensión de la materia que tratamos se hace necesario ensayar una noción del acto jurídico "*contrato de sociedad*" que ponga acento en su principal efecto, cual es provocar el nacimiento a la vida del derecho de la persona jurídica societaria. Para nosotros, la sociedad, en tanto convención, *es una regla jurídica que nace voluntariamente del acuerdo de voluntades de dos o más personas (naturales o jurídicas), mediante la*

---

<sup>2</sup> Cfr. el art. 1° de la Ley N° 19.499.



cual se crea una nueva situación jurídica intersubjetiva, que permite a las partes regirse por un estatuto jurídico especial, propio del tipo social que se adopte, en las relaciones jurídicas que se generen en el ámbito del quehacer social.<sup>3</sup> En otros términos, el contrato sociedad confiere el derecho a regirse por un conjunto de normas simplificadoras de las reglas generales que rigen en materia de imputación, al tener por titular de los derechos y obligaciones que se adquieran en el ejercicio de la actividad social a la persona jurídica societaria creada al efecto. Ahora el contenido de estas normas especiales será diverso según el tipo de sociedad adoptado en el contrato de compañía que se suscriba en cada caso (contrato de sociedad colectiva, de sociedad en comandita, de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima).

Además de los requisitos generales o comunes a toda declaración de voluntad y de los que tipifican al contrato de sociedad, nuestra legislación societaria establece una serie de formalidades que deben observar quienes desean que la asociación a la que pertenecen o constituyen, según el caso, goce de la personalidad jurídica propia del contrato de sociedad que celebran a ese efecto.<sup>4</sup> Así, para que una sociedad colectiva o en comandita mercantil quede regularmente constituida, el acto constitutivo social, además de contener las menciones que ordena el artículo 352 del Código de Comercio, deberá constar en escritura pública y un extracto<sup>5</sup> de ésta tendrá que inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social dentro del plazo de 60 días contados desde que la escritura social haya sido extendida. Tratándose de la constitución de una sociedad anónima<sup>6</sup> o de una sociedad de responsabilidad limitada<sup>7</sup> se agrega a estas solemnidades la publicidad, que consiste en el deber de publicar el extracto de la escritura social en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días establecido para la inscripción del mismo.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Sobre la noción del acto jurídico como regla jurídica, véase: Pablo Rodríguez Grez, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 109 y ss. Más recientemente el profesor Rodríguez trata el tema con mayor profundidad en: *El Derecho como Creación Colectiva*, Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, 1999. También puede consultarse con provecho, del mismo autor, una apretada síntesis de estas ideas en: "La Creación Individual y Colectiva del Derecho", *Revista del Abogado*, N° 18, abril del 2000.

<sup>4</sup> Cfr. los arts. 350 C.Com., 30 de la L.S.R.L., y 3° de la L.S.A.

<sup>5</sup> El extracto del contrato social, a excepción del extracto de un contrato de sociedad anónima, debe contener las menciones señaladas en el art. 354 del C.Com.

<sup>6</sup> El contenido del contrato de sociedad anónima y de su extracto está regulado en los arts. 4° y 50 de la L.S.A., respectivamente.

<sup>7</sup> Al contrato de sociedad de responsabilidad limitada y a su extracto, en lo que dice relación con su contenido, se aplican los arts. 2° y 4° de la L.S.R.L., y 352 y 354 del Código de Comercio, aun cuando la sociedad que se forme por ese contrato sea de carácter civil.

<sup>8</sup> Cfr. los arts. 3°, inc. 2° L.S.R.L. y 5°, inc. 2° L.S.A. Para la constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada es indiferente si se constituyen para efectuar actos de comercio o no, pues el procedimiento de constitución fijado en sus respectivas leyes es el mismo en ambos casos.

Dejemos sentado, entonces, que *cumplidos los requisitos propios del contrato de sociedad que se quiera formar, ésta quedará regularmente constituida y gozará de la personalidad jurídica correspondiente al contrato de sociedad que se haya celebrado*. A las sociedades así constituidas la doctrina ha convenido en llamarlas *sociedades regulares*, que son *aquellas que han nacido a la vida del derecho a consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad en el que se ha dado cabal cumplimiento a todas las formalidades establecidas por la ley para que produzca sus efectos regulares, esto es, para que dé vida a la persona jurídica propia del tipo de contrato de sociedad celebrado* (contrato de sociedad colectiva, de sociedad en comandita, de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima). En consecuencia, la noción de *regularidad* se reserva para aludir al acatamiento de los requisitos formales que informan la constitución de una sociedad, excluyéndose, por tanto, los de fondo.

## 2. Sociedades irregulares y de hecho y personalidad jurídica societaria

La doctrina ha utilizado los términos "*sociedad irregular*" y "*sociedad de hecho*" para referirse a aquellas sociedades "*nacidas*" de un proceso formativo en el cual no se dio pleno cumplimiento a las prescripciones legales reguladoras de los requisitos formales de su constitución. En la legislación comparada se utiliza esta terminología, y se advierte, aun cuando con diversos matices, una regulación cada vez más acabada de estas sociedades<sup>9</sup>. Lamentablemente, nuestro ordenamiento jurídico confunde a las sociedades irregulares y las de hecho bajo una misma denominación: "*sociedad de hecho*".<sup>10</sup> Con todo, según veremos en este apartado, la distinción entre ambas sociedades es factible haciendo una recta interpretación de la normativa societaria vigente; labor que se impone, por cuanto se trata de dos institutos jurídicos diversos, al extremo de ser antagónicos.

Pues bien, hasta el momento nos hemos referido a los vicios de carácter formal que pueden afectar al contrato de sociedad, mas no hemos puntualizado su contenido. A la luz del artículo 1° de la Ley N° 19.499 podemos sostener que son *vicios formales* de los que puede adolecer el contrato de sociedad o compañía *aquellos que consisten en el incumplimiento de alguna solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto de la escritura de constitución de una sociedad, o la falta de cumplimiento o cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en dichos instrumentos, siempre y cuando no impliquen la privación de algún elemento esencial del concepto de sociedad o de los contratos en general,*

<sup>9</sup> V. gr. los arts. 36 y siguientes de Ley N° 16.060 del Uruguay, arts. 21 y siguientes de la Ley N° 19.550 de Argentina, y 16 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas de España, entre otras.

<sup>10</sup> Cfr. los incisos 2° de los arts. 356 y 357 del Código de Comercio.



pues, en tal caso, los vicios son considerados de fondo y no de forma, razón por la cual quedan sujetos a las prescripciones del derecho común.<sup>11-12</sup>

En nuestra normativa societaria la existencia de un vicio de carácter formal en el *iter constitutivo*<sup>13</sup> de una sociedad o compañía no acarrea necesariamente la nulidad de la misma y, por ende, de la persona jurídica que subyace a ella. Lo determinante para establecer los efectos que producirá un contrato de sociedad que adolezca de un vicio de carácter formal está dado por la instrumentación del mismo, según veremos seguidamente.

En primer lugar, cuando el contrato de sociedad que adolece de un vicio de carácter formal consta en escritura pública, en instrumento reducido escritura pública o en uno protocolizado existen dos posibilidades: si la nulidad de esa sociedad se ha hecho valer en juicio, los socios tienen la facultad de acogerse al régimen de saneamiento de vicios formales establecido por la Ley N° 19.499 hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término que declare la nulidad de la sociedad así constituida; de modo que, si los socios sanean el vicio dentro de este término, la sociedad pasa a ser regular, lo que opera con efecto retroactivo a la fecha de la escritura o protocolización, según el caso,<sup>14</sup> por lo que tendrá –con ese efecto– la personalidad jurídica propia del contrato de sociedad celebrado al constituirla. En cambio, de conformidad a lo prescrito en el artículo 357 del Código de Comercio, si alegada la nulidad de esa compañía los socios no sanean el vicio que afecta al acto constitutivo social, tal sociedad será declarada nula y deberá ser liquidada, para lo cual gozará de personalidad jurídica,<sup>15</sup> pero la responsabilidad de los socios pasará a ser solidaria frente a los terceros con los que haya contratado la “*sociedad de hecho*”.

Se colige de lo expuesto que: cuando medie saneamiento del vicio que afecte a la constitución de una sociedad comercial inicialmente irregular, ésta gozará retroactivamente de la personalidad jurídica propia del tipo de sociedad que quisieron formar los socios al constituirla, como si jamás hubiese existido el vicio, y, por tanto, la sociedad pasará a ser regular. En caso contrario, esto es, si alegada judicialmente la nulidad de la sociedad

<sup>11</sup> Cfr. el art. 6° de la Ley N° 19.499.

<sup>12</sup> El art. 9° de la misma ley establece qué errores de la escritura pública de constitución, o de su extracto inscrito o publicado, no son constitutivos de vicios formales, y que, por lo tanto, no requieren ser saneados.

<sup>13</sup> Como se ha dicho supra, la doctrina extranjera emplea este término para referirse al conjunto de actos que la legislación establece deben efectuarse para que una sociedad quede legalmente constituida, tales como las menciones que debe contener el contrato social, la inscripción y la publicación del mismo, entre otros.

<sup>14</sup> Cfr. el art. 2° de la Ley N° 19.499.

<sup>15</sup> Adviértase que esta nulidad se aparta de las reglas generales en materia de nulidad al no operar con efecto retroactivo.

irregular, y pudiendo los socios haber saneado el vicio que afectaba a la constitución de la misma por constar el contrato social en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado, no lo hubieren hecho, dicha sociedad será anulada y deberá entrar en proceso de liquidación, pero manteniendo su personalidad jurídica, cuya capacidad quedará reducida, ya que sólo estará habilitada para ejecutar los actos necesarios para su liquidación, y, adicionalmente, la responsabilidad de los socios pasará a ser, por el sólo ministerio de la ley, solidaria frente a terceros respecto de las obligaciones sociales. Esta es, a nuestro juicio, la *sociedad irregular*, vale decir, *aquella que no obstante estar afecta a un vicio formal que pueda ocasionar su anulación, puede sanear ese defecto y regularizar su situación jurídica cumpliendo con los requisitos que la ley establece al efecto por el hecho de constar su acto constitutivo en instrumento de fecha cierta*.

Distinta es la solución adoptada por el legislador frente a las sociedades cuyo acto constitutivo no conste en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado. Las "*sociedades*" así "*constituidas*" no son anulables como las recién vistas, sino nulas de pleno derecho, existan o no vicios formales en dicho contrato (artículo 356 del Código de Comercio). En esta hipótesis, el orden jurídico no da por cumplidos los supuestos mínimos por él establecidos para que la asociación goce de personalidad jurídica, por lo que somete las relaciones emergentes de dicho acto jurídico, cuando la "*sociedad*" así "*constituida*" hubiere operado como tal, a las prescripciones contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 356 del Código de Comercio, los que establecen que en ese evento se formará una comunidad.<sup>16</sup> *Erqo* cuando el contrato de sociedad no conste en instrumento de fecha cierta,<sup>17</sup> dicha convención no generará persona jurídica alguna, sino una comunidad sometida al régimen contemplado en el artículo 356 del Código de Comercio, si la "*sociedad*" así "*constituida*" hubiese operado como tal, no obstante ser nula de pleno derecho, según la terminología legal. Esta es, a nuestro entender, la sociedad de hecho propiamente tal.

Consiguientemente, en este último supuesto es indiferente si existen o no vicios formales, la "*sociedad*" es nula de pleno derecho por el solo hecho

<sup>16</sup> Los incisos 2° y 3° del art. 356 del C.Com. establecen que estas "*sociedades*" darán lugar a una comunidad, cuyas "*ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo establecido para la sociedad*".

"Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero, esto es, la falta de escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o protocolizado".

<sup>17</sup> Cfr. el art. 419 del C.O.T.



de no constar su *pretendido acto constitutivo* en ninguno de los instrumentos a los que la ley confiere mérito para formar una sociedad que goce de personalidad jurídica. *A contrario sensu*, esto es, si existe un vicio de carácter formal, pero el contrato de sociedad consta en alguno de los mencionados instrumentos, la sociedad no será nula, sino anulable, y gozará de personalidad jurídica aun cuando sea declarada su nulidad en los términos ya indicados, pues, en tal caso, tendrá personalidad jurídica a efectos de llevar a cabo su liquidación.<sup>18</sup>

Similares principios inspiran las modificaciones introducidas a la Ley N° 18.046, cuyo nuevo artículo 6° dispone: "...la sociedad anónima que no sea constituida por escritura pública o en cuya escritura de constitución se omita cualquiera de las menciones exigidas en los números 1, 2, 3, ó 5 del artículo 4°, o cuyo extracto haya sido inscrito o publicado tardíamente o en el cual se haya omitido cualquiera de las menciones que para él exige el artículo 5°, es nula absolutamente...". Sin embargo, en estos casos también asiste a los socios el derecho a sanear el vicio hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término que declare la nulidad social, siempre y cuando el acto constitutivo de la compañía conste en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado. Saneado el vicio, la sociedad anónima consolida su existencia como tal con efecto retroactivo a la fecha de los mencionados documentos.<sup>19</sup> En caso contrario, *id est*, cuando el vicio que afecta al contrato social no es saneado, la sociedad declarada nula debe ser liquidada, para lo que gozará de una personalidad jurídica que estará sujeta a las normas que rigen la liquidación de las sociedades anónimas si el contrato social consta en instrumento de fecha cierta.<sup>20</sup> Pero, no obstante mantener la sociedad su personalidad jurídica, la responsabilidad de los otorgantes del pacto declarado nulo será solidaria frente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre e interés de la sociedad.<sup>21-22</sup>

Finalmente, si la constitución de la sociedad anónima no consta en alguno de los aludidos instrumentos, dicha "*sociedad*" será "*nula de pleno derecho*" y no podrá ser saneada. No obstante lo cual, si la "*sociedad*" así "*constituida*" hubiese existido como tal, o sea, de hecho, se formará una comunidad entre los socios, la que será regida por las prescripciones contenidas

<sup>18</sup> Cfr. los arts. 355 A y 357 del Código de Comercio.

<sup>19</sup> Cfr. los arts. 1° in fine, 2° y 7° de la Ley N° 19.499.

<sup>20</sup> Cfr. el art. 6° de la L.S.A.

<sup>21</sup> Cfr. el art. 6°, in fine L.S.A.

<sup>22</sup> El texto del mensaje del Ejecutivo de la Ley N° 19.499 disponía en este mismo sentido: "Artículo 6°. En todos los casos de nulidad en la constitución de una sociedad anónima, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubiesen contratado a nombre y en interés de aquélla".

en los incisos 2° y 3° del artículo 6° A de la Ley N° 18.046.<sup>23</sup> De modo que, en este evento, no nace persona jurídica alguna.

Conforme lo expuesto, cabe concluir que *el requisito mínimo establecido por la ley para que una asociación de las que estudiamos goce de personalidad jurídica está dado por la instrumentación del contrato de sociedad*. Constando éste en instrumento de fecha cierta, la asociación gozará de personalidad jurídica, aun cuando el respectivo contrato sea posteriormente declarado nulo por no haber mediado saneamiento del vicio formal del que adolecía, pues, en ese caso –el de la *sociedad irregular*– ella continuará su existencia hasta que las operaciones sociales queden totalmente liquidadas.

De cuanto hemos dicho, queda de manifiesto que la noción de contrato de sociedad que hemos dado en lo precedente es aplicable al *contrato de sociedad regular* y al de *sociedad irregular*, en tanto ambas convenciones son idóneas en nuestro sistema jurídico para hacer nacer a la vida jurídica al sujeto de derecho llamado persona jurídica societaria; por cierto, siempre y cuando concurren también los requisitos de fondo comunes a toda declaración de voluntad y los que son propios de este acto jurídico (pluralidad de socios, instrumentación, fondo común, participación en los resultados y *affectio societatis*).

Lo señalado es de toda razón, por cuanto quienes deseen regirse por un estatuto jurídico especial, derogatorio de las normas del derecho común, han de respetar las exigencias impuestas por el *principio de legitimidad* (formal y material), esto es, han de dar cabal cumplimiento a las prescripciones impuestas por el orden jurídico para poder crear al sujeto de derecho denominado persona jurídica societaria y actuar bajo su cobertura.

Como colofón, baste recalcar que la situación de las *sociedades de hecho propiamente tales* es diametralmente inversa. Ellas también nacen de un acuerdo de voluntades, pero que no cumple con los requisitos básicos que impone el legislador para que dicho acto jurídico engendre sujeto de derecho alguno, siquiera el que por defecto establece la ley para el supuesto de la sociedad irregular que no sana los vicios formales de que adolece su acto constitutivo. O sea, en el caso de la sociedad de hecho propiamente dicha *no existe respeto al ordenamiento jurídico, por lo que mal puede insertarse en el plexo normativo dicho acto jurídico como causa de adquisición de personalidad jurídica alguna*.

<sup>23</sup> El artículo 6° A dispone que si la sociedad “existiere de hecho dará lugar a una comunidad entre sus miembros. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre ellos con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para las sociedades anónimas”.

“Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y interés de ésta”.



### III. Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito de las sociedades irregulares y de hecho

En los acápites precedentes hemos dejado establecidos los lineamientos generales de lo que constituyen las actuaciones en lugar de otro y los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que surja a la vida del derecho el sujeto de derecho que llamamos *persona jurídica societaria*. Allí dejamos establecido que el requisito mínimo establecido en nuestra legislación para que exista la persona jurídica en cuestión radica en que el contrato de sociedad conste, a lo menos, en instrumento de fecha cierta, ya que en este caso, aun cuando la sociedad, y por consiguiente la persona jurídica que subyace a ella, sea posteriormente declarada nula, la persona jurídica existirá, lo que permitirá la aplicación del artículo 232 de la Ley de Quiebras para hacer efectivas las responsabilidades por los ilícitos penales cometidos en el seno de la sociedad irregular. Hasta acá las respuestas que nos otorga la referida normativa son bastante satisfactorias; mas ello no ocurre –según nuestro parecer– en un caso del que no ha dado cuenta la doctrina, a saber: cuando nos encontramos ante una “*sociedad de hecho*”, es decir, *sin personalidad jurídica*. En otros términos, ¿a quién se imputará la responsabilidad penal que dimana de la comisión de un delito contemplado en la Ley N° 18.175, si éste ha sido cometido actuando en lugar de una “*sociedad de hecho*?” Desde ya, hay que consignar que no puede ser aplicada la regla del citado artículo 232, toda vez que no se da el supuesto que funda su aplicación, cual es, que se actúe por cuenta de una persona jurídica, pues ésta no habrá existido jamás, como se desprende de lo prescrito en los artículos 356 del Código de Comercio, 6° A de la Ley N° 18.046 y 30 de la Ley N° 3.918, que disponen que en tal caso, esto es, cuando el contrato social no conste en alguno de los instrumentos que tantas veces hemos mencionado, se formará una comunidad. Luego, si en la actuación de la “*sociedad de hecho*”, que en realidad no es más que una comunidad, sus “gerentes”, “directores” o administradores cometen algún delito sancionado en la Ley de Quiebras, éste no les será imputable, por el hecho de no haber actuado en lugar de persona jurídica alguna.

Como puede advertirse, el problema denunciado es de suyo relevante, ya que es factible la comisión de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable sancionados en la Ley N° 18.175 sin que exista sujeto al cual hacer responsable de los mismos, por el mero arbitrio de haberse valido de una “*sociedad de hecho*”, craso olvido del legislador. Más aún, el artículo 232 no resulta aplicable siquiera a los casos en que los “*socios*” –en realidad comuneros– fueren quienes hubieren llevado a cabo los delitos en cuestión, puesto que, como majaderamente hemos apuntado, sin sociedad no hay persona jurídica societaria en lugar de la cual actuar.

Ahora, a juicio nuestro, la no aplicabilidad del artículo 232 no excluye la del artículo 233 de la Ley de Quiebras. Somos de la opinión de que algunas de las hipótesis descriptas son susceptibles de solucionarse haciendo una correcta interpretación de esta última norma, la que contiene una regla de carácter excepcional en nuestro ordenamiento punitivo, que contempla *el actuar en lugar de otro respecto de las personas naturales*<sup>24</sup> del siguiente tenor: “Los factores o representantes del fallido que sea una persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220”. De modo que, declarada la quiebra de uno o más comuneros, y dándose los demás supuestos de imputación del caso, podrá, o hacerse efectiva la responsabilidad penal del comunero que hubiere ejecutado las conductas punibles –según las reglas generales de autoría contenidas en el Código Penal–, o bien la del factor o representante de la persona natural fallida. Todo ello, por cuanto, aun tratándose de personas naturales, las normas de la mencionada ley les son aplicables, a condición, por cierto, de que desempeñen algunas de las actividades indicadas en el artículo 41 de la Ley N° 18.175. De lo contrario, esto es, si el fallido no ejerce alguna de dichas actividades, sólo puede ser sancionado de conformidad al artículo 466 del Código Penal.

## A modo de conclusión

Más allá de las soluciones esbozadas para el caso de que sea declarada en quiebra una sociedad de hecho, que, como hemos señalado, en realidad es una comunidad, estimamos de suyo necesario abrir un debate en torno a este tema, toda vez que, aun siendo aplicable lo dicho, no es menos cierto que la existencia de la comunidad (“*sociedad de hecho*”) implica dificultar en extremo la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad tanto civil como penal. La eficacia de ambas responsabilidades se ve amagada, lo que no puede ser amparado por el ordenamiento jurídico, menos aún teniendo en cuenta el rol fundamental que las sociedades han

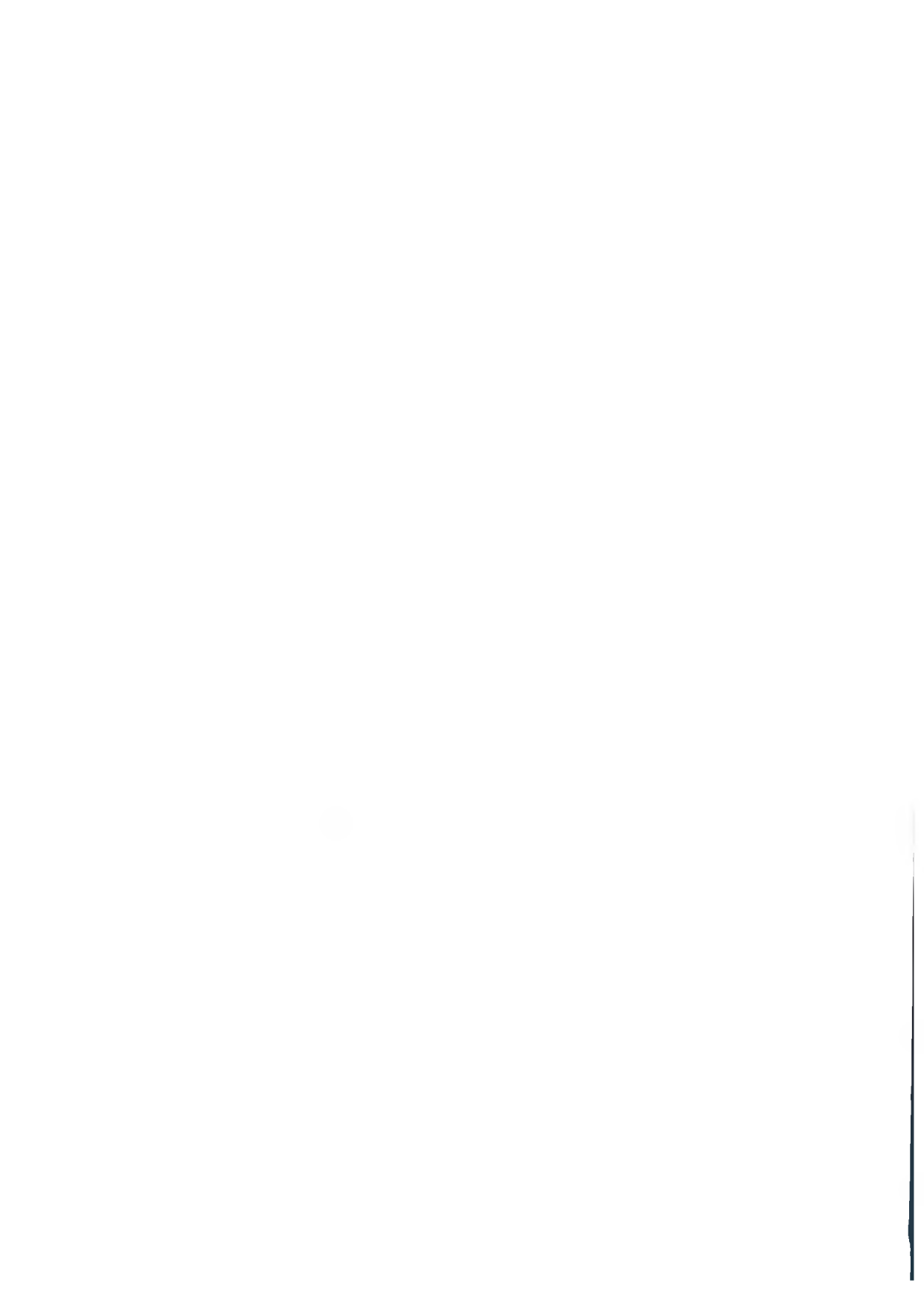
---

<sup>24</sup> Cabe destacar la decisión del legislador español de 1995, que insertó en el nuevo ordenamiento punitivo de su país una regla de aplicación general sobre las *actuaciones en lugar de otro respecto de las personas naturales* del siguiente tenor: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Texto conforme al Código Penal español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). La cursiva es nuestra.



adquirido en la trama del mundo de los negocios. Es por ello que profesamos la idea de instaurar, tal como lo han hecho los Códigos Penales más modernos, *una regla general que contemple las actuaciones en lugar de otro no sólo respecto de las personas jurídicas, sino también de las naturales.*

Es por lo expuesto que nos asiste la convicción de que estas materias han de ser objeto de un estudio interdisciplinario, toda vez que, como ha quedado de manifiesto en estas líneas, sus implicancias trasuntan las fronteras de lo meramente penal, civil o mercantil. Todas estas ramas de nuestra "ciencia", en un esfuerzo unívoco, deben abordar estos tópicos del emergente y dinámico "derecho de la empresa", cada día más relevante para el desarrollo de nuestras naciones. Sólo de esta forma seremos capaces de comprender cabalmente las problemáticas que se presentan en el ámbito del quehacer societario y de dar soluciones adecuadas a los requerimientos que impone una recta actuación de estos sujetos de derecho, o, mejor dicho, de quienes se valen de ellos para actuar en el tráfico jurídico.





# Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada

**Raul F. Campusano**

Profesor de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## 1. Antecedentes

Existe hoy en Chile un debate de gran relevancia relacionado con la legislación y política que el país debe tener para extranjeros, el desarrollo de mejores productos a menores precios y la adecuación para promover de mejor forma los intereses del país en materia de propiedad industrial y patentes de invención relacionadas con la industria farmacéutica y agrícola, promoviendo el desarrollo de la industria nacional, el posicionamiento de las empresas de la legislación nacional a las normas internacionales vigentes.

Dentro de este debate, un aspecto de gran relevancia es la propiedad industrial sobre la información no divulgada y específicamente cómo la forma en que esta materia sea tratada promoverá u obstaculizará el logro de los objetivos y finalidades señalados.

Por una parte, se propone maximizar los mecanismos y plazos de protección a la información no divulgada, asimilándolos a la protección y plazos de protección de las patentes de invención. La racionalidad detrás de esta argumentación está en que al proteger la información no divulgada se protege la invención y, de esta forma, se favorece y promueve la iniciativa e inventividad de las personas y empresas, produciendo un mejor estado general. Esta posición es principalmente defendida por las empresas multinacionales.

Existe otra posición sobre la materia. Esta observa que efectivamente el derecho de propiedad sobre las patentes de invención es una muy buena herramienta para promover el desarrollo de nuevos productos, generando mayor bienestar para general. Sin embargo, como todas las cosas, ésta no puede ser aplicada en forma absoluta, ya que hay efectos secundarios que son

indeseables. En efecto, el tema de la información no divulgada es una de las manifestaciones de este aserto. Si bien es cierto que existen razones para proteger determinada información y hacerla confidencial y reservada, no toda información debiera ser así protegida y, en todo caso, no por tiempos y plazos más allá del cumplimiento de sus objetivos, esto es, promover la creatividad y beneficiar a la humanidad toda.

Esta posición promueve una solución de encuentro, en que las distintas posiciones e intereses sean ponderados, considerados y armonizados, adoptándose una legislación y política que tienda a un justo equilibrio y punto medio, basada en las siguientes premisas:

- Es adecuado que exista protección de cierta información confidencial, pero esta protección no debe ser más allá de la protección de los valores generales que intenta promover.
- Debiera establecerse un sistema de encuentro que considere las distintas sensibilidades, intereses y posiciones en relación con la información no divulgada.
- El sistema de registros es independiente y separado del sistema de patentes.
- Debiera establecerse un sistema de registro de genéricos por similitud de acuerdo con las definiciones de la FAO y en sus especificaciones para un producto determinado en caso de haberlas.
- Debiera existir compensación al primer registrante por el acceso a la información de su propiedad, luego de un período de exclusividad.
- Debiera promoverse el apoyo financiero por parte del sistema de organizaciones internacionales, Estados y empresas, para apoyar el proceso de reestructuración y fortalecimiento del sector público encargado de estas materias, considerando especialmente la necesidad de aumentar y calificar el personal correspondiente.

Desde una perspectiva valórica, es importante tener siempre presente que la razón de la protección de la información no divulgada es proteger al inventor y de esta forma promover el desarrollo de invenciones y el bien común de la humanidad. De esta forma, si la divulgación de determinada información o la divulgación de la misma después de determinado plazo no perjudica la promoción de invenciones y sí beneficia a la humanidad, no hay razones para no proceder a la mencionada divulgación.



En otras palabras, los derechos no son absolutos, sino que tienen que estar de acuerdo con los principios y valores que se tuvieron en mente al crearlos y es ésta precisamente la parte central de la discusión existente hoy en Chile sobre la materia, la que se ha concentrado en el Congreso Nacional, en la Comisión Nacional de Biotecnología,<sup>1</sup> y en instituciones públicas del Poder Ejecutivo como la Subsecretaría de Economía, el Departamento de Propiedad Industrial y el Servicio Agrícola y Ganadero.

## 1.1 Situación de los datos no divulgados en Chile

El texto jurídico fundamental de regulación de la propiedad industrial en Chile es la Constitución Política del Estado, la que en su artículo 19, números 24 y 25, asegura a todas las personas la protección de la propiedad intelectual e industrial.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> En agosto de 2002, el Presidente de la República creó la Comisión Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología, como órgano asesor suyo y cuya función es: a) mostrar una visión prospectiva sobre las tendencias e impactos que en nuestro país observe el desarrollo de las biotecnologías y b) elaborar una propuesta que contenga los lineamientos estratégicos y las acciones concretas que potencien y regulen la producción, la difusión y la utilización de estas nuevas tecnologías a lo largo del país. Dentro del plazo de seis meses la Comisión deberá presentar al Presidente de la República un informe que contendrá: a) Un diagnóstico de las tendencias mundiales y nacionales en materia de biotecnología, así como un análisis de la situación nacional en esta materia, que considere las fortalezas y debilidades que presenta el país en ese ámbito y b) La proposición de acciones públicas y privadas tendientes a crear y/o consolidar una política de desarrollo de la biotecnología en el país, incluyendo la identificación de aquellas acciones que revisten mayor urgencia en su ejecución o que constituyen condiciones para abordar las siguientes.

<sup>2</sup> El número 24 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión. Por su parte, el número 25 asegura a todas las personas el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior (esto es, el citado número 24).

En adición a la Constitución, el núcleo básico de regulación de los derechos de propiedad industrial en Chile está compuesto por el siguiente cuerpo de textos jurídicos:

- Ley N° 17.336, sobre propiedad industrial.
- Ley N° 19.039, sobre protección de derechos de propiedad industrial.
- Ley N° 19.342, que regula los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales.
- Ley N° 19.223, relativa al delito informático.
- Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

Todo este sistema jurídico nacional señalado se encuentra en proceso de revisión y todo indica que será objeto de modificaciones substantivas, según se indica en el capítulo siguiente de este informe.

Desde la perspectiva internacional, la legislación aplicable a la propiedad industrial es la siguiente:

- Anexo N° 1C del Acuerdo de Marrakech de 1994, sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), promulgado por Decreto Supremo N° 16, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1995.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, promulgado por Decreto Supremo N° 425, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991.
- Decreto Ley N° 211, de 1973, que fijó normas para la Defensa de la Libre Competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto Supremo N° 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1980.

## **2. Proyecto de Ley**

Uno de los aspectos más importantes del debate sobre propiedad industrial en Chile se relaciona con el proceso de reforma legislativa sobre la materia señalada que se está llevando a cabo en este tiempo en el Congreso Nacional. Es probable que en los próximos meses Chile cuente con nueva legislación sobre la materia, incluyendo normas centrales sobre información no divulgada.

En 1999 se elaboró por parte del Ejecutivo un proyecto de ley de modifica-



ción de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial. Ese proyecto tiene gran relevancia para la materia objeto de este informe ya que es allí donde se regula la información no divulgada. El proyecto se encuentra en tramitación parlamentaria.<sup>3</sup>

## 2.1 Reformas relevantes del proyecto de ley

El proyecto de ley sobre propiedad industrial contiene aspectos relacionados con la información no divulgada en las siguientes materias:

- Objeto de la Ley
- Consideración de los intereses del demandado
- Regulación orgánica de la IND
- Acciones civiles

### 2.1.1 Objeto de la Ley

El artículo primero del proyecto de ley señala, luego de definir el objeto y finalidad de la ley,<sup>4</sup> que, “asimismo, esta ley tipifica las conductas consideradas desleales en el ámbito de la protección de la **información no divulgada**”.

De esta forma, el legislador coloca el tema de la información no divulgada al centro de la finalidad de la ley propuesta y con ello hace reconocimiento de la importancia que le otorga a esta materia.

### 2.1.2 Consideración de los intereses del demandado

El proyecto de ley, en su nuevo Título III, “De las Invenciones”, establece una norma relevante a propósito de la consideración que debe tenerse de los intereses del demandado de una acción civil derivada de infracción en materia de patentes de procedimiento.

En efecto, el proyecto de ley establece un artículo 31 bis, que dispone que en el ejercicio de las acciones civiles sobre infracción en materia de paten-

<sup>3</sup> Para este estudio se ha trabajado con la versión del proyecto de ley que fue aprobada por la Cámara de Diputados y enviada al Senado. Este es el texto que el Senado se encuentra considerando en septiembre de 2002. Por supuesto, dentro de la tramitación parlamentaria, el texto puede (y probablemente así será) experimentar modificaciones. De cualquier forma es interesante analizar el texto en su estado de debate, ya que sobre esta base se está decidiendo la forma en que se regulará la propiedad industrial en Chile.

<sup>4</sup> Señala el artículo 1° que “Las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad industrial, se regirán por la presente ley. Los derechos comprenden las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer”.

tes de procedimiento, el juez estará facultado para ordenar que el demandado pruebe que ha empleado un procedimiento diferente al patentado a condición de que el producto obtenido por el procedimiento patentado sea nuevo. En estos procesos se presumirá, salvo prueba en contrario, que todo producto idéntico ha sido obtenido por medio del procedimiento patentado. *Con todo, en la presentación de pruebas en contrario se tendrán en cuenta los intereses legítimos del demandado en cuanto a la protección de su información no divulgada.*

### 2.1.3 Regulación orgánica de la IND

A pesar de la importancia de las normas presentadas, el reconocimiento del legislador de la relevancia de la información no divulgada se manifiesta en toda su fuerza en los artículos 86 a 90 del proyecto de ley.

En efecto, el legislador crea un título nuevo, inexistente en la ley anterior, "Título VIII: De la Protección de la Información no Divulgada".

Este nuevo título sobre la protección de la información no divulgada dispone que las personas naturales y jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o explotada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

- Sea secreta, en el sentido que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;
- Tenga un valor comercial por ser secreta, y
- Haya sido objeto de medidas razonables, para mantenerla secreta, por la persona que legítimamente la controla.

El proyecto de ley establece que, "para los efectos de este Título se entenderá por actos contrarios a los usos honestos del comercio, la adquisición, divulgación o explotación de información no divulgada, obtenida ilegítimamente, o la divulgación o explotación de información no divulgada con infracción del deber legal o convencional de confidencialidad o reserva, en beneficio propio, ajeno o en perjuicio del titular de los secretos, incluyendo prácticas, tales como:





1. El incumplimiento de contrato.
2. El abuso de confianza.
3. La instigación a la infracción.
4. La adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas, y
5. La adquisición, divulgación y explotación de datos de prueba u otros no divulgados referentes a productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas obtenidos por consecuencia de un esfuerzo considerable y presentados a la autoridad competente para conocer de la autorización de comercialización de dichos productos. Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad que se le reconoce a la autoridad para divulgar tales datos por razones de interés público o bien adoptando las medidas que garanticen la debida protección de estos datos".<sup>5</sup>

El proyecto de ley también regula el tema de multas por infracciones a estas normas. En efecto, los que "adquieran, divulguen o exploten información no divulgada en conformidad con lo dispuesto en el artículo precedente, serán sancionados con multa a beneficio fiscal de 25 a 1000 Unidades Tributarias Mensuales".<sup>6</sup>

"No obstante lo anterior, cuando no se hubiere producido un perjuicio patrimonial efectivo para el titular de la información, la multa no podrá exceder de 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Las personas condenadas serán obligadas al pago de las costas, daños y perjuicios causados al titular de la información no divulgada.

Los utensilios y los elementos utilizados en la explotación y los objetos producidos en forma ilegal, caerán en comiso. Tratándose de los productos producidos en forma ilegal se procederá a su destrucción. Por el contrario, será facultad del juez competente decidir sobre el destino de los utensilios o elementos utilizados en la explotación objeto del comiso, quien ordenará la destrucción o distribución benéfica según las circunstancias del caso. Las donaciones que la distribución implica tendrán el carácter de

---

<sup>5</sup> Artículo 86, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

<sup>6</sup> Artículo 87, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

públicas y estarán exentas del trámite de insinuación, al igual que de toda clase de impuestos.

Asimismo, el juez de la causa podrá, cuando sea pertinente, disponer de inmediato su incautación.

De igual manera, el juez de la causa podrá, cuando proceda, disponer la restitución del o de los soportes físicos que contengan la información no divulgada y que obren en poder del presunto infractor, sin perjuicio de la facultad de adoptar las medidas precautorias que procedan.

La reincidencia será sancionada con el doble de la multa señalada en el inciso primero".<sup>7</sup>

También es importante observar que el proyecto de ley establece que las "disposiciones y sanciones establecidas en este Título se entenderán sin perjuicio de las contenidas en leyes y reglamentos especiales. En la aplicación de este Título se deberán tener en consideración las normas constitucionales, legales y reglamentarias establecidas en beneficio de la privacidad, incluidas las relativas a la protección de los datos de carácter personal. En caso de conflictos entre unas y otras, primarán las concernientes a la privacidad".<sup>8</sup>

Por su parte, el artículo 89 del proyecto de ley dispone que las "disposiciones preliminares del Título I de esta ley son aplicables, en cuanto corresponda, a la información no divulgada, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en este Título".<sup>9</sup>

Finalmente, el artículo 90 del proyecto de ley establece que se deroga el "artículo 284 del Código Penal. No será aplicable, para los efectos de esta ley, lo dispuesto en el artículo 18, N° 2, del Código de Procedimiento Penal".<sup>10</sup>

El artículo 284 del Código Penal dispone que el que "fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

Por su parte, el artículo 18 N° 2 del Código de Procedimiento Penal señala que "no podrán ser ejercidas por el Ministerio Público ni por otra persona

<sup>7</sup> Artículo 87, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

<sup>8</sup> Artículo 88, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

<sup>9</sup> Artículo 89, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

<sup>10</sup> Artículo 90, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.



que no fuere la ofendida o su representante legal, las acciones que nacen de los delitos siguientes: 2. La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el culpable ha estado o está empleado”.

#### 2.1.4 Acciones civiles

El proyecto de ley, en su Título X: De la Observancia de los Derechos de Propiedad Industrial, Párrafo 1º, De las Acciones Civiles, establece en su artículo 106 que los “delitos tipificados en esta ley y la correspondiente acción y sanción penal, se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan contra quienes lesionen los derechos consagrados en ella. En particular, el titular cuyo derecho industrial o **información no divulgada** sea lesionado, podrá demandar civilmente:

- a) La cesación de los actos que violen su derecho.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios causados de conformidad con las normas establecidas en este Título.
- c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción, en particular la incautación y el comiso de conformidad con las reglas especiales establecidas para las distintas categorías de derechos reconocidos en esta ley.
- d) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios en un diario a elección del demandante. Esta medida será aplicable cuando la sentencia así lo señale expresamente.

Habrá también acción civil para impedir el daño contingente o amenaza de daño en contra de los derechos consagrados en esta ley”.<sup>11</sup>

Finalmente, dentro de este mismo título, en el párrafo 2º, sobre Medidas Precautorias, se dispone que las “medidas precautorias procederán en todos los asuntos que digan relación con los hechos ilícitos en contra de derechos de propiedad industrial, la infracción o amenaza inminente de infracción de estos derechos. Se entenderá que proceden las medidas precautorias, entre otras, en las controversias que digan relación con hechos ilícitos, infracciones o amenazas inminentes de infracción de las siguientes facultades del titular de los referidos derechos: d) El derecho exclusivo a utilizar la **información no divulgada**, a la vez de mantenerla bajo reserva y en el dominio privado”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Artículo 106, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

<sup>12</sup> Artículo 117, proyecto de ley sobre Propiedad Industrial.

### 3. Normas vigentes en el sector agrícola

El Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), como institución integrante del Ministerio de Agricultura, tiene competencia en normas sobre patentabilidad sobre los recursos biológicos y organismos vivos modificados, indicaciones geográficas, protección a las obtenciones vegetales, y la **protección a la información no divulgada** en relación con los registros de plaguicidas animales y medicamentos de animales, registros de variedades protegidas, registro de variedades aptas para certificación y la lista de variedades descritas oficialmente.

#### Información confidencial sobre plaguicidas de uso agrícola.

El Servicio Agrícola y Ganadero, a través de la resolución exenta N° 3670, de 23 de diciembre de 1999, establece normas para la evaluación y autorización de plaguicidas, que dispone en el numeral 26:

“La información científica proporcionada por el solicitante para la autorización de un plaguicida, que no sea de dominio público, o no haya sido publicada en revistas científicas o de divulgación, **será confidencial**. Sin embargo, el Servicio u otros Organismos oficiales del Estado, podrán utilizarla con fines de control de calidad, de preservación de la salud humana o animal y prevención de la contaminación ambiental. En todo caso, esta información científica sólo podrá ser utilizada por agencias oficiales para resolver situaciones calificadas según lo demanden los intereses nacionales”.

Por lo cual, la información asociada a esta materia, Resolución N° 3670/1999 y anexas, deben contar con un tratamiento de reserva y seguridad, desde su ingreso a la Institución hasta el lugar de archivo y tratamiento interno al momento de su estudio.<sup>13</sup>

En Chile, todo plaguicida de uso agrícola que se importe, fabrique, comercialice o use en el país, debe contar previamente con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero. Para efectuar esta evaluación, deben presentarse al Servicio los antecedentes y documentos indicados en la Resolución Exenta N° 3670 de 1999, que dicen relación con información acerca de la sustancia activa<sup>14</sup> como del producto formulado, en aspectos relacionados con la identidad, composición, propiedades físicas y químicas, de utilidad, metodología analítica, de residuos, aspectos sobre seguridad, datos toxicológicos, eco-toxicológicos y efectos ambientales.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Departamento Protección Agrícola, Subdepartamento Plaguicidas y Fertilizantes. Autorización de Plaguicidas de Uso Agrícola. Documento interno de trabajo, 2002.

<sup>14</sup> Grado técnico.

<sup>15</sup> Departamento Protección Agrícola, op. cit.

En el estudio de estos antecedentes participa un grupo multidisciplinario integrado por un médico toxicólogo, para la evaluación del área toxicológica, por profesionales del Laboratorio de Toxicología Ambiental de Lo Aguirre, para los aspectos de orden ambiental, y por los profesionales del Subdepartamento Plaguicidas y Fertilizantes, en relación con las materias agronómicas.<sup>16</sup>

Los objetivos buscados son disponer de la más amplia información sobre las características de los plaguicidas que se utilizarán en el país, con el fin de poder efectuar una evaluación adecuada de sus riesgos, tendiente al empleo correcto y eficiente del producto, con el mínimo impacto sobre las personas, animales y medio ambiente. En este contexto, algunos elementos solicitados y considerados como reservados son los siguientes:

Aquella documentación de respaldo y exigida en original por esta resolución y que ha sido emitida en un país extranjero, deberá presentarse legalizada ante el Cónsul de Chile en el país que corresponda y con el atestado del funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Deberán adjuntarse, en original y dos copias, los documentos que corroboren o complementen los antecedentes y requisitos mencionados en los numerales 28; entre otros, los siguientes:

- Literatura con antecedentes técnicos de la sustancia activa y del plaguicida cuya autorización se solicita, incluyendo su Hoja de Seguridad y Certificados de Composición cuali-cuantitativa.
- Certificado de inscripción y de libre venta en su país de origen, o de fabricación cuando corresponda, en original.
- Estudios experimentales extranjeros, efectuados mediante protocolos universalmente aceptados, en que se demuestre la eficacia del plaguicida para los fines a que se recomienda.
- Estudios experimentales nacionales, efectuados mediante protocolos universalmente aceptados, en que se demuestre la eficacia del plaguicida cuya autorización se solicita, para los fines a que se recomienda.
- Extracto de los estudios toxicológicos, eco-toxicológicos y ambientales, del plaguicida cuya autorización se solicita, hechos o contratados por su fabricante, y, cuando corresponda, autorización del titular de dicha información para usarla para la autorización que se solicita.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Departamento Protección Agrícola, op. cit.

<sup>17</sup> Departamento Protección Agrícola, op. cit.

## 4. Aspectos internacionales aplicables en Chile

En Chile, la opinión mayoritaria es que las normas establecidas en ADPIC deben adoptarse y seguirse en la legislación nacional.

Chile se adhirió al Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, en 1995, y se hizo parte del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio que figura en su Anexo 1C. El decreto promulgatorio respectivo es el N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 5 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial del 17 de mayo del mismo año.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (ADPIC o TRIPS) (1995), firmado por más de 138 países, entró en vigencia en Chile el 1 de enero del año 2000.

Existen varios procesos negociadores en los que Chile se encuentra participando y en los que el tema de la propiedad intelectual de la información no divulgada tiene una mayor o menor presencia. Entre tales procesos cabe destacar los siguientes:

- Negociación ALCA.
- Negociación NAFTA.
- Negociación con la Unión Europea.

En esta sección se explicará la estructura institucional encargada de las negociaciones internacionales económicas y se señalarán los textos y declaraciones más relevantes en la materia. La sección termina con una breve revisión de la situación de la legislación nacional en los países latinoamericanos.

### 4.1 DIRECON

El órgano del Estado encargado de las negociaciones internacionales económicas en general es la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores.<sup>18</sup>

La posición de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON, es que la legislación y práctica en Chile en materia de propiedad intelectual e industrial en general y en materia de información no

---

<sup>18</sup> Las relaciones exteriores del país están a cargo, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, del Presidente de la República. Este puede delegar sus funciones y de hecho el Ministerio de Relaciones Exteriores actúa de acuerdo con esta delegación presidencial.



divulgada en particular, debe ajustarse lo más posible a las normas establecidas sobre la materia en el Acuerdo ADPIC-TRIPS.

La posición de DIRECON cuenta con simpatía general en Chile. En efecto, tanto el sector público como el sector privado tiende a pensar que lo adecuado es que nuestra legislación sobre propiedad intelectual e industrial se acomode a las reglas del ADPIC-TRIPS. Todo intento de alejarse de tales regulaciones requerirá un esfuerzo especial de argumentación y convencimiento. De esta forma, procede analizar las normas pertinentes sobre información no divulgada del ADPIC-TRIPS.<sup>19</sup>

## 4.2 Normas de ADPIC

Como se sabe, el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC, o TRIPS en su sigla en inglés, regula, en su Sección 7, la protección de la información no divulgada. En efecto, el artículo 39 ADPIC establece que:

1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la **información no divulgada** de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la **información que esté legítimamente bajo su control se divulgue** a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos (Nota 16), en la medida en que dicha información:

---

<sup>19</sup> Desde una perspectiva general, en materia de patentes, ADPIC establece una obligación general de respetar las disposiciones sustantivas del Convenio de París (1967). Además, el acuerdo exige que se conceda protección durante 20 años mediante patentes a casi todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en casi todos los campos de la tecnología. Las invenciones podrán excluirse de la patentabilidad si su explotación comercial está prohibida por razones de orden público o moralidad; aparte de eso, se permite la exclusión en el caso de los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, y las plantas y los animales (excepto los microorganismos) y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales (que no sean procedimientos microbiológicos). No obstante, las obtenciones vegetales deben ser susceptibles de protección mediante patentes o mediante un sistema sui generis (como el previsto en el Convenio de la UPOV para los derechos del obtentor). Se establecen condiciones detalladas para la concesión de licencias obligatorias o el uso por el gobierno de patentes sin la autorización de sus titulares. Los derechos conferidos respecto de las patentes de procedimientos deben hacerse extensivos a los productos directamente obtenidos por el procedimiento; en determinadas condiciones, un tribunal puede ordenar a los supuestos infractores que demuestren que no han utilizado el procedimiento patentado.

a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

3. Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros **no divulgados** cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.”<sup>20</sup>

En síntesis, el acuerdo ADPIC establece que los secretos y conocimientos técnicos comerciales que tengan valor comercial deberán protegerse del abuso de confianza y otros actos contrarios a los usos comerciales honestos. Los datos de pruebas presentados a los gobiernos con el fin de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas también deben protegerse contra todo uso comercial desleal.

El acuerdo ADPIC contiene otras normas y disposiciones pertinentes a este informe. En efecto, la Parte III del acuerdo dispone que los gobiernos miembros están obligados a establecer en su respectiva legislación nacional procedimientos y recursos para garantizar eficazmente el respeto de los derechos de propiedad intelectual tanto por los titulares extranjeros de los derechos como por sus propios nacionales. Los procedimientos deberían permitir la adopción de medidas eficaces contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, pero deberían ser justos y equitativos y no deberían ser innecesariamente complicados o gravosos ni comportar plazos no razonables o retrasos indebidos. Deberían permitir una revisión judicial de las decisiones administrativas finales. No hay obligación alguna de instaurar un sistema judicial distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni de dar prioridad a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en la asignación de los recursos o del personal.

<sup>20</sup> Artículo 39, ADPIC.





En la misma línea argumental, los procedimientos y recursos civiles y administrativos establecidos en el texto incluyen disposiciones relativas a las pruebas, los mandamientos judiciales, los daños, así como a otros recursos, entre los que figuraría el derecho de las autoridades judiciales a ordenar que las mercancías infractoras sean apartadas de los circuitos comerciales o destruidas. Las autoridades judiciales deben estar facultadas asimismo para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya probabilidad de que se destruyan las pruebas.

### 4.3 Reunión ministerial de Qatar

El 14 de noviembre del 2001, en Doha, Qatar, los ministros de 142 miembros de la Organización Mundial del Comercio aprobaron un Programa de Trabajo para los próximos años.<sup>21</sup> El documento más importante aprobado en la IV Reunión Ministerial es la Declaración Ministerial,<sup>22</sup> la que contiene una parte pertinente a este informe:

“32. Encomendamos al Comité de Comercio y Medio Ambiente que, al proseguir la labor sobre todos los puntos de su orden del día en el marco de su mandato actual, preste particular atención a lo siguiente:

ii) las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”.

Esta disposición abre la puerta a una revisión general de las normas sobre derechos de propiedad intelectual y podría alcanzar al tema de la informa-

<sup>21</sup> Este programa de trabajo es, de facto, el lanzamiento de una nueva ronda de negociaciones, la “Ronda del Desarrollo”, como ha sido llamada por diversos personeros. La agenda de esta ronda incluye diversos temas, tanto nuevos como otros que ya están normados en la OMC, pero cuyas reglas actuales requieren modificaciones o aclaraciones. Todo ello, con el objetivo final de permitir una mayor liberalización del comercio mundial, conforme a reglas claras que otorguen una mayor seguridad jurídica a todas las partes involucradas. Es posible señalar que desde el lanzamiento de la Ronda Uruguay en 1986, que no se aprobaba un programa de negociaciones de esta magnitud, las que sin duda esta vez serán más complejas, debido entre otros factores al mayor número de países involucrados (incluida China).

<sup>22</sup> La declaración presenta el Programa de Trabajo de la OMC para los próximos años. En su preámbulo, se hace referencia a los problemas por los que atraviesa la economía mundial, pero al mismo tiempo se reconoce el rol importante que el sistema multilateral del comercio juega en la promoción del desarrollo económico sustentable y en el alivio a la pobreza. Luego, la Declaración establece una serie de directrices tendientes a resolver los llamados “problemas de implementación” derivados de los Acuerdos de Marrakech. Estos son los acuerdos negociados durante la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales (1986-94) y que hoy regulan el sistema multilateral de comercio bajo la OMC. La Declaración Ministerial dispone que cerca de 50 temas de implementación deberán ser resueltos en los próximos años.

ción no divulgada. Aún es muy temprano para realizar inferencias fundadas, pero debe estarse atento al avance de las negociaciones.

También procede señalar aquí la celebración de una declaración especial de los Ministros, de carácter político, se refirió al tema de la propiedad intelectual y la salud pública.<sup>23</sup> El tema se refiere a las dificultades que han experimentado varios países en desarrollo para asegurar el acceso de su población a medicamentos a precios asequibles en circunstancias de crisis, debido a la necesidad de respetar las patentes farmacéuticas.

Específicamente, la declaración reconoce que “el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que se reiteró el compromiso chileno con el Acuerdo sobre los ADPIC, se afirmó que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos”.<sup>24</sup> El punto es relevante, ya que abre una puerta a revisar el tema de la protección total al sistema de patentes y podría eventualmente servir para la promoción de un acuerdo de compromiso en materia de información no divulgada.

#### 4.4 Breve revisión regional

Latinoamérica, en general, no ha experimentado hasta la fecha un debate serio y fundamentado sobre el tema de la información no divulgada, en el que se exponga y reflexione sobre los distintos aspectos relevantes en la materia. Varias legislaciones de la región han procedido a reproducir las normas establecidas en el artículo 39 TRIPS sin desarrollarlas, explicarlas o adaptarlas al resto del ordenamiento jurídico nacional. Otros Estados simplemente no han legislado sobre la materia, produciéndose una situación de falta de certeza jurídica. A continuación, se señala brevemente la situación en algunos países de la región.

En Argentina, la legislación aplicable es el Decreto Ley Nº 3489/58, sobre Agroquímicos. Por su parte, la Ley 24.766 dispone que la generación de datos no genera exclusividad.

En Bolivia, la legislación reproduce la norma del artículo 39.3 TRIPS.

<sup>23</sup> Este fue un tema impulsado por los países en desarrollo, especialmente africanos, además de India, Brasil y muchos otros.

<sup>24</sup> De la misma forma, la declaración establece algunos criterios de flexibilidad que el Acuerdo ADPIC ofrece a los países para adoptar medidas que permitan un mejor acceso a los medicamentos, especialmente en relación con epidemias como el SIDA, tuberculosis, paludismo, etc.



En Brasil, la legislación reproduce la norma del artículo 39.3 TRIPS. En la actualidad, existe un proyecto de ley sobre la materia, el que, eventualmente, establecería un período de 15 años de protección.<sup>25</sup>

En Colombia existe una Ley de Genéricos, la que reproduce las normas del artículo 39.3 TRIPS.

En Costa Rica se encuentra vigente la Ley N° 7.975 sobre Información No Divulgada. Esta norma no establece un número de años de protección.

En Ecuador, la legislación reproduce la norma del artículo 39.3 TRIPS.

En Guatemala, el Decreto 57/2000, en vigencia desde noviembre del año 2000, establece, en su artículo 17, un período de 15 años de protección de propiedad intelectual de la información no divulgada. Así, el ordenamiento jurídico de Guatemala exige a las autoridades a conservar la confidencialidad de la información o datos de prueba y, al mismo tiempo, a no permitir la utilización de la misma por parte de terceros sin la autorización por escrito de su titular, durante un plazo de quince años.

En México la legislación protege la información no divulgada. Sus normas se apartan de lo establecido en el artículo 39 del TRIPS.

En Perú la legislación nacional reproduce las normas del artículo 39.3 TRIPS.

En República Dominicana, las normas del artículo 39.3 del TRIPS son adoptadas en forma literal en la legislación nacional.

En Uruguay, de la misma forma, se reproduce la norma del artículo 39.3 del TRIPS.

En Venezuela no existe legislación sistemática y actualizada sobre la materia, pero la tendencia de las autoridades es a dar máxima protección a la información no divulgada.

#### **4.5 Protocolo de seguridad biológica**

El Protocolo de Seguridad Biológica establece que, sin perjuicio de la pro-

---

<sup>25</sup> Es interesante destacar aquí un informe elaborado por la funcionaria comercial del gobierno de los Estados Unidos, Teresa Mendonca, que señala que el precio de las medicinas aumentó significativamente en Brasil entre 1996 y 1998, período en que se implementó en ese país el acuerdo TRIPS, incorporándolo a la legislación nacional.

tección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología cualquier información que haya que facilitar al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología en virtud del presente Protocolo y también información sobre:

- a) Leyes, reglamentos y directrices nacionales existentes para la aplicación del Protocolo, así como la información requerida por las Partes para el procedimiento de acuerdo fundamentado previo;
- b) Acuerdos y arreglos bilaterales, regionales y multilaterales;
- c) Resúmenes de sus evaluaciones del riesgo o exámenes ambientales de organismos vivos modificados que se hayan realizado como consecuencia de su proceso reglamentario.<sup>26</sup>
- d) Sus decisiones definitivas acerca de la importación o liberación de organismos vivos modificados; y
- e) Los informes que se le hayan presentado en virtud del artículo 33, incluidos los informes sobre la aplicación del procedimiento de acuerdo fundamentado previo.

El artículo 21 del Protocolo regula el tema de la información confidencial y establece así que la Parte de importación permitirá al notificador determinar qué información presentada en virtud de los procedimientos establecidos en el Protocolo o requerida por la Parte de importación como parte del procedimiento de acuerdo fundamentado previo establecido en el Protocolo debe tratarse como información confidencial.<sup>27</sup>

Por su parte, la Parte de importación entablará consultas con el notificador si estima que la información clasificada como confidencial por el notificador no merece ese tratamiento y comunicará su decisión al notificador antes de divulgar la información, explicando, cuando se solicite, sus motivos y dando una oportunidad para la celebración de consultas y la revisión interna de la decisión antes de divulgar la información.

---

<sup>26</sup> Y, de conformidad con el artículo 15, incluida, cuando proceda, información pertinente sobre productos derivados de los organismos vivos modificados, es decir, materiales procesados que tienen su origen en un organismo vivo modificado, que contengan combinaciones nuevas detectables de material genético replicable que se hayan obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna.

<sup>27</sup> En esos casos, cuando se solicite, deberán exponerse las razones que justifiquen ese tratamiento.



Cada Parte protegerá la información confidencial recibida en el marco del Protocolo, incluida la información confidencial que reciba en el contexto del procedimiento de acuerdo fundamentado previo establecido en el Protocolo. Cada Parte se asegurará que dispone de procedimientos para proteger esa información y protegerá la confidencialidad de esa información en una forma no menos favorable que la aplicable a la información confidencial relacionada con los organismos vivos modificados producidos internamente. La Parte de importación no utilizará dicha información con fines comerciales, salvo que cuente con el consentimiento escrito del notificador.<sup>28</sup>

No se considerará confidencial la información siguiente:

- a) El nombre y la dirección del notificador;
- b) Una descripción general del organismo u organismos vivos modificados;
- c) Un resumen de la evaluación del riesgo de los efectos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana; y
- d) Los métodos y planes de respuesta en caso de emergencia.

## Colofón

La forma en que se legisle sobre el tema de información no divulgada tendrá directos efectos en nuestra inserción comercial global y en el desarrollo de nuestra capacidad de fortalecimiento de la industria nacional para hacerla más competitiva. En este contexto, parece adecuado reflexionar sobre las finalidades políticas de toda nueva legislación.

## 5. Bibliografía

- Anexo N° 1C del Acuerdo de Marrakech de 1994, sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), promulgado por Decreto Supremo N° 16, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1995.
- Constitución Política de Chile, 1980.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, promulgado por Decreto Supremo N° 425, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991.

<sup>28</sup> En el evento que un notificador retirase o hubiese retirado una notificación, la Parte de importación deberá respetar la confidencialidad de toda la información comercial e industrial clasificada como confidencial, incluida la información sobre la investigación y el desarrollo, así como la información acerca de cuya confidencialidad la Parte y el notificador estén en desacuerdo.

- Cousiño, José Manuel. *Protección a la Información no Divulgada*. Documento de Trabajo. 2002.
- Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.
- Decreto Supremo N° 425, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991.
- Decreto Ley N° 211, de 1973, que fijó normas para la Defensa de la Libre Competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto Supremo N° 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1980.
- Decreto Supremo N° 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1980.
- Departamento Protección Agrícola, Subdepartamento Plaguicidas y Fertilizantes. *Autorización de Plaguicidas de Uso Agrícola*. Documento interno de trabajo, 2002.
- Dinamarca, Jaime. *Alimentos Biotecnológicos: ¿Conviene Etiquetar?* CPCC Medio Ambiente. Informativo de la Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción A.G. N° 82, marzo de 2002.
- Dirección de Relaciones Económicas Internacionales. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Resultados de la IV Reunión Ministerial de Qatar*. Documento publicado en el sitio web institucional, 2002.
- Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA). *La Propiedad Intelectual y las Nuevas Biotecnologías desde la Perspectiva del Comercio Agrícola*. Consorcio Técnico, área de ciencia, tecnología y recursos naturales, área de políticas y comercio. Documento coordinado por Enrique Alarcón y Rodolfo Quirós. La elaboración del documento correspondió a los consultores Francisco Astudillo, Silvia Salazar y Jorge Cabrera. Santiago, 2002.
- Ley N° 17.336, sobre propiedad industrial.
- Ley N° 19.039, sobre protección de derechos de propiedad industrial.
- Ley N° 19.342, que regula los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales.
- Ley N° 19.223, relativa al delito informático.
- Proyecto de Ley de Propiedad Industrial (en tramitación parlamentaria).
- Silva Repetto y M. Cavalcanti. *Negociaciones para el Examen del Acuerdo ADPIC*. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Las Negociaciones Comerciales Multilaterales sobre la Agricultura. FAO.
- Solleiro, J. L. "Propiedad Intelectual: ¿Promotor de la innovación o barrera de entrada?", en: Solleiro, J. L., Del Valle, C., Moreno, E. (coord.), *Posibilidades para el desarrollo tecnológico en el campo mexicano*. Instituto de Investigaciones Económicas. Programa Universitario de Alimentos. Ed. Cambio XXI. 1995.



# La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno

**José Ángel Fernández Cruz**

Profesor de Derecho Penal  
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

## I. Introducción

La creciente preocupación de los gobiernos y de los organismos internacionales por las consecuencias nocivas que produce el crimen organizado, no sólo en bienes personales, como la salud o la libertad, sino en el propio orden económico y en las propias bases del Estado, les ha llevado al convencimiento de que una forma especialmente eficaz para combatirlo es, precisamente, persiguiendo las prácticas de blanqueo de los fondos generados por dichas actividades delictivas. Si bien en un primer momento se establecieron medidas penales, la constatación de que una parte sustancial de esta actividad de blanqueo se realizaba a través del sistema financiero, llevaron a los Estados Unidos y, posteriormente, a la Unión Europea a promulgar una serie de medidas de prevención destinadas a aquellas instituciones financieras y profesionales susceptibles de ser utilizados para estos fines ilícitos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> A finales de 1988 Estados Unidos, consciente de la internacionalización del crimen organizado, presionó para que se establecieran medidas de prevención del blanqueo de capitales en otros ordenamientos jurídicos nacionales. El sistema por el que abogaba era el denominado *reporting sistemático*, consistente en que las entidades financieras debían comunicar a las autoridades competentes todas las operaciones financieras superiores a una determinada cantidad. Los países europeos inicialmente opusieron una clara resistencia a aceptar una media tan excepcional, en parte por el alto costo que suponía su implantación tanto para las administraciones públicas, como para las entidades financieras; y en parte porque el secreto bancario era una institución especialmente arraigada en la mayor parte de estos países. Posteriormente, el sistema continental, y especialmente el Reino Unido, estableció otro mecanismo preventivo, que someramente consiste en la obligación de las entidades bancarias y sus empleados de comunicar a las autoridades competentes aquellas transacciones que entendieran que, de acuerdo con unos criterios previamente establecidos, podían estar relacionadas con el blanqueo de capitales. Se trata, por lo tanto, de un sistema de comunicaciones selectivas y a iniciativa de las entidades financieras. Por último, dentro del sistema comunitario, se ha impuesto, en especial en España, un sistema mixto que recoge los dos anteriores: las entidades financieras deben remitir tanto aquellas operaciones que superen una cantidad determinada, como aquellas que tengan sospechas de que están relacionadas con el blanqueo de capitales. De esta forma, desde finales de los años ochenta la comunidad internacional viene esforzándose en llevar a cabo este cometido. Destaca la Declaración de Basilea de 1988, realizada por el GAFI; la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, de 10 de junio, o la creación de la asociación de unidades de inteligencia financiera, grupo EGMONT, cuyo cometido es, entre otros, asesorar a aquellos países que se encuentran en proceso de implantación de estas normas de prevención, como es el caso de Chile.

Son varias las razones que pueden explicar las relaciones entre el sistema financiero y el blanqueo de capitales: el volumen del mercado financiero; la complejidad de sus operaciones que lo hacen idóneo, como ningún otro sector, para las operaciones de blanqueo; la gran disparidad de las reglamentaciones nacionales; la deficiente, o prácticamente nula, supervisión bancaria en muchos países, la existencia del secreto bancario; las posibilidades de anonimato que con frecuencia brindan muchas legislaciones nacionales; las nuevas técnicas y procedimientos bancarios que, encaminados a agilizar las operaciones y facilitar los trámites a los clientes, son utilizadas por los blanqueadores. Esto, unido al proceso de globalización económica y financiera en el que nos encontramos, hace necesario que se establezcan unas medidas homogéneas en todos los países, para evitar este fenómeno criminal. En otras palabras, sin la cooperación activa de las entidades financieras, y otros organismos y profesiones especialmente sensibles a este fenómeno, no sólo en el ámbito nacional, sino internacional, resulta prácticamente imposible una lucha eficaz contra el crimen organizado.

Por lo tanto, en la lucha contra el blanqueo de capitales se distingue una doble línea de acción seguida por los organismos internacionales y por los gobiernos nacionales: la vía penal, dirigida a tipificarlo como delito, y la vía de prevención, encaminada a dificultar o impedir la actividad de blanqueo. En el primer caso, desde 1995 existe el delito de lavado de dinero (art. 12 de la Ley 19.366), en cambio, no existe en la actualidad una normativa de prevención e investigación del blanqueo de capitales.

El presente artículo abordará la problemática del fenómeno del lavado o blanqueo de capitales desde una perspectiva preventiva. Los principales sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural han establecido un conjunto de obligaciones destinadas a las entidades financieras, y, en general, a aquellas profesiones o actividades relacionadas directamente con los flujos de capital, como son abogados, notarios o establecimientos de cambio de moneda. Principalmente, estas obligaciones consisten, por una parte, en el establecimiento de una serie de procedimientos de detección de aquellas operaciones de las que se sospeche que se están utilizando para *reciclar* beneficios procedentes de la criminalidad; y por otra, en la obligación de comunicar estas operaciones a unos organismos administrativos especializados en la investigación financiera de la criminalidad organizada (*Unidades de Inteligencia Financiera*).

Por las anteriores consideraciones, se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de una nueva ley de drogas que sustituye la actual Ley 19.366, donde se incluye, junto a la regulación penal, un sistema preven-





tivo de lavado de dinero. No obstante, debemos señalar desde el inicio que existe un considerable retraso por parte del Estado chileno en la adopción de estas medidas, que con carácter general se vienen aplicando en Europa y Estados Unidos desde principios de los años noventa.<sup>2</sup>

Si bien resulta difícil determinar cuáles han sido las razones políticas que han llevado a la República de Chile a no adoptar estas medidas contra el crimen organizado, resulta evidente que la instauración de este sistema preventivo contra el blanqueo de capitales supone unos costos económicos. La implantación de esta normativa supone costes que son en gran parte asumidos por el mercado financiero: entorpecimiento de la normalidad bancaria; restricción de la libertad en las operaciones; pérdida de clientes y de inversión extranjera; cierto grado de inseguridad jurídica respecto al cumplimiento de las obligaciones y sanciones impuestas a las entidades financieras, constituyen las principales objeciones a la implantación de un sistema de prevención del blanqueo de capitales. O en otras palabras, como manifiesta el Informe de Naciones Unidas sobre *Refugios Financieros, Secreto Financiero y Blanqueo de Dinero*: "Toda tentativa de introducir nuevas leyes o reglamentos contra el blanqueo de dinero será fuertemente combatida si inhibe también, directa o indirectamente, actividades lícitas y daña intereses comerciales de empresas individuales o de determinados ramos o sectores económicos o industriales, así como a determinada nación o grupo de naciones".<sup>3</sup> No obstante, el compromiso de Chile en la lucha contra la criminalidad organizada internacional hace necesario la aprobación de una serie de medidas legislativas para evitar que, principalmente, su sistema financiero sea utilizado por el crimen organizado para reinvertir sus beneficios ilegales en la economía legal.

Al tenor de las anteriores consideraciones y adelantándonos a una de las principales conclusiones de este estudio, debemos afirmar que resulta insuficiente el actual sistema normativo contra el lavado de dinero, que se centra exclusivamente en medidas represivas contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales, por lo que es necesario abordar el estudio y los principios que deben inspirar la futura y necesaria normativa de prevención del blanqueo de capitales en Chile.

La metodología se centrará en un estudio del derecho comunitario, y en especial de la *transposición* que ha realizado de éste el ordenamiento ju-

<sup>2</sup> A principios de 1990 se presentó un proyecto de reforma de Ley General de Bancos, donde se imponía a las instituciones financieras una serie de obligaciones a fin de prevenir el blanqueo de capitales. El proyecto finalmente fue archivado por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (7ª sesión ordinaria de 6 de septiembre de 1994).

<sup>3</sup> BLUM, Jack A. (et alii), *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, en *Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal*, N° 8 de la Serie Técnica del PNFID, 1999, p. 36.

rídico español, ya que, la Ley 19/1993 de Prevención del Blanqueo de Capitales ha recogido los dos sistemas de prevención del blanqueo de capitales que existen en el derecho comparado. A continuación, realizaremos una somera referencia sobre la reforma de la Directiva, para finalmente abordar brevemente el sistema que ha adoptado el proyecto de ley sobre drogas.

## **II. La directiva comunitaria 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991: la ley de prevención de blanqueo de capitales española**

La Ley 19/1993 *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (en lo sucesivo LPBC) y su Reglamento de desarrollo<sup>4</sup> (en lo sucesivo RPBC) *transponen* al ordenamiento jurídico español la Directiva 308/91/CEE.

Someramente y a modo de introducción, destacamos las siguientes características:

a) La Ley 19/1993 no posee una naturaleza penal. Se trata de una norma de carácter administrativo-financiero, persigue únicamente habilitar unos métodos adecuados para prevenir el blanqueo de capitales a través de las entidades financieras y otras actividades profesionales, con el objeto, por una parte, de disuadir la utilización de estos últimos para blanquear capitales criminales, y por otra, detectar operaciones sospechosas de blanqueo que permitan a las autoridades judiciales determinar una posible responsabilidad penal.

b) Es una norma que trata de coordinar a todas las instituciones públicas, y sectores privados relacionados con el fenómeno del blanqueo de capitales, sin cuya colaboración, leal y recíproca, será difícil alcanzar la eficacia que la LPBC persigue.<sup>5</sup>

c) Las actividades delictivas sometidas a la normativa de prevención radican en las actividades relacionadas con las drogas –como cumplimiento de la Directiva 908/91/CE– y actividades relacionadas con grupos terroristas y grupos organizados –como facultad que la propia Directiva permite a cada Estado miembro–. En el caso de los grupos terroristas, refleja la manifestación del crimen organizado más grave en nuestro país.

<sup>4</sup> Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.

<sup>5</sup> RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, "Normas preventivas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados, obligaciones y actuaciones del servicio ejecutivo", *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, en *Estudio de derecho judicial*, núm. 28, Madrid: CGPJ, (2000), p. 55.



d) A pesar de ser una norma de naturaleza preventiva, se establece un sistema de infracciones que sanciona esencialmente incumplimientos formales.

e) Se ha optado por un sistema mixto de prevención. Las entidades financieras deben remitir tanto aquellas operaciones que superen una cantidad determinada, como aquellas que tengan sospechas de que están relacionadas con el blanqueo de capitales.

Centrándonos en el sistema de obligaciones, éste no se impone con carácter general a todos los *sujetos obligados*, si no que establece una bipartición, atendiendo a su distinta peligrosidad objetiva y potencial capacidad para blanquear capitales. Por una parte, se sitúan las entidades financieras, o entidades colaboradoras que se encuentran sujetas a todas las obligaciones; y por otra, aquellas otras personas físicas o jurídicas –enumeradas en la Ley y el Reglamento– que ejercen actividades profesionales particularmente susceptibles de ser utilizadas par el blanqueo de capitales, y que se encuentran exentas de algunas de estas obligaciones.

La propia normativa divide el elenco de obligaciones en tres grandes apartados: investigación, información y colaboración. No obstante, ofrecemos otra clasificación, que entendemos que resulta más clarificadora. Hemos tenido como fuentes de referencia la clasificación realizada por el propio *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* (SEPBLAC) en sus informes anuales, y la obra de ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS<sup>6</sup>.

## 1. Régimen de obligaciones

### A) Obligaciones de las entidades financieras

Las entidades financieras sujetas a las obligaciones de la LPBC y su Reglamento son las siguientes:

- a) Las entidades de crédito: Instituto de Crédito Oficial, bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito.
- b) Los establecimientos financieros de crédito: entidades de financiación, sociedades de arrendamiento financiero, entidades de *factoring*, sociedades de crédito hipotecario y entidades de concesión de avales y garantías, y entidades de emisión y gestión de tarjetas de crédito.

<sup>6</sup> ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU PALACIOS, *La Prevención...*, ob. cit., pp. 165-166.

- c) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo del seguro de vida.
- d) Las sociedades y agencias de valores.
- e) Las instituciones de inversión colectiva.
- f) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones.
- g) Las sociedades gestoras de carteras.
- h) Los establecimientos de cambio de moneda.
- i) Las personas o entidades extranjeras que, a través de sucursales o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las entidades antes citadas.

#### a) Medidas de control interno

Con la finalidad de asegurar la eficacia en la prevención del blanqueo de capitales –y en concreto las obligaciones de investigación y comunicación que deben realizar los *sujetos obligados* a la unidad de inteligencia financiera española (en lo sucesivo SEPBLAC)– los arts. 12 al 14 del RPBC prescriben a las entidades colaboradoras adoptar una serie de medidas de carácter interno. Así tenemos;

- a) Formación del personal para poder ejercer una vigilancia adecuada.<sup>7</sup>
- b) Difusión de instrucciones claras y precisas a todas sus oficinas y sucursales.
- c) Coordinación en la actuación de todas ellas.
- d) Establecimiento de procedimientos para la transmisión rápida y sistematizada de información.
- e) La designación de representantes de cada entidad ante la autoridad de vigilancia competente.<sup>8</sup>
- f) La organización de procedimientos de comunicación a dicha autoridad.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Debe destacarse que a la fecha de 1997, los bancos y las cajas de ahorros han organizado cursos o seminarios formativos a los que han asistido el 71% y el 43%, respectivamente, de sus plantillas. SEPBLAC, *Memoria de Actividades de 1997*, (documentación interna) Madrid: Banco de España, 1997, pp. 17 y 18. En 1998, el Servicio en orden a comprobar el cumplimiento y la calidad de los cursos de formación remitió un formulario a los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito. Entre las preguntas formuladas destaca si la entidad posee un manual de normas *antiblanqueo*, ya que constituye una práctica habitual entre las principales entidades obligadas.

<sup>8</sup> El cumplimiento de esta obligación no ha constituido una tarea fácil. El SEPBLAC, fundamentalmente en sus primeros años de funcionamiento, se ha venido dirigiendo de forma expresa, colectiva e individualmente a aquellos “sujetos obligados” que todavía permanecen ajenos a la Ley 19/1993 y a su Reglamento. Así, por ejemplo, el SEPBLAC en el periodo de 1998 intensificó su esfuerzo en el cumplimiento de esta obligación, a través de reuniones y la remisión de cartas recordatorias, y consiguió que el número de representantes de las entidades obligadas pasara de 3.097 a 3.503. Memoria de Actividades del Servicio Ejecutivo (1998), cit., p.17.

<sup>9</sup> Véanse arts. 12 a 14 del Reglamento.

## b) Medidas de investigación

### 1) Identificación de los clientes

Estas obligaciones están destinadas a la identificación por parte de las entidades de sus clientes –habituales o no–, tanto en el momento de entablar relaciones de negocios, como el transcurso de la relación financiera o comercial con el cliente.<sup>10</sup>

### 2) Examen especial de determinadas operaciones

Se trata de la obligación de examinar con especial atención aquellas operaciones que, por su naturaleza y con independencia de la cuantía, pudieran estar aparentemente vinculadas al blanqueo de capitales.<sup>11</sup>

La normativa de prevención de blanqueo de capitales no establece ningún listado de operaciones que puedan resultar sospechosas, sin duda, la constante mutación del crimen organizado hace inviable esta posibilidad. Sin embargo, el art. 5 RPBC ordena a las entidades obligadas a confeccionar unos listados de operaciones sospechosas, que deben ser revisados periódicamente, y fiscalizados por el propio SEPBLAC. En aras de facilitar la elaboración de estos listados, el propio precepto citado incluye dos criterios o características que si concurren en una operación deberá considerarse como

<sup>10</sup> Véase el art. 3.1<sup>o</sup> LPBC y los arts. 3 y 4 del RPBC. La manera de concretar esta obligación corre a cargo de los propios sujetos obligados. Así, las normas operativas internas matizan según se trate de operaciones de clientes habituales o de clientes no habituales. En numerosos bancos sus normas de régimen interno, aparte de verificar la entidad del cliente, procuran obtener referencias de los mismos a través de otras entidades, instituciones, etc. Por otra parte, las normas internas de las entidades bancarias contienen cláusulas encaminadas a evitar a aquellos potenciales clientes en los que concurren circunstancias. Destacamos:

- Que se trate de personas de dudosa integridad u honestidad, más aún si se tuviera algún indicio de que pudieran estar vinculadas al tráfico de drogas, terrorismo o crimen organizado, con independencia de su cuantía.

- Que tengan negocios cuya naturaleza haga imposible verificar la legalidad de sus operaciones, o la procedencia de los fondos.

- Que rehúsen o entorpezcan su identificación, o que por alguna razón ésta sea imposible o suscite serias dudas sobre su veracidad.

- Cuando existan indicios o certeza de que los clientes o personas cuya identificación fuera preceptiva no actúan por cuenta propia.

- Asimismo en otros casos, las normas internas de las entidades bancarias exigen proceder con especial cuidado en los casos de apertura de las denominadas “cuentas espontáneas” (que se producen sin que se hubieran hecho gestiones previas por parte del banco para su captación); la apertura de cuentas a nombre de menores de edad o incapacitados; y la apertura de cuentas destinadas a recibir/transmitir fondos del o al extranjero para atender a actividades complejas de carácter comercial o financiero, etc. Por último, con independencia de las obligaciones de identificación impuestas por la LPBC y RPBC, existen con anterioridad, tanto en la legislación fiscal como en las normas de control de cambios, exigencias de la misma naturaleza. De hecho, esta normativa, entre otras cuestiones, al poseer un ámbito de aplicación mucho más amplio, es un instrumento muy eficaz para la prevención del blanqueo de capitales en aquellos sujetos que no se encuentran obligados conforme a la normativa de prevención.

<sup>11</sup> Véase el art. 5 del Reglamento.

sospechosa, y por lo tanto comunicarla al órgano interno de la entidad: a) cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponden con su actividad o antecedentes financieros; b) y cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, recibe abonos en efectivo por un elevado número de personas.

La relación de operaciones sospechosas elaboradas por las entidades financieras tiene como antecedente inmediato el listado elaborado por la Asociación Española de Banca (AEB) en enero de 1991, que supone una lista de mínimo doce supuestos, a la que cada entidad añadirá sus propias variantes adicionales. Además, la relación existente entre el SEPBLAC y la AEB es muy estrecha a la hora de comunicar y asistir a las entidades financieras en la elaboración de los listados de operaciones sospechosas.

Por último, debemos añadir que las nuevas operaciones que el propio Servicio Ejecutivo selecciona de entre las comunicaciones recibidas por las entidades, o de sus propias investigaciones, que están siendo utilizadas para blanquear dinero, las remite a todas las entidades obligadas. En este sentido, el Servicio Ejecutivo a través de la AEB, por una parte, ha remitido un listado de transacciones con el exterior que conllevan una alta probabilidad de ser utilizadas para el blanqueo de capitales;<sup>12</sup> y por otra, ha advertido a las entidades financieras y de crédito que pongan especial atención a los préstamos procedentes de paraísos fiscales.<sup>13</sup>

Ahora bien, el propio Servicio Ejecutivo pone de manifiesto que “en la práctica es difícil que en todos los casos puedan los *sujetos obligados a priori* determinar si la operación que les resulta sospechosa procede de las mencionadas actividades relacionadas con las drogas, terrorismo y la criminalidad organizada”. En algunos supuestos, los menos, tienen algún dato orientativo como los antecedentes o algunas relaciones familiares, profesionales o sociales de las personas objeto de su comunicación.<sup>14</sup> No obstante, y en sentido contrario, las comunicaciones efectuadas por los *sujetos obligados* han servido para descubrir importantes organizaciones criminales.<sup>15</sup>

Generalmente, los sujetos comunicantes consideran una operación como sospechosa cuando concuerda, o bien con algunas de las listas de opera-

<sup>12</sup> Compraventa reiterada de moneda extranjera por caja, con contrapartida en efectivo (pesetas) por cuantía unitaria incluso reducida (aun por debajo de un millón de pesetas); y transferencias en el exterior ordenadas contra entrega de efectivo en caja, con los mismos elementos y matices en cuanto a cuantía y reiteración

<sup>13</sup> Véase sobre el tratamiento del registro de préstamos procedentes de paraíso fiscales que contiene la Circular 23/1992, de 18 de diciembre, del Banco de España, que tiene como referencia el RD 1080/1991, de 5 de julio.

<sup>14</sup> Memoria de Actividades del SEPBLAC (documentación interna), Madrid: Bco. de España (1997), p. 18.

<sup>15</sup> Véanse las sucesivas memorias de actividades del SEPBLAC.



ciones sospechosas elaboradas por la AEB y la CECA, o bien, y sobre todo, con los criterios establecidos en el art. 5 RPBC.

Por otra parte, el propio Servicio viene colaborando con otras instituciones o administraciones públicas estrechamente vinculadas con alguno de los *sujetos obligados*, a fin de cumplir, informar o clarificar las obligaciones derivadas de la LPBC. Un claro ejemplo es la Instrucción de la Dirección General de Notarios y Registradores de 10 de diciembre de 1999, donde se relacionan aquellas actividades susceptibles de estar vinculadas con el blanqueo de capitales, y la Circular del Banco de España de 26 de octubre de 1998.

El procedimiento establecido, recibida una operación singularmente sospechosa, podemos dividirlo en dos fases:

a) Fase interna. El SEPBLAC lleva a cabo las actuaciones previas correspondientes, dirigidas a verificar y confirmar los indicios o sospechas.<sup>16</sup>

b) Fase externa. En el caso de que se confirmen las sospechas, el SEPBLAC remite las actuaciones a las autoridades competentes (fiscalías, autoridades judiciales, cuerpos policiales) para investigar las posibles responsabilidades penales.<sup>17</sup>

El número de comunicaciones recibidas de los *sujetos obligados* sobre operaciones sospechosas de blanqueo de capitales tiene una clara progresión ascendente; fundamentalmente debido a la toma de conciencia por parte de las entidades obligadas del papel fundamental que desempeñan en la prevención del blanqueo de capitales y del crimen organizado.<sup>18</sup>

Respecto al cumplimiento por parte de estos *sujetos obligados*, ha sido y viene siendo muy desigual. Destacan los bancos y cajas de ahorros, como los sujetos que ha cumplido con mayor diligencia las obligaciones impuestas por la LPBC y su Reglamento de desarrollo. El propio SEPBLAC ha puesto de manifiesto esta problemática con relación a las siguientes situaciones constatadas en sus memorias anuales:

a) En 1998, las sociedades de transferencias de fondos sólo remitieron cuatro comunicaciones sobre operaciones sospechosas.

<sup>16</sup> Alrededor del 50% de las comunicaciones remitidas por las entidades obligadas son archivadas. SEPBLAC, *Memorias de actividades* (1999), cit., p. 222.

<sup>17</sup> Memoria de Actividades (1998), cit., p. 22. Este tipo de comunicaciones, por disposición expresa de la LPBC, han de dirigirse al SEPBLAC, no pudiendo ser sustituido por ningún otro órgano judicial o administrativo, aunque entendemos que podrá comunicarse paralelamente a los órganos judiciales.

<sup>18</sup> El número de comunicaciones anuales ha sido el siguiente: 163 en 1995, 670 en 1996, 866 en 1997, 1097 en 1998, y 1311 en 1999. SEPBLAC, *Memorias de actividades de 1999*, cit., p. 221.

b) En cuanto a las comunicaciones de actividades singularmente sospechosas de los grupos de *sujetos obligados*, sólo un reducido número viene detectando este tipo de operaciones. Así, en 1999 sólo 34 bancos, 35 cajas, 8 cooperativas de crédito, 2 establecimientos de cambio de moneda extranjera, 6 inmobiliarias, 6 compañías de seguros, 2 sociedades de valores, han efectuado las correspondientes comunicaciones.<sup>19</sup>

c) Por otra parte, la calidad de las comunicaciones relativas a operaciones sospechosas, en palabras del propio SEPBLAC, es más bien baja.<sup>20</sup>

d) Relacionado con lo anterior, el propio SEPBLAC tiene la impresión de que en ocasiones las entidades formulan las comunicaciones con el único fin de justificar que cumplen con lo dispuesto reglamentariamente.<sup>21</sup>

### 3) El denominado “Reporting sistemático”

Constituye un sistema de comunicación de una serie de operaciones listadas por la Administración, cuyos datos deben ser remitidos periódicamente por las entidades financieras al Servicio Ejecutivo. De acuerdo con el artículo 7 LPBC, los *sujetos obligados* deben comunicar al SEPBLAC entre los días 1 y 15 de cada mes, y con referencia al mes anterior, las operaciones que reúnen determinadas características objetivas. No es necesario que se compruebe si son sospechosas o no de ser utilizadas para blanquear capitales de procedencia criminal. En concreto, estas operaciones objetivas son:

a) Las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta del cliente, por importe superior a cinco millones de pesetas o su contravalor en moneda extranjera.

b) Las realizadas por o con personas físicas o jurídicas residentes en territorios o países que tengan la consideración de paraíso fiscal, cuando el importe de las mismas sea superior a cinco millones de pesetas.

Estas comunicaciones se reciben normalmente en soporte informático, procediendo el SEPBLAC a su almacenamiento y tratamiento en su *Base de Datos*

<sup>19</sup> SEPBLAC, *Memoria de Actividades*, cit. (1999), p. 28.

<sup>20</sup> SEPBLAC, *Memoria de Actividades*, cit. (1998), p. 20.

<sup>21</sup> SEPBLAC, *Memoria de Actividades del Servicio Ejecutivo*, cit. (1998), p. 20. Así, como manifiesta el propio Servicio: “en numerosas comunicaciones el sujeto comunicante omite la exposición de las circunstancias de las que pueda inferirse el indicio de vinculación de la operación comunicada con el blanqueo de capitales”, exposición obligatoria según lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 4 del artículo 7 del RD 925/1995.





de Declaración Mensual de Operaciones (DMO). Su explotación se realiza informáticamente, bajo criterios previamente seleccionados (el tipo de operaciones, su cuantía, territorios o países implicados etc.), y agrupados en listados periódicos. De este análisis inicial, que como hemos comentado se practica con criterios objetivos, se realiza una investigación, y si se aprecian indicios o sospechas de blanqueo, esta investigación se convierte en una denominada "Alerta", actuaciones internas del Servicio que se transforman en actuaciones previas de investigación similares a las derivadas de una comunicación de una operación sospecha por parte de un sujeto obligado.<sup>22</sup>

Al igual que ocurre con las comunicaciones de aquellas operaciones especialmente sospechosas, no todos los *sujetos obligados* cumplen escrupulosamente el *reporting sistemático*.<sup>23</sup> El Servicio Ejecutivo, transcurrido seis meses sin realizar ninguna comunicación, se dirige a ellos recordándoles las obligaciones que la LPBC les impone.

#### 4) Comunicaciones voluntarias

Las entidades, aparte de comunicar aquellas operaciones que por ley se encuentran obligadas, de propia iniciativa, o a petición del propio SEPBLAC, remiten voluntariamente otra serie de operaciones.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> SEPBLAC, *Memoria de Actividades*, cit. (1997), cit., p. 24.

<sup>23</sup> En el periodo de 1998, entre otros sujetos obligados, sólo 49 bancos, 41 cajas, 16 sociedades de seguros, 9 cooperativas de crédito extranjeras comunitarias, 4 establecimientos financieros de crédito, 4 establecimientos de cambio de moneda extranjera, etc., habían cumplido con la citada obligación. SEPBLAC, *Memoria de Actividades*, cit. (1998), p. 22. Esta situación se ha reproducido en el periodo de 1999, SEPBLAC, *Memoria de Actividades*, cit. (1999), p. 30.

<sup>24</sup> a) **Cambios de moneda contra entrega de efectivo**

Los bancos y cajas, a petición del Servicio Ejecutivo, establecieron en 1996 una prueba "piloto", a través de las oficinas más operativas de cuatro significados bancos y dos destacadas Cajas. La prueba consistía en comunicar a dicho Servicio las operaciones de cambio de moneda por importe superior a 500.000 ptas. e inferior a 5 millones, llevadas a cabo por los denominados coloquialmente como "pitufos"; personas que realizan cambios por caja, generalmente adquiriendo dólares contra entrega de efectivo, y actuando, normalmente, por cuenta de terceras personas no identificadas por las propias entidades de crédito. Dichas entidades, por medio de las correspondientes instrucciones de la AEB y la CECA, y a raíz de los resultados satisfactorios de esta experiencia, acordaron remitir al SEPBLAC este tipo de operaciones, que se introducen en la Base de Datos DMO.

b) **Transferencias de fondos recibidas o expedidas al exterior**

Desde diciembre de 1996, las entidades de crédito y determinados establecimientos de cambio de moneda han acordado comunicar al Servicio Ejecutivo las transferencias de fondos recibidas del extranjero o expedidas al exterior por importe superior a 500.000 ptas. e inferior a 5 millones. Estas comunicaciones se incluyen también en la Base de Datos DMO.

c) **Movimiento de efectivo por fronteras**

El Servicio Ejecutivo recibe e incorpora al DMO los denominados *modelos de declaración B1 y B3*. El primero recoge la declaración de exportación e importación por frontera de moneda metálica, billetes de banco o cheques al portador, por cuantía superior a un millón de pesetas. El modelo de declaración B3 se destina a los cobros y pagos efectuados entre residentes y no residentes en España, en moneda metálica, billetes de banco o cheques al portador, cifrados en pesetas o divisas, efectuados, tanto dentro como fuera del territorio español, cuando el importe de la operación supera 1.000.000 ptas. o su contravalor.

## 5) Abstención de ejecución de operaciones

Las entidades colaboradoras, conforme con los arts. 3.5 LPBC y 9 del Reglamento, deben abstenerse de ejecutar las operaciones sospechosas sin previamente haberlas comunicado al Servicio Ejecutivo.

No obstante, el apartado 2 del art. 9 del Reglamento señala dos excepciones: bien cuando no sea posible por las características de la operación; bien cuando la abstención de la ejecución de la operación pueda dificultar la posterior investigación por el SEPBLAC. En todo caso, los *sujetos obligados* deberán comunicar la operación inmediatamente después de su ejecución.

En cuanto a la primera excepción, normalmente concurrirá en los casos de ejecución automática de operaciones, cada vez más frecuentes debido a la creciente informatización de la actividad bancaria. Por otra parte, la doctrina se ha preguntado si esta imposibilidad debe entenderse en sentido estrictamente material, o si puede ampliarse a aquellos casos en que, aun siendo materialmente posible la paralización de la operación, los perjuicios que se deriven para el cliente, o para la propia entidad, sean de tal envergadura que no justifiquen la medida. ALVAREZ PASTOR mantiene que en estos casos excepcionales, si tal comunicación se produce de forma inmediata, los objetivos perseguidos por el art. 9 del Reglamento no se verán perjudicados.<sup>25</sup>

Respecto a la segunda excepción, ésta podrá concurrir cuando pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación; el retraso como consecuencia de la abstención por parte de la entidad financiera puede poner en alerta a los presuntos autores de una operación de blanqueo de capitales.<sup>26</sup>

## 6) Medidas de comunicación e información

Las entidades obligadas, como correlato al cumplimiento de las diferentes medidas de investigación, deben informar del resultado de éstas al SEPBLAC. Así, las entidades colaboradoras deben comunicar al SEPBLAC tanto las operaciones sospechosas como el *reporting sistemático*, así como informar a los requerimientos efectuados por el SEPBLAC (arts. 7 y 8 del Reglamento).<sup>27</sup>

<sup>25</sup> ALVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La Prevención...*, cit., p. 194.

<sup>26</sup> ALVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La Prevención...*, cit., p. 195.

<sup>27</sup> El Reglamento en su art. 7 especifica tres tipos de comunicaciones que deben suministrar los sujetos obligados al Servicio Ejecutivo:

a) Comunicación por iniciativa propia de las operaciones sospechosas, es decir, respecto a las cuales existe indicio o certeza de vinculación con el blanqueo de capitales.

b) Comunicaciones periódicas rutinarias de algunas operaciones previstas en el art. 7.2 del Reglamento. Se trata de operaciones objetivas, especificadas por el propio Reglamento o por disposiciones de desarrollo del mismo, en las que no existe indicio o certeza, pero debido a su especial naturaleza y características, el Servicio Ejecutivo quiere tener información regular y periódica.

c) Información puntual para cada caso u operación concreta que fuera solicitada por el Servicio Ejecutivo.



A lo anterior debemos unir las obligaciones de comunicación procedentes de la Orden 193/2000, de 2 de agosto, del Ministerio de Economía, en cumplimiento del artículo 7.2 RPBC, que en su artículo único declara: “Las obligaciones de comunicación al Servicio Ejecutivo que han de efectuar los *sujetos obligados* en todo caso respecto a las obligaciones descritas en el art. 7.2 b) RPBC, se extienden a aquellas operaciones que se realicen con algunos de los siguientes países o territorios (jurisdicciones): Filipinas, Islas Marshall, Israel, Niue, Rusia, San Cristóbal y Nieves”.<sup>28</sup>

Este desarrollo reglamentario trae como causa el cumplimiento por parte del Estado español de las recomendaciones realizadas por el GAFI en su informe de 22 de junio de 2000, donde se incluye una lista de países no cooperantes con las medidas contra el blanqueo de capitales, y sobre los cuales se requiere por parte de los países miembros de esta organización la aplicación de la Recomendación 21 del citado informe.

Por último, debemos destacar dentro de este elenco de medidas, los parámetros para delimitar las distintas responsabilidades dentro de la propia entidad colaboradora en los casos de incumplimiento de las obligaciones de comunicación. El Reglamento en su art. 13 señala que, una vez que el directivo o empleado de la sucursal ha efectuado la comunicación sobre una determinada operación sospechosa al órgano interno de la entidad –responsable de velar por cumplimiento de normativa de prevención, y en especial, de comunicar la operación sospechosa al SEPBLAC–, queda exento de responsabilidad. Subsidiariamente, cuando el órgano o entidad no hubiere informado al empleado o directivo que comunicó la operación sospechosa sobre el curso dado a su comunicación, dicho empleado o directivo puede comunicar directamente dicha operación al mencionado Servicio Ejecutivo.<sup>29</sup>

#### a) El secreto bancario y las obligaciones de comunicación

La obligación de comunicar las operaciones sospechosas como el *reporting* sistemático que deben ser remitidas al SEPBLAC supone una excepción a la institución del secreto bancario, aunque debemos tener presente que en nuestro país su sustento legal es más bien endeble, y que desde luego cede ante la Administración de Justicia penal y la Hacienda Pública<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Por otra parte, esta orden viene a completar la legislación que nuestro país posee sobre paraísos fiscales, y que tiene como norma de referencia el RD 1080/1991.

<sup>29</sup> El art. 11 de la Directiva 91/308/CEE obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos adecuados de comunicación con las entidades colaboradoras. El RD 925/1995 en su artículo 11 establece la creación de un órgano interno por parte de los sujetos obligados cuando el número de empleados sea superior a veinticinco personas, en caso contrario, será el titular de la actividad el que desempeñe las funciones de control y comunicación. Estos órganos internos serán los interlocutores directos con el SEPBLAC.

<sup>30</sup> ALVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La Prevención...*, cit., p. 202.

El art. 4 de la LPBC intenta resolver o paliar unos de los principales costes que plantea el cumplimiento por parte de las entidades colaboradoras, y que afecta directamente a sus intereses económicos y comerciales. La vulneración del secreto puede acarrear consecuencias negativas para la entidad en sus relaciones, no sólo con el cliente afectado, sino también con otros clientes que teman verse en idéntica situación. Dado que no toda operación resulta finalmente ser vehículo de blanqueo de capitales, y no todo cliente sospechoso resulta finalmente ser un blanqueador, es obvio que la revelación de sus operaciones a un organismo público y sus funcionarios, por muy sujetos que estén estos últimos a la obligación de guardar secreto profesional, repercutirá negativamente en la entidad financiera.

Consciente el legislador de que estos perjuicios no deberían repercutir en las entidades obligadas –salvo la posible pérdida del cliente–, el citado artículo declara que la “comunicación de buena fe de las informaciones contempladas en el apartado 4 del artículo precedente por el sujeto obligado o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria, y no implicará para los *sujetos obligados*, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad”.

Durante el proceso de elaboración de la Directiva 91/308/CEE, el legislador comunitario ante esta problemática se planteó que, junto a la exención de responsabilidad de las entidades obligadas, fuese el Estado quien se hiciera cargo del resarcimiento de los perjuicios resultantes. Finalmente, eludió afrontar este problema, y parece que los perjuicios deberán soportarlos conjuntamente la entidad obligada y el propio cliente. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS se cuestionan a qué institución deberá dirigirse el ciudadano perjudicado, puesto que es muy cuestionable que un mandato comunitario, transpuesto en una norma nacional, pueda excepcionar principios jurídicos elementales en cualquier sociedad avanzada, y entre ellos, el de no causar daños a otros impunemente.<sup>31</sup>

#### 7) Deber de confidencialidad respecto de las operaciones sospechosas

Según determina el art. 10 del Reglamento, las entidades colaboradoras están sujetas al deber de confidencialidad, no pudiendo revelar, ni al cliente ni a terceros, las actuaciones que realicen en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 19/1993 y de su Reglamento, en especial respecto de las operaciones sospechosas y la información suministrada al SEPBLAC.

<sup>31</sup> *La Prevención...*, cit., p. 204-205.



## 8) Obligación de conservación de documentos

Las entidades colaboradoras deben conservar durante 6 años los documentos o registros acreditativos de sus operaciones, a efectos de inspección por la autoridad competente.<sup>32</sup>

### **B) Obligaciones de otras personas sujetas al LPBC y su Reglamento**

Las anteriores obligaciones están destinadas a las entidades financieras que la propia LPBC y Reglamento detalla, pero además se incluyen otros sujetos que poseen un régimen de obligaciones menos riguroso. Podemos dividirlos en dos grandes grupos: a) por una parte las personas físicas o jurídicas dedicadas a alguna de las actividades siguientes: casinos de juego, actividad de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles, actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos, actividades relacionadas con el comercio de objetos de arte o antigüedades, y actividades de inversión filatélica o numismática;<sup>33</sup> b) y por otra parte, el art. 27 LPBC establece un deber general de cooperación a las autoridades y funcionarios públicos, incluyendo específicamente a los Registradores de la Propiedad y Mercantil, Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, que aun teniendo la condición de funcionarios públicos, su actividad se asemeja a una actividad empresarial.

En cuanto al primer grupo de sujetos, sólo están supeditados a las obligaciones especificadas en el artículo 3 de la Ley 19/1993 y el art. 16 del Reglamento.<sup>34</sup> Cabe destacar, entre las obligaciones excluidas el denominado *reporting sistemático*. Esta exclusión se aplicará con toda seguridad a los nuevos profesionales incluidos por la reforma de la Directiva 908/91/CEE, en especial abogados y asesores fiscales.

Una de las principales dificultades que se ha encontrado el SEPBLAC a la hora de aplicar la normativa para la prevención del blanqueo de capitales a estos sujetos, ha sido su identificación. Al contrario de lo que ocurre con las entidades de crédito, que al contar con registros oficiales ha sido relativamente fácil elaborar un censo, estos *sujetos obligados* no cuentan con este tipo de registros ni con censos externos, excepto los casinos. Ha sido necesario acudir a asociaciones profesionales y empresariales, registros mercantiles y fiscales etc. El SEPBLAC estima más de 60.000 *sujetos obligados*.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Véase el art. 6 del Reglamento.

<sup>33</sup> No obstante, esta lista puede ser reglamentariamente modificada o ampliada a otros sujetos.

<sup>34</sup> Recordemos que son las siguientes: Identificación de clientes, examen especial de determinadas operaciones, conservación de documentos, comunicación e información a las autoridades, abstención de ejecución de determinadas operaciones, confidencialidad, adopción de medidas de control interno.

<sup>35</sup> SEPBLAC, *Memoria de actividades* (1999), cit., p. 26.

ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU opinan que el listado de sujetos que aparecen especificados en el art. 2.2. del RPBC es excesivamente amplio, opinión que no compartimos, pues todos ellos tienen la peligrosidad potencial y objetiva de constituir medios para la legalización de capitales.<sup>36</sup>

Respecto al segundo grupo, el art. 27 RPBC establece un deber general de comunicación en los casos en que se “descubran hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de actividades señaladas en el artículo 1 del presente Reglamento”. Esta obligación de carácter general otorgaba un amplio arbitrio a las autoridades y funcionarios –en especial a los notarios, registradores y corredores de comercio– sobre qué operaciones podrían considerarse sospechosas. Quizá esta indeterminación ha resultado en que las comunicaciones realizadas por los notarios y registradores hayan sido, hasta fechas recientes, manifiestamente bajas, conforme se desprende de las Memorias de Actividades del SEPBLAC.<sup>37</sup> Así, ha constituido uno de los cometidos de los últimos años en la política preventiva del SEPBLAC, concretar y especificar las obligaciones a que se encuentran obligados estos funcionarios públicos *sui géneris*. En este sentido, se ha promulgado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 10 de diciembre de 1999, relativa a la prevención de blanqueo de capitales, donde se relacionan las “operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, cuando consten al Notario o Registrador en el ejercicio de sus funciones”.

La referida instrucción contiene una relación de actos y contratos considerados por la Dirección General de los Registros y el Notariado, y con el asesoramiento del SEPBLAC, como susceptibles de ser utilizados en los procesos de blanqueo de capitales<sup>38</sup>.

Como conclusión al estudio y determinación de los *sujetos obligados* por la normativa de prevención del blanqueo de capitales, como era de esperar, la

<sup>36</sup> ALVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIZADU PALACIOS, Fernando, *La Prevención...*, cit., p. 235.

<sup>37</sup> SEPBLAC, *Memorias de actividades (1999)*, cit., p. 31.

<sup>38</sup> Los supuestos contemplados principalmente se refieren, entre otros: constitución de sociedades (tres o más en el mismo día o en el periodo de un mes, si alguno de los socios o administradores no es residente, o no conocido); sociedades donde figuran como socios menores, incapacitados o fiduciarios; nombramiento de administradores no idóneos, o del mismo administrador único o solidario con carácter simultáneo en tres o más sociedades o de personas residentes o domiciliadas en paraísos fiscales; desembolsos de capital, en efectivo, por importe superior a 50 millones de pesetas, cuando tal cantidad supere el 25 por 100 del capital inicial; desembolsos en constitución de sociedades y ampliaciones del mismo superiores a 5 millones de pesetas, llevados a cabo por residentes o domiciliados en paraísos fiscales; apoderamientos de residentes a favor de no residentes. La instrucción también indica dos criterios a la hora de analizar las anteriores operaciones: a) el conocimiento del cliente, b) la importancia económica (cuando se trata de operaciones que superen los 5 millones de pesetas, y en determinados casos, los 50 millones de pesetas. SEPBLAC, *Memoria de Actividades (1999)*, cit., p. 31.



propia dinámica del fenómeno del blanqueo de capitales ha hecho que las organizaciones criminales busquen otras instituciones no sometidas a control –especialmente por parte del SEPBLAC– o al menos no de manera tan intensa.

Un claro ejemplo, el caso de las “sociedades gestoras de transferencias internacionales”. En los últimos años, han surgido numerosos establecimientos que ofrecen el servicio de transferencia de capitales a lugares de otros continentes, y dirigen sus ofertas de modo preferente a turistas, inmigrantes y extranjeros en situación irregular. Los servicios prestados por estos establecimientos resultan muy atractivos para quienes pretendan blanquear capitales de origen criminal, puesto que permiten realizar en una única operación, de forma inmediata, y con un coste aceptable, el cambio y transferencia de moneda local a otra moneda extranjera. En los últimos informes del *GAFI*, se considera que esta modalidad de blanqueo abarca simultáneamente las fases de ocultación y la de control. Como consecuencia de lo anterior, el SEPBLAC viene aconsejando en sus respectivos informes que las llamadas sociedades gestoras de transferencias internacionales sean incluidas como “*sujetos obligados*” en la LPBC, o bien se las incluya como un grupo especial dentro de la propia regulación de los establecimientos de cambio de moneda extranjera.<sup>39</sup>

Otro ejemplo de esta situación podemos encontrarlo en las instituciones que gestionan las *loterías*. Se ha observado por el SEPBLAC que los boletos premiados son adquiridos por personas que pretenden legalizar capitales, o bien la evasión fiscal, o bien actividades delictivas. El problema surge de la inexistencia de un organismo central de apuestas que contenga un archivo de las personas verdaderamente agraciadas, esto dificulta la detección, comunicación e investigación de esta forma de blanqueo.<sup>40</sup>

### **III. La Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo**

#### **1. Introducción**

El fenómeno del blanqueo de capitales, como instrumento consustancial a la criminalidad organizada, se *desliza* a través de las lagunas creadas por el ordenamiento jurídico, así como se aprovecha de aquellas operaciones financieras en las que no existe o no es posible un control exacto y riguroso; ya bien sea por la propia naturaleza de estos procesos, o bien sea por el volumen de las operaciones.

<sup>39</sup> SEPBLAC, Memoria de Actividades (1997), cit., p. 36.

<sup>40</sup> SEPBLAC, Memoria de Actividades (1997), cit., pp. 36-37.

Ya desde su promulgación, se pudo comprobar que la Directiva 91/308/CEE no abarcaba todos los procesos ni todos los sujetos e instituciones susceptibles de ser utilizados para legalizar capitales de origen criminal, confirmado por sendos informes de la Comisión sobre la aplicación de esta Directiva.<sup>41</sup> Si bien resulta complicado, sino imposible, incluir, tanto las nuevas formas de blanqueo de capitales, como los nuevos sujetos y entidades implicados que pueden utilizar una organización para blanquear dinero, existían supuestos que ya estaban siendo utilizados de forma generalizada antes de la aprobación de la Directiva 308/91/CEE, o que presentaban cualidades óptimas, y que no debían ser indiferentes al ordenamiento comunitario.<sup>42</sup> Ya el primer *Informe de la Comisión* puso la voz de alarma sobre la necesidad de coordinar la gama de actividades delictivas contempladas en las legislaciones nacionales y las profesiones y empresas no pertenecientes al sector financiero que están sujetas a lo dispuesto en la Directiva.<sup>43</sup> El Parlamento se hizo eco de esta recomendación y pidió a la Comisión que le remitiera un informe en el plazo de dos años con una propuesta de reforma de la Directiva donde se englobase el blanqueo, los beneficios de todo crimen organizado, así como se incluyeran directamente en su ámbito de aplicación todas las profesiones y categorías de empresas que intervienen o tienen grandes probabilidades de intervenir en el blanqueo de capitales.<sup>44</sup>

Así, las razones de la reforma de la Directiva 308/92/CE obedecen a la necesidad de acabar con una serie de lagunas, ambigüedades e imprecisiones que se han detectado en su aplicación. Esta nueva Directiva obligará a reformar la LPBC y su Reglamento de desarrollo a más tardar el 15 de junio de 2003.

Por otra parte, si bien el presente apartado, desde una perspectiva sistemática, debería haberse ubicado en el capítulo anterior, al no estar esta reforma comunitaria todavía transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico, hemos creído conveniente afrontar su estudio, justamente después de nuestra normativa de prevención de blanqueo de capitales, para así entender qué reformas deberán llevarse a cabo en la LPBC y su Reglamento de desarrollo.

---

<sup>41</sup> *Primer Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre el blanqueo de capitales*, COM (1995), Bruselas, p. 23; *Segundo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre el blanqueo de capitales*, COM (1998) 401 final, Bruselas, p. 34.

<sup>42</sup> Véase un estudio sobre la cuestión, PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa (2000), pp. 188-233.

<sup>43</sup> *Primer Informe...*, cit., p. 23

<sup>44</sup> *Segundo Informe...*, cit., p. 3.



## 2. Nuevos sujetos obligados

Se amplía el número de *sujetos obligados* desde una doble perspectiva. Por una parte, se incluyen nuevos sujetos relacionados con el ámbito financiero, como son las agencias de cambio<sup>45</sup> y las empresas de envío de dinero al exterior.<sup>46</sup> Por otra parte, la nueva Directiva 2001/97/CE ha aumentado las profesiones y categoría de empresas no pertenecientes al sector financiero: las razones estriban en los indicios, reconocidos por la propia Directiva y el GAFI,<sup>47</sup> de que el endurecimiento de los controles en el sector financiero ha llevado a los autores del blanqueo a recurrir a empresas o servicios no financieros.

Si bien con anterioridad a la reforma de la Directiva existía el mandato del art. 12 –donde se exigía que los Estados miembros velaran por hacer extensivas las disposiciones de la presente Directiva a aquellas profesiones y categoría de empresas no contempladas expresamente y que ejerciesen actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales–, la generalidad y amplio margen de discrecionalidad que otorga este precepto llevó a que no se incluyeran las profesiones potencialmente más peligrosas, restando efectividad a la cooperación entre las Unidades de Inteligencia Financiera al no existir homogeneidad respecto de los *sujetos obligados* por la Directiva.<sup>48</sup>

Esta situación se ha solucionado con la inclusión expresa de aquellos sectores que no se encuentran relacionados directamente con el mundo financiero, que podemos agrupar en los siguientes (art. 1.2 Directiva 2001/97/CEE):

- a) Notarios<sup>49</sup> y profesionales del ámbito jurídico.
- b) Auditores, asesores fiscales, agentes de la propiedad.
- c) Personas que comercien con artículos de valor elevado (como piedras preciosas y obras de arte).

<sup>45</sup> Se añade un nuevo párrafo en el art. 10 de la Directiva, donde se obliga a los Estados miembros a establecer cauces de comunicación entre las entidades supervisoras de los mercados de valores, divisas y derivados financieros y las autoridades encargadas de la lucha contra el blanqueo de dinero.

<sup>46</sup> Así, la Directiva 308/1991/CEE se remite a la reciente Directiva comunitaria 2000/12/CE reguladora de las entidades crediticias, financieras y de inversión a la hora de definir estas entidades a efectos de someterse a la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Cabe señalar que la nueva Directiva incluye expresamente a las sucursales situadas en la comunidad de instituciones financieras que tengan su sede social dentro o fuera de ésta.

<sup>47</sup> Considerandos 13 y 14 de la Directiva 2001/97/CEE.

<sup>48</sup> *Segundo Informe...*, cit., pp. 6-9.

<sup>49</sup> Debemos recordar que los notarios y registradores de la propiedad, mediante la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de diciembre de 1999, ya se encuentran obligados a cooperar con el SEPBLAC en la prevención del blanqueo de capitales.

#### d) Casinos.

Por otra, parte, sigue vigente la obligación establecida en el art. 12 de la Directiva 308/91/CEE, en el sentido de que los Estados miembros deberán incluir aquellas nuevas actividades susceptibles de ser utilizadas para blanquear capitales procedentes del crimen organizado.

### 3. El secreto profesional

La propia Directiva 2001/97/CEE trata de solucionar el principal escollo que representa la inclusión de los profesionales del ámbito jurídico, en nuestro caso abogados y procuradores, como *sujetos obligados* a comunicar a las autoridades competentes las operaciones que en el ejercicio de sus profesiones consideren sospechosas de blanquear capitales procedentes de delitos (apartado 5) del artículo 6). Nos referimos a la salvaguarda del secreto profesional entre abogado y defendido, protegido por el art. 20 CE,<sup>50</sup> y de manera más general, por el art. 24 CE, como expresión del derecho a la asistencia letrada.<sup>51</sup>

Así, se determinan tres ámbitos de actuación de estas profesiones: a) por una parte, se excluye la obligación de comunicación cuando se encuentren ejerciendo la representación en acciones judiciales, o estableciendo la situación jurídica de sus clientes; b) en segundo lugar, será obligatoria en los casos de asesoramiento para blanquear capitales; c) por último, y con cierta dosis de ingenuidad, también la comunicación de operaciones sospechosas será obligatoria cuando el propio letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales.

Respecto a los mecanismos de comunicación, se autoriza a los Estados miembros a designar a los colegios profesionales como organismos donde los profesionales del derecho deben comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo, a fin de ejercer un juicio previo sobre la adecuación de esta notificación con la salvaguarda del secreto profesional.

La Directiva también salvaguarda el secreto profesional de los auditores y asesores fiscales en aquellos Estados miembros donde tienen atribuciones

---

<sup>50</sup> El nuevo Estatuto de la Abogacía, aprobado por el RD 658/2001, de 22 de junio, exige expresamente en su art. 42.1 el cumplimiento de la función de defensa con el "máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional", como claro ejemplo de rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

<sup>51</sup> Dentro del contenido del derecho a la asistencia letrada destaca la relación de confianza que, dadas las características de la función a realizar, debe existir entre la parte y su defensor. GARCÍA MORILLO, Joaquín, "Derecho a la tutela judicial efectiva", en *Derecho constitucional*, LOPEZ GUE- RRA, Luis (*et alii*), (vol. I), (5ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch (2000), p. 347.

en la defensa o representación de sus clientes en un proceso judicial, o determinen la situación jurídica de éstos. Entendemos que también ampara aquellos casos en que el auditor o contable realiza un informe a cargo de la defensa judicial en un procesamiento por un delito de blanqueo de capitales (art. 1.5 Directiva 2001/97/CEE).

#### 4. Ampliación de los delitos previos

Se amplía la gama de delitos que pueden servir de presupuesto a la aplicación de la normativa comunitaria de prevención del blanqueo de capitales –con anterioridad sólo era obligatorio respecto del delito de tráfico de drogas– con la intención de abarcar todas las fuentes de la criminalidad organizada, así como de facilitar la notificación de transacciones sospechosas y la cooperación internacional en este ámbito. El apartado 1 E) del artículo 1 de la Directiva 2001/97/CEE considera como “actividad delictiva” cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave. En todo caso se considerarán como graves las siguientes:

- a) Las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art.1 de la Acción Común 98/733/JAI, que no supone precisamente un ejemplo de claridad.<sup>52</sup>
- b) El fraude, según lo define en el apartado 1 del art. 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> El artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI define qué debe entenderse como “organización delictiva” a fin de que los Estados miembros tipifiquen la participación de este tipo de organizaciones en sus respectivas legislaciones nacionales. Por una parte, exige ciertas características de la organización, como es la permanencia en el tiempo, el número de miembros (más de dos personas), y la finalidad de cometer delitos. Por otra parte, requiere que los delitos estén castigados con una pena superior a cuatro años, incluyéndose tanto los delitos para obtener beneficios criminales (que nosotros denominados de comercio ilícito), como sus conexos. A modo de *exemplum*, incluye los delitos recogidos en el art. 2 y anexo del Convenio Europol de 26 de julio de 1995, siempre y cuando sean sancionados con una pena superior a cuatro años: a) los delitos terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes, material nuclear, redes de inmigración clandestina, trata de seres humanos y el tráfico de vehículos robados, y otras formas graves de delincuencia internacional, en la medida en que existan indicios concretos de una estructura delictiva organizada; b) homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, retención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, fraude y estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de moneda, falsificación de medios de pago, delito informático, corrupción, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de especies animales protegidas, tráfico ilícito de especies y esencias vegetales protegidas, delitos contra el medio ambiente, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

<sup>53</sup> DOC C 316 de 27-11-1995.

c) La corrupción.

d) Los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el derecho penal del Estado miembro.<sup>54</sup>

## 5. Medidas de investigación

La reforma comunitaria recoge algunas novedades respecto de las medidas de investigación.

### A) Obligaciones de identificación

En primer lugar, es obligatorio que todas las entidades y personas sujetas a la Directiva 308/91/CE documenten la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocios; así como cualquier operación con clientes en que no se haya establecido una relación de negocios, cuya cuantía sea superior a 15.000 euros, ya se realice en una o varias transacciones (art. 1.3 Directiva 2001/97/CEE). Surge la duda respecto a la exoneración de ciertos clientes de la obligación de identificación de operaciones de 15.000 o más euros.<sup>55</sup> Parece referirse a la identificación en relaciones con clientes no habituales.

En segundo lugar, los nuevos profesionales obligados por la Directiva 308/91/CEE, entre otros, abogados y asesores fiscales, están exonerados de abstenerse de poner en conocimiento a sus clientes que han comunicado alguna operación como sospechosa de blanquear capitales a las autoridades competentes (Art. 1.7 Directiva 2001/97/CEE).

### B) Operaciones susceptibles de investigación

La Directiva 2001/97/CE añade un listado operaciones que están sometidas a la obligación de colaboración por parte de los notarios y profesionales del derecho cuando participen en la concepción o realización de una

---

<sup>54</sup> Esta lista de delitos, de acuerdo con la propia Directiva 2001/97/CEE, posee un ámbito de vigencia limitado, en principio hasta el 15 de diciembre de 2004, a fin de alienarla con la definición de delito grave establecida en la Acción Común 98/699/JAI.

<sup>55</sup> No obstante, cuando se trate de contrato de seguros celebrado conforme con la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, no se exigirá la identificación cuando el importe de la prima o primas periódicos a pagar durante un año no exceda de 1.000 euros o si se trata del pago de una prima única, cuando el importe no exceda de 2.500 euros (núm. 3 del art. 3). En el caso de los casinos, o bien se exigirá la identificación de los clientes por un valor igual o superior a 1.000 euros, o bien, cuando éstos procedan a identificar a sus clientes, con independencia del número de fichas de juego que compren, en el momento en que accedan al casino (núm. 6 art. 3).

serie de operaciones detalladas en el propio precepto,<sup>56</sup> o cuando participen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria (Art. 1.2 Directiva 2001/91/CEE). Esta medida trata de impedir la utilización de sociedades mercantiles como instrumentos para legalizar capitales de origen criminal, constituidas a través, de profesionales del derecho. La doctrina había detectado que cuando a través de una sociedad se acude a una entidad financiera para realizar una operación de blanqueo de capitales, ya se ha producido en el seno de aquélla una previa operación de enmascaramiento que dificulta la aplicación de las medidas de prevención en las propias entidades. Los mecanismos de control de la sociedad (constitución, órganos de dirección de la sociedad, financiación, el estado de cuentas) no son aptos para prevenir el blanqueo de capitales.<sup>57</sup>

## 6. La banca electrónica

Por último, insta a la obligación de los Estados de velar que los *sujetos obligados* adopten las medidas necesarias para compensar el mayor riesgo de blanqueo en las transacciones “a distancia”, principalmente las transacciones electrónicas y la denominada *banca por Internet* (art. 1).

## IV. El proyecto de ley sobre drogas

Como hemos manifestado, en la actualidad se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto sobre una nueva ley sobre drogas. En su Título IV “Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera” (UAIF), introduce la normativa de prevención del blanqueo de capitales en la república chilena. Con carácter general, tanto la regulación de la Unidad de Análisis de Inteligencia Financiera, como las obligaciones que impone a los sujetos obligados a colaborar coinciden con el derecho comunitario. Por lo tanto, a continuación realizaremos unas breves consideraciones sobre sus peculiaridades y carencias.

En primer lugar, respecto a los delitos previos –que se remite exclusivamente a los delitos de tráfico de drogas y conexos– resulta claramente

<sup>56</sup> a) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; b) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente; c) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; d) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas.

<sup>57</sup> Véase con detenimiento sobre los mecanismos de prevención en el seno de las sociedades, PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos...*, cit., pp. 187-213.

insuficiente, ya que existen otras formas de manifestarse el crimen organizado que producen una ingente cantidad de capitales criminales. Resulta inexplicable que existiendo precedentes en el derecho comparado, como es el caso de la Directiva 2001/97/CE, la futura normativa sobre prevención de blanqueo de capitales vaya a nacer obsoleta. Un ejemplo de la anterior afirmación podemos encontrarlo en los bienes procedentes de la corrupción y del tráfico de armas, que no se encuentran sometidos a esta normativa de prevención.

En segundo lugar, el listado de personas naturales y jurídicas obligadas a informar y colaborar en la prevención del blanqueo de capitales resulta igualmente incompleto: profesionales como los abogados deberían estar sometidos a la obligación de informar al UAIF. Como hemos visto con anterioridad, la Directiva 2001/97/CE salvaguarda el secreto profesional de una de las profesiones que, sin duda, están siendo utilizadas en lavado de capitales criminales.

En tercer lugar, acertadamente se ha optado por un sistema mixto de colaboración: operaciones sospechosas y el *reporting sistemático* (350 UF).

En cuarto lugar, en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Título IV –la negativa u omisión de remitir por parte de los sujetos obligados los informes o antecedentes solicitados por la UAIF (art. 59.4), o informar a un cliente o tercera persona la remisión de información o denuncia a la UAIF (art. 62)– se ha optado por aplicar el derecho penal, en vez de un sistema sancionador administrativo. Nos enfrentamos ante una quiebra del concepto material de delito, del principio de proporcionalidad de las penas y de los límites entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo. El art. 17 del proyecto establece expresamente: “Quien, en razón de su función o cargo público o de sus servicios o labores de carácter privado vinculados a alguna de las entidades a que se refiere el artículo 60, tome conocimiento de alguna operación o transacción sospechosa de constituir el delito descrito en el artículo 15 de esta ley; y omita dar cuenta de ella a la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera, a que se refiere el artículo 59, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cien unidades tributarias mensuales”. Véase que se exige probar en este precepto que el sujeto tenga sospechas de que se está realizando un delito de lavado de dinero, y si recordamos los supuestos de hecho de las infracciones de los arts. 59 y 61, comprobamos que nos encontramos ante incumplimientos meramente formales, donde no se ponen en peligro, ni siquiera de manera abstracta, los bienes jurídicos protegidos en el delito de lavado de dinero. Es decir, la omisión de remitir un *reporting sistemático* no supone en todo caso un



indicio de sospecha de un delito de lavado de dinero. El incumplimiento de una normativa de prevención debe ser sancionado en el orden administrativo, siempre y cuando no estemos ante un delito de legalización de capitales.<sup>58</sup>

En quinto lugar, si bien expresamente no se ha tipificado el delito de lavado imprudente, de hecho, tanto el art. 17 como los arts. 59 y 61 abarcan conductas imprudentes. Así, puede ocurrir que el sujeto obligado dolosamente decida omitir un *reporting sistemático* en el error (evitable) de que la operación financiera no está siendo utilizada para blanquear capitales.

Como conclusión a este somero estudio sobre la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno, podemos afirmar que de aprobarse la nueva Ley sobre Drogas, sin que se produzca ninguna modificación, en especial respecto a los delitos previos y los sujetos obligados, estaremos ante una norma obsoleta, que no cumple con las nuevas políticas de prevención del blanqueo de capitales.

---

<sup>58</sup> No obstante, este sistema también ha sido adoptado por el derecho penal estadounidense, véase la sección 60501 del Título 26 USC y las secciones 5322, 5324 del Título 31 USC.







# Alcances sobre la responsabilidad objetiva

**Pablo Palacios Mena**

Profesor de Derecho Comercial y del Trabajo  
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCION, LOS ANGELES**

En el último tiempo, se han dictado múltiples sentencias y se han emitido variadas opiniones doctrinarias que acogen la responsabilidad objetiva como fundamento para disponer el pago de indemnizaciones de perjuicios, por daños materiales y morales, especialmente respecto al Fisco y las municipalidades, sin perjuicio de otras hipótesis en que también ha sido aceptada, como sucede en la responsabilidad del empresario, en la del propietario de un vehículo motorizado, en la de los médicos y establecimientos de salud y varios más.

Resulta indispensable que nuestros legisladores, la doctrina nacional y los tribunales de justicia precisen claramente los criterios diferenciadores al respecto; que legislen derechamente sobre las distintas clases de responsabilidades aceptadas en nuestro país y evitar así fallos contradictorios o difusos que, en definitiva, conducen a la inseguridad jurídica.

La responsabilidad objetiva es de aplicación excepcional en nuestro país, que requiere de texto expreso; debe interpretarse restrictivamente y es diferente a otras formas de responsabilidad, como la extracontractual, la por falta de servicio, la responsabilidad sin falta y otras que han consagrado nuestras normas jurídicas.

## **Tratamiento legal de la responsabilidad civil**

Siguiendo a **Zelaya Etchegaray, Pedro**, apuntes de clases en Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, haremos la siguiente clasificación:

### **1. Responsabilidad Civil de Derecho Público** (arts. 38 inciso 2º, 6º inciso final y 7º inciso final CPE)

- a) Poder Judicial (art.19 N° 7 letra i, CPE)
- b) Poder Ejecutivo o Administración del Estado (arts. 4 y 44 de la Ley 18.575, de 05.12.86)
- c) Municipalidades (art. 141 Ley 18.695, de 27.08.92, texto refundido por DFL N° 1 – 19.704, de 03.05.2002.

### **2. Responsabilidad Civil de Derecho Privado**

Se distingue:

#### **2.1. De derecho Común** (C. Civil y C. de Comercio)

- a) Responsabilidad Contractual (arts. 1545 y siguientes CC).
- b) Responsabilidad Extracontractual (arts. 2314 y siguientes CC)
- c) Responsabilidad Precontractual (arts. 90 y 100 C. de C.)

#### **2.2. Leyes Especiales**

Subdistingue:

##### **a) Con culpa**, entre las cuales menciona:

- a.1) Ley 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente.
- a.2) Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor Productos Defectuosos.
- a.3) Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 69 letra b) en relación con el artículo 420 letra f) Código del Trabajo).

##### **b) Sin culpa (u objetiva)**

- b.1) Ley 18.302, de 02.05.84, sobre Seguridad Nuclear (arts. 49 y siguientes)
- b.2) D.L. 2.222, de 31.05.88, sobre Navegación Marítima (art. 44).
- b.3) Ley 18.196, de 1999, Código Aeronáutico (arts.155 y 156).



- b.4) Ley 18.290 sobre Tránsito Público (art.174 inciso 2º).
- b.5) D.L. 3.557, de 1981, sobre Protección Agrícola.

## **Clases de responsabilidad**

Tradicionalmente, en nuestro derecho hemos reconocido las siguientes formas de responsabilidad:

- a. Responsabilidad jurídica y moral.
- b. Responsabilidad penal y civil.
- c. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En la actualidad, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia señalan otras **formas de responsabilidad**, con individualidad propia, entre las cuales podemos mencionar:

- a. Responsabilidad por nulidad de derecho público.
- b. Responsabilidad por falta de servicio.
- c. Responsabilidad por desigual repartición de las cargas públicas.
- d. Responsabilidad objetiva.
- e. Responsabilidad por incumplimiento de tratados internacionales.
- f. Responsabilidad sin falta.
- g. Responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad del Estado.

## **Características de cada una de estas formas de responsabilidad**

### **1. Responsabilidad jurídica y moral**

La responsabilidad es **jurídica** si se viola una norma jurídica y se causa un perjuicio. Es **moral** si se transgrede una regla de carácter moral y no jurídica.

### **2. Responsabilidad penal y civil**

**La responsabilidad penal** implica un perjuicio a toda la sociedad o a una persona determinada y a la sociedad al mismo tiempo. De ahí que la pena es considerada una reacción social y su objeto es reprimir o sancionar. **La responsabilidad civil**, en cambio, deriva de la circunstancia de haber causado daño a una persona determinada y su objetivo es indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a la víctima.

Si bien ambas responsabilidades pueden coexistir, cuando un mismo hecho puede provocar daños civiles y penales, ambas continúan siendo autónomas. Así se desprende del artículo 2314 del C.C., que obliga a indemnizar todo daño proveniente de un delito o cuasidelito civil, sin perjuicio de la pena aplicable a dicho delito o cuasidelito.

### 3. Responsabilidad contractual y extracontractual

**La responsabilidad contractual** proviene del incumplimiento de un contrato y consiste en indemnizar los perjuicios resultantes de la infracción<sup>1</sup>. ALESSANDRI<sup>2</sup> señala que “la responsabilidad contractual proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (art.1556 CC).

**La responsabilidad extracontractual delictual, cuasidelictual o aquiliana**, dice ACHURRA GONZALEZ, JOSE,<sup>3</sup> “proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culposo. Ningún vínculo concreto previo ligaba al autor del daño y a quien lo sufre, siendo el hecho ilícito y perjudicial el que genera la obligación. ALESSANDRI dice que esta clase de responsabilidad “proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro”.

Esta distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual, no ha sido aceptada por toda la doctrina.

Así el autor belga SAINCTELETTE crea esta distinción y en el año 1884 idea la denominada teoría Dualista de responsabilidad y establece grandes diferencias entre ambas. A la responsabilidad emanada del contrato la denominó “**Garantía**”, y ella existe cuando se transgrede un deber asumido voluntariamente en un contrato; es de orden privado, pues sólo afecta a los contratantes y ante el incumplimiento contractual, el objeto de la obligación se transforma, pues se pasa del cumplimiento de la prestación (pago del precio, por ejemplo) al cumplimiento de una manera diversa, como lo es el pago de una indemnización de perjuicios; sitúa entonces a esta clase de responsabilidad entre los diferentes **efectos** de las obligaciones. A la responsabilidad no proveniente de un contrato, en

<sup>1</sup> ACHURRA GONZALEZ, JOSE, *La responsabilidad civil por daño ambiental*, Ediciones Congreso, 1ª edición, 1999, pág. 22.

<sup>2</sup> ALESSANDRI, obra citada, pág. 42.

<sup>3</sup> ACHURRA GONZALEZ, JOSE, obra citada, pág. 22.



cambio, la denominó simplemente “**Responsabilidad**” y ella se presenta cuando se transgrede la ley, la que es generalmente obligatoria y se trata ahora de una cuestión de orden público, ya que se ha violado un deber legal, y se le ubica entre las **fuentes** de las obligaciones.

En el año 1886, LEFEBVRE criticó la teoría dualista y creó una teoría monista, planteando que la única responsabilidad que existe es la **extracontractual**, pues la autonomía de la voluntad, que sirve de base a la tesis de responsabilidad contractual, no permite crear derechos, ya que éstos siempre tienen su fundamento en la ley; las partes contratantes sólo aceptan principios y derechos previamente establecidos en la ley, pues es la ley la que creó la obligación de reparar.

Aunque ha predominado la teoría dualista, la de Lefebvre tuvo el mérito de limitar los excesos de la teoría de Sainctelette.

En general, los autores aceptan **las siguientes diferencias** entre ambas clases de responsabilidades:

a. En cuanto al juez competente:

En la contractual: el señalado en el contrato (Art.135 del COT), y en la extracontractual, el del domicilio del demandado (Art. 134 del COT).

b. En cuanto a la necesidad de constituir en mora al deudor:

En la contractual sí es necesario (art.1551 CC), y en la extracontractual no lo es.

c. En cuanto a la culpa o peso de la prueba:

En la contractual se presume la responsabilidad de quien comete el daño e incumple una obligación (art. 1547 del C.C.), y en la extracontractual es necesario que la víctima pruebe la culpa del que ocasionó el daño, por lo cual, la culpa no se presume.

d. En cuanto a la graduación de la culpa:

En la responsabilidad contractual, se divide en culpa grave o lata, leve y levísima (artículo 44 C.C.), y en la extracontractual no se gradúa y es una sola.

e. En cuanto a la extensión de la reparación:

En la contractual, sólo se indemnizan los perjuicios directos y previstos y sólo cuando hay dolo se indemniza todo daño (art.1558 CC). En la extracontractual, en cambio, se indemniza todo perjuicio directo, incluido el daño moral (Arts. 2314 y 2329 CC).

f. En cuanto a la pluralidad de responsables:

En la responsabilidad contractual, todos los partícipes responden en forma mancomunada (art. 1511 CC), salvo pacto en contrario, y en la extracontractual la responsabilidad es solidaria (art. 2317 CC).

g. En cuanto a las cláusulas modificatorias de responsabilidad:

En la contractual se admiten y en la extracontractual no existe esa posibilidad, pues la fija la ley.

h. En cuanto a las causales de exoneración de responsabilidad:

En la responsabilidad contractual no existen y en la extracontractual sí, como sucede en la responsabilidad por hecho ajeno (art. 2320 CC) y en la responsabilidad por hecho de las cosas (art. 2322 CC).

i. Respecto a la capacidad:

En la contractual se exige capacidad de ejercicio (arts. 1446 y 1447 CC) y la extracontractual afecta incluso a incapaces (art. 2319 CC).

j. En cuanto a los plazos de prescripción:

En la contractual es de cinco años (art. 2515 CC) y en la extracontractual el plazo es de cuatro años (art. 2332 CC).

k. En cuanto al daño moral:

En la responsabilidad contractual no es indemnizable, pues el artículo 1556 del CC señala que sólo se extiende al daño emergente y al lucro cesante. En cambio, en la extracontractual sí lo es, pues los artículos 2314 y 2329 del Código Civil hacen indemnizable todo daño, en cuya expresión se admite el daño moral (El punto, eso sí, es controvertido en cuanto a la procedencia de los daños morales en la responsabilidad contractual, y en la actualidad parte de la doctrina y jurisprudencia aceptan que en la responsabilidad contractual el daño moral sea indemnizable).



#### 4. Responsabilidad por nulidad de derecho público

La supremacía constitucional es un principio recogido en las bases de la institucionalidad, que significa que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si se someten a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella (art. 6º CPE).

Asimismo, estos órganos estatales sólo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que la ley establece. De lo contrario, el acto administrativo es nulo (Art. 7º CPE).

En ambos casos se establece “la responsabilidad” de los órganos del Estado por los daños causados, si no han sido legalmente investidos o actúan fuera de la esfera de su competencia o su actuación no respeta lo previsto en la ley.

Se discute en la doctrina y jurisprudencia si la acción indemnizatoria por los daños causados por la actuación nula es **prescriptible o no lo es**.

Algunos postulan que sería prescriptible (C. Suprema. Sentencia de 15.05.2002, Rol 4.753-01, *Semana Jurídica* N° 82), pues los derechos personales que nacen del acto nulo pasan a ser subjetivos y existen fallos que señalan que la acción indemnizatoria en tal caso prescribe en el plazo de cinco años (acción ordinaria) y otros que resuelven que se extingue en cuatro años (responsabilidad extracontractual).

Para otros, dicha acción indemnizatoria sería imprescriptible, pues se trataría de una nulidad de derecho público, de origen constitucional y ésta no prescribe.

También se discute si dicha nulidad de derecho público **opera de pleno derecho o debe ser declarada por los tribunales de justicia**.

El profesor REYES RIVEROS, JORGE,<sup>4</sup> en su obra *La nulidad de Derecho Público*, se refiere ampliamente al tema y reproduce las opiniones de diversos autores sobre esta materia.

Así, BERNASCHINA, MARIO, postula que esta nulidad no es necesario que sea declarada por la autoridad y operaría de pleno derecho, pues se trata de una nulidad especial, que no es ratificable ni se sana por el transcurso

<sup>4</sup> REYES RIVEROS, JORGE, *La nulidad de Derecho Público*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, diciembre de 1998, págs. 14 a 41.

del tiempo, ya que el acto administrativo ha sido dictado fuera del ordenamiento jurídico, con infracción a las normas jurídicas vigentes y se basa para ello en los artículos 4º, 23 y 75 de la CPE de 1925. Los profesores SILVA CIMMA, ENRIQUE, y AYLWIN AZOCAR, PATRICIO, postulan que esta nulidad debe ser declarada y no opera ipso jure, pues el acto administrativo goza de la presunción de legalidad mientras no sea declarado nulo y que en Chile hay inexistencia jurídica por tratarse de un derecho orgánico formal, porque la nulidad de derecho público se rige por normas particularísimas y diferentes a las del derecho privado. En el último tiempo el profesor SOTO KLOSS, EDUARDO, ha retomado la concepción de Bernaschina y afirma que se trata de una nulidad de derecho público, porque el acto de un órgano del Estado ha sido realizado, emitido, dictado *contra constitutionem*, vulnerando, infringiendo, violando un precepto constitucional, lo que está expresamente prohibido y execrado por la Carta Fundamental, la cual ha impuesto esta nulidad ipso jure en virtud de una *rationne publicar utilitatis*. El profesor REYES RIVEROS, JORGE, en cambio, plantea que esta nulidad debe ser declarada por los tribunales de justicia, acudiendo para ello a una interpretación armónica de todos los preceptos constitucionales y sus leyes orgánicas y no sólo a los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, los cuales, por lo demás, sólo dicen que el acto es nulo, pero no señalan que el acto es nulo de pleno derecho; cita para ello los artículos 12, 21, 80, 35, 83 inciso 2º de la CPE y las leyes 18.695 (artículo 136 letra h) y 19.175 (artículo 102 letra h) y agrega que cuando la CPE ha querido que la nulidad opere de pleno derecho, lo ha señalado expresamente, como sucede con el artículo 83 inciso 2º de la CPE.

## **5. La responsabilidad por falta de servicio**

Es un típico caso de responsabilidad **por omisión**.

El ejercicio de la función pública es una obligación para la autoridad y no puede excusarse de cumplirla. Deben actuar con eficiencia y eficacia, por cuya razón la falta de servicio es una infracción del órgano público que no actúa como debe hacerlo, no sólo por los actos administrativos que ejecuta, sino también por aquellos que no realiza.

Se incurre en esta clase de responsabilidad cuando el servicio no se presta o se presta tardíamente o deficientemente.

Está consagrada expresamente en los artículos 44 de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 141 de la



Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (anterior artículo 62 del DL 1.289).

Esta responsabilidad por falta de servicio es independiente de la responsabilidad del funcionario y no es necesario que la víctima del daño identifique al funcionario infractor, sin perjuicio de la acción repetición en contra de éstos, derivada de su actuación negligente establecida en un sumario administrativo.

Se pueden citar, al efecto, los fallos Tirado con Municipalidad de la Reina o Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia (RDJ, Tomo 90, año 1993, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 226) o Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes (RDJ, Tomo 96, 1999, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 94). Asimismo, fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, que reproduce la sentencia en alzada, publicado en RDJ, Tomo 96, año 1999, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 59.

En todos ellos se hace responsable a las municipalidades por los daños causados por su omisión en el cumplimiento de sus deberes públicos, como son la falta de fiscalización, la falta de señalización, la inobservancia de sus deberes de vigilancia y salvaguardia de las vías de tránsito público en zonas urbanas, falta de vigilancia de inspectores municipales y otras.

## **6. Responsabilidad por la desigual repartición de las cargas públicas**

El artículo 19 N°20 de la CPE asegura... la igual repartición de las demás cargas públicas (además de los tributos).

Muchas veces, por una política determinada de gobierno, se producen discriminaciones que perjudican y dañan a algunas personas respecto de otras que se encuentran en igual situación.

Se trata de casos en que el Estado debe responder, **no obstante que ha realizado una actividad legítima**, como lo es la dictación de una ley o de un decreto supremo, en uso de su potestad reglamentaria. Sin embargo, dicha actuación resulta desproporcionada y discriminatoria.

Sucedió así, por ejemplo, con la dictación del Decreto Supremo N° 29, de 1976, que prohibió el corte, destrucción y explotación de la especie denominada **pehuén o araucaria araucana**, declarándola monumento nacional.

En sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 07 de agosto de 1984, Casación en el Fondo, publicada en RDJ, Tomo LXXXI, septiembre-diciembre, 1984, 2ª parte, sec. 5ª, págs. 181 y siguientes, causa COMUNIDAD GALLETUE CON FISCO, señaló: “el hecho de que el daño tenga su origen en las disposiciones de un acto administrativo dictado en conformidad a la ley no obsta a la responsabilidad del Estado, cuando con dicha medida se lesionan los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura”.

Como se puede apreciar, se trata de una actividad lícita del Estado que, no obstante, causó daños que deben ser indemnizados. No obstante, el caso se resolvió por el lado del derecho de dominio (art. 19 N° 24 de la CPE) y no por el de la desigual repartición de las cargas públicas (N° 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental).

Lo mismo ha sucedido con la actuación del **Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)** a propósito de la **fiebre aftosa**.

En **sentencia** publicada en **Gaceta Jurídica N° 162**, diciembre año 1993, pág. 58, en que se condenó al SAG al pago de los perjuicios sufridos por un agricultor con motivo de la prohibición del uso de predios en los que se podía facilitar la introducción y propagación de la fiebre aftosa... aunque el daño provenga de una **actuación lícita** de la Administración. La sentencia dio por infringido el artículo 38 inciso 2º de la CPE, **pero no como un caso de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad extracontractual del Estado**.

Lo mismo en sentencia publicada en **Gaceta Jurídica N° 173**, noviembre 1974, pág. 95, en que también sancionó al SAG por su actuación **regular o lícita**, de acuerdo al artículo 38 inciso 2º CPE, pero ahora basada en la **responsabilidad objetiva**.

## **7. La responsabilidad objetiva**

A diferencia de la responsabilidad clásica que consagra nuestro Código Civil, fundada en la culpa y el dolo como elementos esenciales de la responsabilidad civil, en esta clase de responsabilidad se prescinde por completo del elemento subjetivo en el agente, es decir, no es necesario acreditar que actuó con culpa o dolo para que sea responsable.

Basta acreditar el hecho y el daño y que exista relación de causalidad entre ambos. Acreditados, se deben indemnizar los daños ocasionados.



Diversas doctrinas han explicado esta clase de responsabilidad, todas las cuales postulan el reemplazo de la culpa como elemento de la responsabilidad civil.

MUNDACA ASSMUSSEN, HANS,<sup>5</sup> plantea que la responsabilidad basada en la culpa nació en la “era agraria”, en que no revestía importancia la ocurrencia de daños no provocados por el dolo o la culpa y en que se responde por el acto propio de las personas y por las cosas que están bajo nuestra custodia. La aparición de la máquina a vapor abrió paso a la era “industrial”, en que respondemos por las cosas que tenemos. “Nace, entonces, la teoría del riesgo y con ella aparece la responsabilidad objetiva, al margen de la culpa y del dolo. La responsabilidad se concibe ahora sobre la base de la causalidad material absoluta. A la era industrial ha sucedido la “era tecnológica”, que presenta otros riesgos y otro tipo de daños, muchos de ellos difusos, vagos de fuentes múltiples y encubiertas”. Este autor termina señalando que “hemos ligado los casos de responsabilidad objetiva a aquellos en que el autor del daño es el creador de un riesgo, lo cual permite retroceder en la cadena causal de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño, sino en el acto que genera el riesgo”. Más adelante expone que “lo anterior equivale a sostener la responsabilidad sin culpa (no remota ni inmediata), cuyo fundamento es la relación causal entre el acto ejecutado y el daño producido”.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO,<sup>6</sup> señala que “en la llamada era tecnológica, los daños cambian de naturaleza, ya que no se trata de cosas riesgosas, sino de **actividades riesgosas** (la contaminación ambiental, la responsabilidad profesional, el daño informático, los daños que provocará la biotecnología).

LETELIER WARTENBERG, RAUL,<sup>7</sup> en su obra *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual*, trata ampliamente el tema de la Administración (del Estado) como sujeto de responsabilidad extracontractual. Señala que en un primer momento esta responsabilidad se desarrolla a partir de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, respondiendo el Estado, sólo por estos últimos y se les aplica la normativa civil privada. La transformación de esta normativa hacia el plano público es de cercana data, aunque las normas jurídicas públicas nunca han sido claras en formular preceptos generales que reconozcan la responsabilidad extracon-

<sup>5</sup> MUNDACA ASSMUSSEN, HANS, Obra citada, págs. 25 a 27.

<sup>6</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, obra citada, pág. 82.

<sup>7</sup> LETELIER WARTENBERG, RAUL, *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual*, editorial Conosur, edición noviembre 2001, págs. 16 a 37.

tractual del Estado, aunque –estima– su vigencia es hoy día indiscutible. Acto seguido, plantea que esta regulación comienza con el D.L. 1289, de 1976 (antigua Ley de Municipalidades) y continúa con las siguientes normas jurídicas: Arts. 6º, 7º, 19 letra i), 38 inciso 2º, 19 N° 20 y 24 de la CPE; arts. 122 letra h) y 123 (hoy 141) de la Ley 18.695 (Orgánica Constitucional de Municipalidades); art. 3 inciso 2º de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por art. 1º de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, además de los artículos 4º y 44 de la Ley 18.575 ya citada.

Tal vez el más férreo defensor de la responsabilidad objetiva en nuestro país es SOTO KLOSS, EDUARDO,<sup>8</sup> quien en su obra *Derecho Administrativo*, a propósito de la responsabilidad del Estado, señala que “es imposible su estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo. Se funda sobre la base de la causalidad material, vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace para éste la obligación de indemnizar aquélla” (lo mismo plantea en Informe Constitucional N° 290, Responsabilidad del Estado Administrador, pág. 3).

En contra, PERRY ARRAU, PEDRO,<sup>9</sup> quien plantea que “cuando la comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la Administración Pública propuso la incorporación de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 44 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, no pretendió incorporar al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado”. Agrega que se propuso en ese entonces resumir todo el sistema francés de la responsabilidad extracontractual del Estado en las dos frases que constituyen el artículo 44: “Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. No es una responsabilidad objetiva... al menos, en lo que en derecho civil se conoce como tal, y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivación de la responsabilidad se pro-

<sup>8</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO (27), *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1966, tomo 2, pág. 308.

<sup>9</sup> PERRY ARRAU, PEDRO, en *Revista de Derecho*, año 1, julio 2000, N° 1, págs. 11 a 39.



duce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que positivamente por ser suficiente para comprometer la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente, no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la falta de servicio". Termina señalando que "como lo señalan MAZEAUD Y TUNC, la falta de servicio es considerada como "la culpa del servicio", de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva".

## **8. Responsabilidad por incumplimiento de tratados internacionales**

El artículo 5º inciso 2º de la CPE señala: "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 encuentran vigentes".

El constituyente ha reconocido aquí, expresamente, como fin del Estado el respeto irrestricto a los derechos humanos, idea también recogida en el artículo 1º de la CPE (las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos) y en el artículo 19 Nº 26, que asegura que los preceptos legales... no podrán afectar los derechos en su esencia).

MUNDACA HASSMUSSEN, HANS<sup>10</sup> señala que "la Constitución Política, de manera expresa, establece dos formas de institucionalización de los derechos: una por la vía de la propia Constitución y una segunda a través del tratado internacional". Agrega luego de esta suerte, "la omisión estatal en la aplicación de los tratados internacionales acarrea la responsabilidad del mismo ente que faltar a un deber constitucional, y abarca tanto al Estado Juez, Legislador y Administrador" y termina expresando que conforme a todo lo expuesto, cabe señalar que el Estado Juez es responsable de "todo daño" que cause con ocasión del no cumplimiento de un tratado internacional en materia de derechos humanos, siendo una responsabilidad que se configura en cuanto no funciona cuando debió hacerlo o lo hace tardía o imperfectamente".

La norma constitucional en comento ha dado lugar a una profunda discu-

<sup>10</sup> MUNDACA HASSMUSSEN, HANS, obra citada, págs. 40 y 41.

sión, en orden a precisar **cuál es el valor jurídico que en el orden temporal tienen los tratados internacionales en el derecho interno**. Para una parte de la doctrina, los tratados internacionales están por sobre la Constitución Política del Estado, y para otra, tienen el valor jurídico de una ley, por lo cual se ubican por debajo de la Constitución.

El artículo 27 de la Convención de Viena del año 1969, ratificada por Chile, señala: "Una parte no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". A su vez, el artículo 46 dispone: "1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación a una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podría ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

GAMBOA SERAZZI, FERNANDO, se refiere a este tema bajo el título "Derecho Internacional y Derecho Interno".<sup>11</sup> Se inclina derechamente por el predominio del tratado internacional sobre el derecho interno, fundándose justamente en las dos disposiciones señaladas de la Convención de Viena: "Las disposiciones legales confirman positivamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; más aún, la Convención de Viena de 1996 sobre tratados ha sido ratificada por una gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra Chile". Parece absurdo –dice– que una ley posterior a un tratado, que sea contraria a este último, lo haga inaplicable, toda vez que la ley tiene su origen y validez sólo en un Estado y en el tratado hay compromisos entre dos o más sujetos internacionales, y agrega que el problema se torna más grave cuando un tratado modifica un texto constitucional, considerado este último como la ley fundamental en que se funda la existencia y fundamento del Estado. "A juicio del suscrito –dice– y coincidiendo con algunos autores, la existencia de normas de carácter *ius cogens* que exigen el cumplimiento obligado de los tratados hechos de buena fe, impediría que en forma unilateral un Estado, al modificar la Carta Constitucional, anulara un tratado que tiene carácter internacional, pues significaría pasar por sobre la voluntad de otros Estados" y termina señalando que un tratado siempre debería contar con el control del tribunal Constitucional para no crear, desde el principio, discordancia con la Car-

<sup>11</sup> GAMBOA SERAZZI, FERNANDO, en la revista *Actualidad Jurídica* N° 2, julio 2000, Universidad del Desarrollo, págs. 23 a 31.



ta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento, similares a cualquier ley que pretenda modificar la Constitución, pero, al respecto hay un vacío, pues el artículo 82 N°1 sólo se refiere a la leyes orgánicas constitucionales o a aquellas interpretativas de textos de la Constitución.

Los distinguidos juristas PABLO RODRIGUEZ GREZ Y ALFREDO ETCHEBERRY sostuvieron una pública disputa sobre por el tema en el Diario El Mercurio. RODRIGUEZ GREZ está por el predominio de la Constitución Política y ETCHEBERRY por la prevalencia de los tratados internacionales.

RODRIGUEZ, en publicación de fecha **10.12.1994**, señala "No es posible admitir la existencia de normas jurídicas de igual o superior jerarquía que las constitucionales". Plantea este autor que "El Estado de Chile y sus órganos deben respetar y promover los derechos que emanen de la naturaleza humana y que éstos no son otros que aquellos que la propia Constitución garantiza en los 26 números que integran el art. 19". Luego agrega: "Si Chile celebra un tratado internacional en que se extienden los derechos humanos más allá de aquellos establecidos en el artículo 19 de la Carta Política, su quebrantamiento en el derecho interno hará incurrir al Estado en responsabilidad política y civil, tanto frente a los demás Estados suscriptores como a las personas que puedan resultar afectadas". No se trata –continúa– 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".

(Antes, el profesor Rodríguez había realizado otra publicación, **con fecha 12.10.1994**, titulada "**Hermetismo Constitucional**", afirmando que "el hermetismo constitucional es el único instrumento que asegura las potestades soberanas de la nación).

**Etcheberry**, en publicación de **26.11.1994** (contestando la de 12.10.94 de Rodríguez) plantea que "al presente, hay por lo menos dos áreas en que el derecho internacional afirma el carácter de plena norma jurídica universal: los derechos fundamentales inherentes a la calidad de la persona y lo relativo a la paz y seguridad internacionales". Agrega: "...es lo que actualmente se denomina *ius cogens*, del latín "derecho coercitivo" o bien "normas imperativas". Una vez incorporadas al acervo jurídico mundial, las naciones individuales, por soberanas que sean, no pueden sustraerse a ellas por propia decisión, ni someterlas al tamiz de su derecho interno para darles el visto bueno para que tengan fuerza legal. No respetarlas expon-

drá a la nación infractora al aislamiento y al mecanismo de las sanciones internacionales”.

Termina señalando que lo anterior no es una doctrina y cita los artículos 53, 64, 26 y 27 de la Convención de Viena, ratificada por Chile, y concluye que “tanto las normas imperativas (*ius cogens*) como los tratados prevalecen sobre el derecho interno”.

En todo caso, el tema es ampliamente tratado en la revista *Actualidad Jurídica* N° 6, julio 2002, Universidad del Desarrollo, Santiago, Concepción, páginas 75 a 136.

## 9. Responsabilidad sin falta

MUNDACA ASSMUSSEN, HANS,<sup>12</sup> se refiere a esta clase de responsabilidad.

En jurisprudencia del Consejo de Estado francés, a partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscrita a supuestos muy particulares (V.gr. explosión de municiones en razón del riesgo excepcional de vecindad, daños causados por leyes cuando el daño es anormal o especial, etc.).

VASQUEZ ROGAR, ANDRES,<sup>13</sup> en su obra *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, se refiere a ésta como “responsabilidad sin falta o por el riesgo” y expresa que “también tuvo su origen en Francia y está fundada en que si un servicio público, al desarrollar su actividad legítima, hace correr a los particulares un riesgo de sufrir un perjuicio que en definitiva se produce, aquel deberá indemnizarlo, puesto que la víctima no tiene por qué soportar la carga que implica sufrir ese perjuicio. El principio de igualdad ante las cargas públicas exige el restablecimiento a dicha igualdad por medio de la correspondiente indemnización”... Agrega: “de acuerdo a esta clase de responsabilidad, no es necesaria la concurrencia de culpa o dolo de algún funcionario, pues se trata de una responsabilidad objetiva o bien responsabilidad sin falta”.

Como se puede apreciar, los autores califican a la responsabilidad sin falta como responsabilidad objetiva.

<sup>12</sup> MUNDACA ASSMUSSEN, HANS, obra citada, pág. 53, bajo el título “Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado”.

<sup>13</sup> VASQUEZ ROGAR, ANDRES, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Edit. Conosur, edición junio 1999, pág. 52.



## 10. Responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad del Estado

FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO,<sup>14</sup> distingue cuatro etapas en la evolución de la responsabilidad del Estado:

Una primera etapa, a la que denomina híbrida, en que los fallos se fundan en normas de derecho privado y también en normas de derecho público, así en el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley, la igual repartición de las cargas públicas; a este período corresponden las contenciosas "Fusch y Plaths con Fisco" (1908) y "Lapostol con Fisco" (1930).

Una segunda etapa, en que se distinguieron actos de autoridad y de gestión, no respondiendo por los daños causados en la condición primera y de los segundos respondiendo conforme a la legislación común, artículo 2320 y siguientes del Código Civil, en esta fase el Estado responde como un particular cualquiera; a esta etapa corresponden los fallos "Granja con Fisco" (1938), "Retting con Fisco" (1941) y "Aqueveque con Fisco" (1941-1944).

La tercera etapa, que se caracteriza por distinguir entre la ilicitud y licitud del acto, siendo bastante para ello que ese daño sea antijurídico para responder en los términos del artículo 2320 del Código Civil. A esta fase corresponden los fallos de "Becker con Fisco" (1964), "Kimpel con Fisco" (1981).

El cuarto período, o actual, se caracteriza por la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1980 y con ella hay una aplicación de una responsabilidad del Estado plena, fundada en principios propios y diversos de los antes citados, es aplicación total de derecho público, así podemos citar los dos primeros casos así resueltos: "Comunidad Galletué con Fisco" (1984) y "Hexagón con Fisco" (1987).

LETELIER WARTENBERG, RAUL,<sup>15</sup> señala la siguiente evolución en la responsabilidad del Estado:

Para una primera interpretación, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su base fundamental en los artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º de la CPE, de los cuales se desprende que esta responsabilidad se caracteriza

<sup>14</sup> FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO, "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicios", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16 N° 2, julio-agosto de 1989, citado por Mundaca Assmussen, Hans, obra citada, pág. 62.

<sup>15</sup> LETELIER WARTENBERG, RAUL, obra citada, págs. 16 a 30.

por ser constitucional, objetiva, directa y regida por el derecho público. Cita como partidarios de esta postura a los profesores Eduardo Soto Kloss, Hugo Caldera Delgado y Rolando Pantoja.

Para una segunda posición, la responsabilidad estatal no se encuadra dentro del concepto de responsabilidad objetiva, pues el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro del concepto de responsabilidad subjetiva, y como señalan MAZEAUD Y TUNC, la falta de servicio es considerada como culpa del servicio, de ahí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. Para esta posición, es requisito sine qua non la prueba del elemento falta de servicio. El gran escollo de esta posición es que el artículo 18 de la Ley 18.575 "excluye" de su aplicación a diversos órganos de la normativa del Título II, lugar donde se encuentra el artículo 44, el cual declara categóricamente la vigencia de la falta de servicio. ¿Qué reglas se aplicarán a los órganos excluidos? ¿El mismo artículo 44 como regla general, o las normas sobre responsabilidad extracontractual de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil?

Una tercera posición, fundada en el artículo 38 inciso 2º de la CPE, pone el énfasis en el concepto de "lesión". "Cualquier persona que sea "lesionada"..., dice esta norma. En esta tesis, el elemento antijuridicidad es determinante y cada vez que se cause una lesión a un patrimonio, ésta deberá ser indemnizada. En los actos ilícitos, la indemnización procede por la sólo ilicitud de la actuación y en los actos lícitos que causan daño procede indemnizar, pues se lesiona el principio de igualdad ante la ley, en su variable de igualdad ante las cargas públicas.

VASQUEZ ROGART, ANDRES,<sup>16</sup> aunque refiriéndose a la responsabilidad de los Servicios de Salud, expone que se han invocado para demandar al Estado los siguientes fundamentos: La responsabilidad por hecho ajeno o indirecto de los artículos 2323 y 2322 del Código Civil; la responsabilidad por falta de servicio; la responsabilidad por el hecho propio o directo bajo la denominación de falta de servicio, en que, basado en los planteamientos de PIERRY ARRAU, PEDRO, es posible aplicar la noción de falta de servicio a partir del artículo 2314 del Código Civil; y la responsabilidad sin falta o por el riesgo, equivalente a la responsabilidad objetiva.

---

<sup>16</sup> VASQUEZ ROGART, ANDRES, obra citada, págs. 34 a 55.

## Clara diferenciación de responsabilidades

De lo expuesto, queda en evidencia que cada clase de responsabilidad tiene tipificación propia, que no pueden confundirse y que si un fallo se fundamenta en la responsabilidad extracontractual, no debería –al mismo tiempo– fundarse en la responsabilidad objetiva, o en la responsabilidad por falta de servicio, pues se trata de instituciones jurídicas diferentes. Unas fundadas en la culpa o dolo y otra, en la creación de un riesgo, sin perjuicio de otras claras diferencias.

## Consagración legal de la responsabilidad objetiva en nuestro país

De manera excepcional y con texto expreso, se ha consagrado esta forma de responsabilidad en los siguientes textos legales:

### 1. Ley 18.302, de 02.05.84, sobre seguridad nuclear.

Se vincula con la **Convención de Viena** sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 21.05.1963, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial de 08.03.1990.

El **artículo 49** señala textualmente: “la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en las formas que establece la ley”.

El **artículo 53** contempla responsabilidad solidaria de los explotadores y el **artículo 56** dispone que el explotador responderá siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor; salvo accidentes nucleares por conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil.

Claramente el legislador, por texto expreso, consagra la **responsabilidad objetiva**, al extremo de no considerar eximente al caso fortuito o fuerza mayor, y no puede ser de otro modo, pues esta clase de responsabilidad es excepcional.

### 2. Ley 15.703, de 22.09.1964, sobre aplicación de pesticidas, modificada por el art. 36 del D.L. Nº 3.557, de 1981.

El actual artículo 36 del D.L. 3.557 señala textualmente: “Si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o

**como consecuencia inevitable de la aplicación**, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”.

Como se puede apreciar **del tenor literal** de la norma referida, si el que aplica pesticidas responde incluso por daños **accidentales** o como consecuencia **inevitable** de su aplicación, la responsabilidad **es objetiva**, pues se prescinde del dolo o la culpa y sólo se atiende al daño efectivo. Si se creó un riesgo (aplicación de pesticidas), se provocó un daño a un tercero y existe relación de causalidad, el que aplicó el pesticida es obligado a indemnizar, independientemente de si su acción fue culposa o no.

Nuevamente existe texto expreso.

### 3. D.L. 2.222, de 31.05.79, Ley de Navegación Marítima

Sanciona la contaminación del mar por hidrocarburos u otras sustancias contaminantes.

El artículo 144 N° 2 señala que el propietario u operador de la nave o artefacto naval **será el responsable** de los daños que se produzcan, **a menos que pruebe** que ellos fueron causados exclusivamente por:

a) Acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible.

b) Acción u omisión dolosa o culpable de un tercero extraño al dueño, armador u operador a cualquier título del barco o artefacto naval. Las faltas, imprudencias o negligencias de los dependientes del dueño, armador u operador o las de la dotación, no podrán ser alegadas como causal de la presente exención de responsabilidad.

Como se puede apreciar, es un claro caso de **responsabilidad objetiva**, pues el texto legal sólo exime de responsabilidad en caso fortuito o fuerza mayor o causas extrañas como una guerra o acción dolosa o culpable de un tercero.

El propietario, el armador y operador de la nave o artefacto legal son **solidariamente** responsables de los daños causados.



#### 4. Ley 18.916, de 08.02.1990, Código Aeronáutico

El artículo 142 señala que el transportador es obligado a **indemnizar los daños** ocasionados en razón del transporte y el artículo 143 dispone que el transportador **deberá indemnizar** la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque.

Ninguna referencia a la culpa o dolo existe en estas normas, por lo cual, la responsabilidad **sería objetiva**.

Sin embargo, el artículo 146 **exime** de responsabilidad al transportador cuando el daño se debe a **culpa de la víctima**, como sucede cuando el daño se produce por el estado de salud del pasajero o si la víctima fue quien causó el daño o contribuyó a causarlo, y también exime cuando el daño se origina en un tercero, como sucede cuando es consecuencia de un delito del que es autor un tripulante o dependiente del transportador o explotador (se elimina aquí la responsabilidad por hecho de un dependiente).

**Con texto expreso** –entonces– se establece la responsabilidad objetiva y se exime por culpa de la víctima, no obstante que algunos autores no la consideran eximente en la responsabilidad objetiva.

Más aún, el artículo 170 es más que explícito al respecto, cuando prescribe “**será causal para eximir o atenuar** la responsabilidad el hecho que la víctima del daño fue quien causó, contribuyó a causarlo o se expuso a él imprudentemente”.

Hay otras normas parecidas en cuanto a la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, por daños a mercaderías y se contemplan varias hipótesis de responsabilidad solidaria.

#### **Algunos casos discutibles de responsabilidad objetiva**

Hay casos que la jurisprudencia ha calificado como de responsabilidad objetiva, pero en que es discutible dicha calificación. Así sucede en las siguientes situaciones:

##### **1. Caso del artículo 174 inciso 2º Ley 18.290**

La jurisprudencia lo ha interpretado como un caso de responsabilidad

objetiva. El sólo hecho de ser propietario de un vehículo (que crea riesgos) hace responsable solidariamente al dueño y al chofer del vehículo motorizado, incluso cuando el propietario no haya sido parte en el juicio.

Esa solución no se ajusta al espíritu general de nuestra legislación y se trata de un caso de responsabilidad subjetiva, como lo paso a explicar:

a. Si el solo hecho de ser dueño es suficiente para determinar responsabilidad civil, ¿por qué la ley ha permitido liberarse de responsabilidad acreditando que el vehículo fue tomado sin conocimiento del dueño o sin autorización expresa o tácita del mismo? No resulta lógico.

Como ya se ha explicado, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado como eximentes de la responsabilidad civil objetiva, el hecho, falta o culpa de la víctima; el caso fortuito o fuerza mayor; y la causa extraña o de un tercero.

A ninguna de ellas se refiere el inciso 2º del artículo 174 en referencia y, por el contrario, contempla causales de exoneración eminentemente subjetivas.

Acreditadas dichas causales, el propietario no responde, pues **no ha tenido la culpa** de que el chofer sacara el vehículo sin su conocimiento o sin la autorización expresa o tácita. La víctima –en tales casos– no es indemnizada.

Qué diferente a las hipótesis antes analizadas en que se hace responsable aun por caso fortuito o fuerza mayor, o aun en hipótesis accidentales. Allí sí la responsabilidad es objetiva.

b. En las hipótesis contempladas en los **incisos 3º, 4º y 5º del artículo 174 de la Ley 18.290** se consideran claros casos de responsabilidad subjetiva.

b.1) **Inciso 3º:** Si se otorga una licencia de conducir con infracción a las normas de esta ley, el o los funcionarios responsables serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen **por culpa del conductor**.

El elemento subjetivo –**culpa del conductor**– es evidente.

Además, **habría culpa de los funcionarios** que otorgaron una licencia de conducir indebida.

b.2) **Inciso 4º:** El **concesionario** de un establecimiento es responsable de los daños y perjuicios originados en un accidente de tránsito, causados por desperfecto de un vehículo respecto del cual se hubiere otorgado un **certificado falso**, pues no se practicó la revisión o por contener afirmaciones de hechos **contrarios a la verdad**.

Los elementos descritos son evidentemente **subjetivos**:

- Certificado falso (delito)
- Las conductas son, a lo menos, culposas.

Estas conductas perfectamente caben en los artículos 2320 inciso 4º y 2322 del Código Civil (responsabilidad del empresario por hecho de sus dependientes y eximente por actuación impropia del criado o dependiente), normas jurídicas claramente subjetivas.

b.3) **Inciso 5º:** La municipalidad o el Fisco, en su caso, son responsables de los daños causados cuando un accidente sea una consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.

b.3.1.) **Del mal estado de las vías públicas responde el Fisco**, específicamente **Serviu. Art. 11 Ley 8.946**, modificado por artículo 73 Ley 18.382, en relación con el artículo 26 del D.S. N° 1.305, de 1975.

b.3.2) De la **falta o inadecuada señalización** responden **las municipalidades** y sólo de aquella señalización oficial que determine el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de acuerdo a los artículos 99 y 100 de la Ley 18.290.

**¿Qué tipo de responsabilidad contempla la ley para las municipalidades?**

Una responsabilidad **por falta de servicio** (artículo 141 Ley 18.695) que es distinta a la responsabilidad objetiva y obedece a las características de la responsabilidad subjetiva y ello por las siguientes razones:

- porque el demandante **debe probar** la falta del servicio, es decir, que el servicio no se ha prestado o ha sido tardío o deficiente.
- porque la municipalidad tiene acción de repetición en contra del funcionario, cuestión que no se da en los casos de responsabilidad objetiva.

## ¿Qué tipo de responsabilidad tiene el Fisco?

De los artículo 38 inciso 2º de la CPE y 44 inciso 1º de la Ley 18.575, se ha querido desprender una forma de responsabilidad objetiva.

Sin embargo:

**El artículo 38 inciso 2º** en parte alguna menciona la responsabilidad del Fisco. Es una norma de competencia.

**El artículo 44 inciso 1º Ley 18.575** consagra un caso de responsabilidad por falta de servicio y no de responsabilidad objetiva.

## 2. Responsabilidad por la ejecución de obras en la vía pública del artículo 102 Ley 18.290.

**Los incisos 1º y 2º de esta norma señalan textualmente:**

**Inciso 1º:** "El que ejecute trabajos en las vías públicas, estará obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Deberá, además, dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando, de inmediato y en la medida que se vayan terminando los trabajos, las señalizaciones, materiales y desechos".

**Inciso 2º:** "Serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, **quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten**".

Las conductas descritas en el inciso primero son claramente **subjetivas**, pues atienden a la **falta de diligencia**.

**El que ejecuta los trabajos** debe colocar y mantener señalizaciones de peligro y tomar medidas de seguridad. Si no lo hace, dicha negligencia lo hace responsable.

La responsabilidad solidaria del inciso 2º entre el que encarga la obra y el que la ejecuta, no altera esta conclusión, pues ambas personas deben tomar los resguardos necesarios para evitar los daños y perjuicios y el eventual pago de una indemnización.

Hay también solidaridad para el que encarga la obra, pues no fue diligente, no controló, no exigió. Debe, entonces, asumir las consecuencias de su omisión.



## De algunas sentencias

El fallo “**Tirado con Municipalidad de la Reina**”, que siempre se cita como el primero que recogió la responsabilidad objetiva (aunque en verdad, acogió la **responsabilidad por falta de servicio**, pues se refiere a la responsabilidad civil extracontractual de la Municipalidad de la Reina) por falta o mal funcionamiento de servicio público. Art. 62 DL 1.289, de 1976, **Considerando 4º**), y se le califica de histórico, fue dictado por la E. Corte Suprema en el año 1981. En adelante, ha habido numerosos fallos que dan diversas soluciones al tema en comento, siendo imposible determinar cuál es la doctrina jurisprudencial definitiva al respecto.

Sólo por citar algunos, que demuestran estas contradicciones, en el último tiempo, señalo los siguientes:

### 1. Gaceta Jurídica N° 259, año 2002, pág.17

“Responsabilidad extracontractual de Municipalidades por falta de servicio”. Reparación del daño moral (no tiene parámetros).

Se funda la demanda en el artículo 38 de la CPE, en los artículos 2320 y 2329 del C. C., en el artículo 137 de la Ley 18.695 y se reproduce el artículo 61 del DL 1.289, de 1975, del cual se extraería el “espíritu del legislador” y se consagraría allí la responsabilidad objetiva.

El fallo de primera instancia del Juzgado Civil de la Unión acoge la demanda fundado –entre otros– en el artículo 137 de la Ley 18.695 (actual art.141).

**La I. Corte de Apelaciones de Valdivia** confirma el fallo de primera instancia, pero reduce la indemnización aplicando el artículo 2330 del CC, en atención a que el occiso se expuso imprudentemente al riesgo que sufrió.

**La Excma. Corte Suprema**, rechazando el recurso de casación en el fondo, estima que se aplicó correctamente el artículo 2330 del C.C. y reproduciendo el artículo 141 de la Ley 18.695, resuelve que “dicho precepto establece la responsabilidad civil de los municipios, por los daños ocasionados principalmente por falta de servicios.

## Comentarios

a) **El artículo 38 inciso 2º CPE** no efectúa ninguna calificación de la responsabilidad del Estado o de sus organismos o de las municipalidades.

No señala que sea responsabilidad objetiva ni subjetiva. Sólo reconoce **el derecho a reclamar** ante los tribunales a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos.

**b) Los artículos 2320 y 2329** del CC son casos de responsabilidad extracontractual civil de derecho privado, cuyo fundamento es la culpa o el dolo, de acuerdo a la doctrina clásica.

Aquí sí es necesario probar el elemento subjetivo en el hechor.

**c) El artículo 137 de la Ley 18.695** (hoy artículo 141) consagra una responsabilidad por falta de servicio, cuya calificación jurídica es absolutamente difusa.

Para algunos, como se ha dicho, es un caso de responsabilidad objetiva (Soto Kloss, Pantoja, Caldera).

Sin embargo, el propio **Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma Olivares**, al referirse al artículo 38 inciso 2º de la CPE, señalan que “en este artículo está establecida la responsabilidad objetiva del Estado argumentando que si la norma quería establecer la responsabilidad por falta de servicio o por algún otro elemento de licitud, **debió decirlo en forma expresa**, ya que en virtud de su redacción, el Estado debería responder siempre que exista una lesión a un derecho (Mundaca Assamussen, Hans, obra citada, pág. 35).

Como se puede apreciar, ambos autores señalan como **diferentes** la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por falta de servicio, y ambos exigen **texto expreso** para que exista responsabilidad por falta de servicio, justamente lo que se echa de menos en el artículo 38 inciso 2º de la CPE, pues su texto expreso no se refiere a la responsabilidad objetiva.

**Para otros**, la falta de servicio es una clase de responsabilidad subjetiva, pues no basta la creación de un riesgo; es necesario también que concurren otros elementos, que en la responsabilidad objetiva no existen, como lo es **una omisión** del Estado o Servicio Público, constituida por la no prestación de un servicio o un servicio deficiente o tardío.

PERRY ARRAU, PEDRO,<sup>17</sup> señala: “El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan MAZEAUD y TUNC, la falta de servicio es considerada como “la culpa del servicio”, de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que

<sup>17</sup> PERRY ARRAU, PEDRO, obra citada, págs.18 a 22.



implica **probar** el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”, mezcla elementos objetivos y subjetivos y caracteriza la falta de servicio, señalando que ésta se configura por **nociones objetivas**, como la carencia total del servicio, un servicio defectuoso o tardío; dice **que es objetiva**, en cuanto no concurre el dolo ni la culpa, pero sí la falta de servicio como **culpa del servicio**, elemento que habrá de probarse; y, por último, es innecesaria la individualización de la persona del agente estatal causante material del daño, pues es responsabilidad del servicio y no personal.

## 2. Gaceta Jurídica N° 259, enero 2002, pág. 38

“Indemnización de daño moral (a familiares de paciente fallecido por negligencia de personal hospitalario).

El fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, rechazando un recurso de casación en la forma, se estima procedente aplicar las normas sobre **responsabilidad extracontractual**, sobre la base de calificar como **negligente** el proceder del personal del establecimiento demandado.

**En el considerando 4º** la I. Corte consigna que los actores fundaron su acción en **los artículos 2314 y siguientes del CC**, esto es, los atinentes a la responsabilidad delictual o aquiliana, pero no es menos cierto que a las **partes** sólo les corresponde introducir **los hechos** al proceso (y probarlos) y al juez la determinación del **derecho** aplicable a tales hechos. Agrega la I. Corte que las apreciaciones y razones jurídicas que plantean las partes en apoyo de sus tesis no obligan al juez, quien es enteramente libre para acogerlas o no, pues de acuerdo a un antiguo aforismo jurídico “*ivranovit curia*”, el juez conoce el derecho.

**En el considerando 7º**, se pide al juez **tener presente** el artículo 4º de la Ley 18.575 y el artículo 44 de la misma ley y luego el artículo 38 inciso 2º CPE, los que consagran un tipo de **responsabilidad objetiva**.

Más tarde, al referirse el recurso de apelación, la I. Corte aplica los artículos 2320 y 2322 del CC (Considerando 7º) y en los considerandos 11 y 12, concluye que el Servicio de Salud es un órgano o servicio de la Administración del Estado y su estatuto corresponde al de las **instituciones regidas por las normas y principios del derecho público**, fundamentalmente las señaladas en la CPE y en las leyes dictadas conforme a ellas. **En el considerando 12**, señala la I. Corte **que es inaplicable** en este caso cualquiera de

las disposiciones del Título XXXV del Código Civil (es decir, las normas de los delitos o cuasidelitos o sobre responsabilidad extracontractual).

**En el considerando 16**, califica la **responsabilidad extracontractual** de los servicios de salud y de los demás órganos públicos como de **carácter objetivo** y afirma que la norma constitucional citada (art.38 CPE) no deja lugar a dudas acerca de esta conclusión.

**En el considerando 17**, citando al profesor Jorge López Santa María (y a Eduardo Soto Kloss), señala que la **falta de servicio** del artículo 44 de la Ley 18.575 es una **responsabilidad objetiva**.

**En el considerando 24** señala las condiciones de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado y menciona:

- a) La existencia del daño a un administrado.
- b) Actuación de la Administración causante del daño
- c) Relación vinculante de causalidad.

**Y resuelve:**

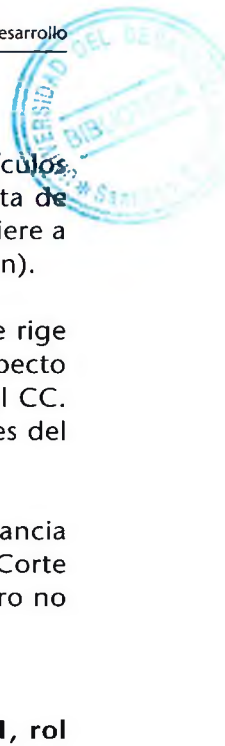
Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos **2314 y siguientes** del Código Civil, rechaza el recurso de casación en la forma y confirma el fallo de primera instancia.

**La E. Corte Suprema** rechaza la casación en la forma, pues la causa ha sido entablada y fallada con fundamento en las normas **sobre responsabilidad extracontractual POR CULPA** del servicio hospitalario, según las normas de los artículos 2314 y siguientes del CC y no se ha fundado en las normas que establecen la responsabilidad de un servicio público en cuanto órgano del Estado.

Al resolver y rechazar el **recurso de casación en el fondo**, en el **considerando 10º**, la E. Corte Suprema expresa: “en consecuencia, debe entenderse que las apreciaciones de los considerandos 10º y siguientes, que se refieren a la responsabilidad de los órganos del Estado, **que este tribunal no necesariamente comparte**, son a mero abundamiento...”.

## **Comentarios**

- a) Se fundamenta una demanda en contra de un órgano estatal, en base a normas de derecho privado, sobre responsabilidad extracontractual subjetiva (arts. 2314 y sgtes. CC).



b) Se fundamenta la responsabilidad objetiva del Estado, en los artículos 4º y 44 de la Ley 18.575 (que consagran la responsabilidad por falta de servicio) y en el artículo 38 inciso 2º CPE (que en parte alguna se refiere a la responsabilidad objetiva y sólo concede una acción de reclamación).

c) Se resuelve que el Servicio de Salud es un órgano público que se rige por las normas del derecho público y que **son inaplicables** a su respecto las normas sobre responsabilidad extracontractual (Título XXXV) del CC. No obstante, se falla la causa en base a los artículo 2314 y siguientes del Código Civil.

d) La E. Corte Suprema, al resolver la casación en el fondo, deja constancia **“que no necesariamente comparte”** los fundamentos que da la I. Corte de Apelaciones sobre responsabilidad de los órganos del Estado (pero no relaciona cuáles son sus propios fundamentos).

**3. Sentencia I. Corte de Apelaciones de Concepción de 28.11.01, rol 1548-00, confirmada por la E. Corte Suprema el 04.04.01, Rol 319-02, Semana Jurídica, pág.11.**

Estableció la falta de servicio de la municipalidad demandada del artículo 137 de la Ley 18.695 (hoy art. 141), pues no están acreditadas las circunstancias excluyentes del **caso fortuito o culpa de la víctima**.

### **Comentarios**

Se admite como eximente de responsabilidad civil –en materia de falta de servicio– **la culpa de la víctima**.

Los defensores de la responsabilidad objetiva no admiten la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil y ellos mismos consideran la falta de servicio como una clase de responsabilidad objetiva.

El fallo –claramente– diferencia la responsabilidad objetiva de la falta de servicio, pues de lo contrario no admitiría la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad en la falta de servicio.

**4. Sentencia E. Corte Suprema de 15.05.02, Rol 4753-01 (Semana Jurídica N° 82, pág.13).**

La idea de aplicar las reglas de la prescripción que contiene el Código Civil

a las acciones en que se persigue la **responsabilidad extracontractual del Estado**, no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas que las hagan imprescriptibles, corresponde estar-se a las reglas del derecho común.

### Comentarios

a) Aplica las normas de prescripción del derecho civil a la responsabilidad extracontractual del Estado, que autores y fallos la han calificado como responsabilidad de derecho público.

b) Requiere **texto expreso** que declare la imprescriptibilidad. De lo contrario, se aplican las normas del derecho común en materia de prescripción.

c) Considera a la responsabilidad extracontractual del Estado como de **naturaleza especial**, aunque no define en qué aspectos incide su especialidad. No sería especial –en todo caso– en cuanto a la prescripción.

### 5. Sentencia de primera instancia, dictada por don César Panes, Juez Titular Primer Juzgado Civil de Concepción (*Semana Jurídica* N° 81, pág. 11).

En el **considerando 9º** y luego de dejar establecido que la municipalidad faltó a su obligación de mantener la acera en forma expedita para la circulación peatonal y de señalar o hacer señalar su mal estado, advirtiendo el peligro para los usuarios a que alude el artículo 174 de la Ley 18.290, ya que la publicación que efectuó no la exonera de responsabilidad, pues el publicar el mal estado de las vías no constituye advertencia suficiente del peligro que ello involucra para el tránsito... **sin duda se creó un riesgo** y, por ende, la demandada está obligada a responder del daño producido al actor.

Se trata, en este caso, de la denominada **responsabilidad objetiva**, en que se prescinde del elemento culpabilidad, puesto que aquí basta que con una actividad o hecho se cause un daño a la persona o propiedad de otro para que nazca el deber de responder por él. Es la situación del artículo 174 inciso 5º de la Ley del Tránsito.

En el **considerando 10º** cita el artículo 141 (antiguo art. 137) de la Ley 18.695, norma en consonancia con el artículo 38 inciso 2º CPE y con el artículo 44 inciso 1º de la Ley 18.575.

**En el considerando 11, y a mayor abundamiento,** plantea el juez que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse, a lo menos, **a culpa del agente...** y denota, sin duda, **culpabilidad del autor**, o lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de **negligencia**. Concluyen que en este caso procedería aplicar la presunción de culpabilidad del artículo 2329 del CC, pues esa norma no sería taxativa (cita a Alessandri).

**En el considerando 12,** partiendo del **supuesto** de que las municipalidades no son responsables del mantenimiento y reparación de las vías públicas, al sólo facultárseles en el artículo 24 de la Ley 18.196 (sic.)... ello no es óbice para dar por establecida la responsabilidad del municipio demandado, pues tiene aplicación el artículo 174 inciso 5º de la Ley 18.290.

Concluye que cabe presumir **la culpa del municipio o de sus agentes** y la relación causal existente entre aquella (la culpa) y el daño provocado al actor, **y esta última conclusión** –dice el magistrado– no está de más decirlo aquí **a modo de resumen general**, fluye tanto si se analizan los antecedentes desde una perspectiva de responsabilidad objetiva y/o falta de servicio, como si se los considera desde una perspectiva de responsabilidad subjetiva.

## Comentarios

a) Considera la hipótesis del **artículo 174 inciso 5º** de la Ley 18.290, como un caso de responsabilidad objetiva, basada en la creación de un riesgo, que prescinde del elemento culpabilidad, bastando una actividad o hecho que cause daño a la persona o propiedad de otro.

El texto expreso de la ley nada dice al respecto y los autores no lo tratan como un caso de responsabilidad objetiva (Zelaye, Pedro, Magister en Derecho de la Empresa, versión 2002, Universidad del Desarrollo, págs.1 a 37, no se refiere a ella; Tesis para Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, de **Patricio Lagos Narvaez**, profesor guía RAMON DOMINGUEZ AGUILA,<sup>18</sup> quien sólo trata los casos de los incisos 2º, 3º y 4º, no refiriéndose al inciso 5º. En todo caso, considera que en la hipótesis de los incisos 3º y 4º habría **un sistema híbrido** de responsabilidad, pues en el inciso 3º no hay responsabilidad objetiva y en el inciso 4º sí existiría).

<sup>18</sup> RAMON DOMINGUEZ AGUILA, *La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988*, pág. 111.

b) El artículo 174 inciso 5º estaría en consonancia con los artículo 141 Ley 18.695, 38 inciso 2º CPE y 44 inciso 1º Ley18.575.

**El artículo 141 Ley 18.695** se refiere a la responsabilidad por falta de servicios y no a la objetiva.

**El artículo 38 inciso 2º CPE** en parte alguna menciona ni la responsabilidad objetiva ni la responsabilidad por falta de servicio.

**El artículo 44 inciso 1º Ley 18.575** consagra un caso de responsabilidad por falta de servicio y no de responsabilidad objetiva.

c) A mayor abundamiento, plantea que existe **culpa del agente, culpabilidad del autor, negligencia y aplica la presunción de culpabilidad** del artículo 2329 del CC.

Estas normas tienen fundamentos totalmente distintos a los de la responsabilidad objetiva. Se basan en la culpa o dolo del agente, cuestión totalmente ajena al riesgo de la responsabilidad objetiva que utiliza el mismo juez. La expresión a mayor abundamiento no elimina la confusión jurídica que se produce al fundar el fallo en ambas clases de responsabilidades.

d) Señala como **supuesto** que las municipalidades no son responsables del mantenimiento y reparación de las vías públicas.

Ese no es un supuesto. Es efectivo.

El artículo 11 de la Ley 8.946, modificado por el artículo 73 de la Ley 18.382, en relación con lo dispuesto en el artículo 26 del DL N° 1.305, de 1975, que reestructuró y regionalizó el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, entregaron **al Serviu** las obligaciones de elaborar todos los proyectos de las nuevas obras de pavimentación o repavimentación de **calzadas y aceras**, como asimismo **los trabajos de conservación y reparación de las mismas, lo que hace responsable de su mantención** a dicho organismo público.

De **una facultad** para realizar obras de pavimentación con recursos propios, no se puede desprender una obligación ni tampoco responsabilidad civil.

El artículo 174 inciso 5º se coloca en **dos hipótesis**:

- daños derivados del mal estado de las vías públicas
- daños derivados de su falta o inadecuada señalización.





Y responden de ellos, **en su caso**, la municipalidad respectiva o el Fisco.

Concordando las normas citadas, es evidente que el Fisco (**Serviu, en este caso**) debe responder por daños derivados del mal estado de la veredas y las **municipalidades**, por los daños derivados de la falta o inadecuada señalización, y se debe agregar que debe ser la **señalización oficial** que determine el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de acuerdo a lo señalado en los artículo 99 y 100 de la Ley 18.290.

**e) Presume la culpa del municipio o de sus agentes y la relación causal entre la culpa y el daño.**

e.1) Una cosa es la culpa o falta del servicio (municipalidad) y otra es la culpa personal del agente o funcionario. Aquella es una culpa del órgano y ésta es una culpa personal.

e.2) Nuevamente fundamenta su conclusión en elementos subjetivos, que no son procedentes en una hipótesis que el juez califica de objetiva.

e.3) Las presunciones de culpabilidad son propias del sistema de responsabilidad contractual basadas en elementos subjetivos y aquí estamos en presencia de hipótesis de responsabilidad extracontractual basadas en elementos objetivos de creación de riesgos y en que la culpa no se presume y debe probarse.

**f) Resumen general: Determina la responsabilidad de la municipalidad tanto desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, y de la falta de servicio, como de la responsabilidad subjetiva.**

Esta conclusión general es todavía más desconcertante.

Se trata de conceptos diferentes; con fundamentos, requisitos, elementos diversos; con normativa, pública o privada, también diversa.

¿Cómo un servicio público enfrenta adecuadamente una demanda, ante tal gama de responsabilidades?

¿Cuándo hay ultrapetita? ¿Cuáles son los plazos de prescripción, los tribunales competentes, los procedimientos aplicables?

La inseguridad jurídica que esto provoca es manifiesta.

## **A modo de conclusión**

Aunque existen otros casos en que se ha concluido la existencia de responsabilidad objetiva (del empresario, del médico y similares), no serán analizados aquí, pues requieren un tratamiento lato, que escapa a los márgenes de este trabajo.

Sin embargo, con lo expuesto, creo haber dejado esbozado tan sólo la gravedad del problema interpretativo a que nos lleva la introducción en nuestro país de una nueva forma de fundamentación de la responsabilidad civil, que implica el reemplazo de la tradicional concepción subjetiva del daño, por una nueva, que prescinde de la culpa o dolo, atiende sólo a la relación de causalidad y obliga al pago a quien haya creado riesgo y, como consecuencia de ello, se produzcan daños a las personas o las cosas.

Estamos enfrentados a un profundo proceso de cambios en materia de daños. Incluso ya se habla del derecho de daños.

Es indudable que la vida moderna nos enfrenta a nuevas formas de riesgos, hoy colectivos, y que la protección de la persona humana es el fundamento último de toda la legislación constitucional, de derecho común e internacional.

Si una persona sufre un daño, sin tener por qué haberlo sufrido, es lógico, es de justicia, es de equidad, que sea indemnizado por el causante del daño y la acción indemnizatoria se transforma ahora en una verdadera garantía genérica de tutela personal. Hoy día, es la calidad humana la que determina el derecho a ser indemnizado y no su derecho de dominio lesionado. Varias normas constitucionales así lo confirman y de ahí el fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho privado. Principios constitucionales, extraídos de la Carta Fundamental, a través de la interpretación, sirven de base hoy día al derecho a ser debidamente reparado por los daños que sufren las personas, incluso los daños morales, pues la reparación debe ser integral y ello tanto en materia contractual como extracontractual.

Ya salimos de un derecho individualista, en que se relacionaban directamente el agente y la víctima y pasamos a actividades que comprometen a un conjunto de individuos, a veces sin personalidad jurídica (equipos médicos o de profesionales, medio ambiente) y en que, muchas veces, es muy difícil determinar al agente responsable. Sin embargo, el daño existe.

Por ello, se ha transformado el fundamento de la obligación de indemnizar. Antes era el hecho culposo; ahora es el daño propiamente tal. Por ello, la responsabilidad se ha objetivizado, y por ello, hoy día sólo interesa que exista **un patrimonio** en el cual hacer efectiva la responsabilidad civil, aunque no conozcamos al causante del daño. De ahí la relevancia de los seguros por daños, sean privados o sociales o colectivos.

La objetivación de la responsabilidad se ha producido por vía legislativa y por vía jurisprudencial, señala DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN.<sup>19</sup>

Cuando es por vía legislativa, y el legislador utiliza expresiones que no admiten interpretación (tales como “la responsabilidad es objetiva o aunque sean daños accidentales o aunque obre sin culpa o dolo”, como los casos antes analizados) el problema no reviste mayor análisis, pues queda clara la intención del legislador.

El problema se presenta cuando las expresiones del legislador no son claras.

Allí, son los tribunales de justicia los llamados a interpretar para el caso específico de que conocen y se enfrentan, por ejemplo, a la realidad de un daño o de una víctima, con poca claridad legal. Es aquí donde está el problema. ¿Cuáles son los límites a dicha interpretación? ¿Puede ésta ser tan amplia como que lleve a prescindir incluso del texto legal para proteger a la víctima? ¿Es lógico que se llegue –incluso– a no considerar los fundamentos jurídicos que invoca el actor (el juez conoce el derecho) en el afán de proteger a la víctima? ¿Acaso el derecho, de supuesto responsable, no merece la misma protección? ¿Cómo se defiende éste? ¿Acaso el debido proceso no es un principio constitucional? ¿Y la relación procesal y la cuestión controvertida no son también cuestiones de orden público?

Una interpretación tan amplia de la objetivación de la responsabilidad resulta dañina al sistema jurídico; lo debilita, lo rodea de incertidumbre. Lleva a la inacción pública y privada, pues como cualquier actividad normal que desarrollen, crea un riesgo, siempre se va a ver expuesto a la obligación de reparar daños y perjuicios (Así, por ejemplo, la organización de un festival, de una maratón, de una cicletada, de un taller de pintura al aire libre, etc.). Toda actividad es portadora de un riesgo implícito y, como los autores partidarios de la responsabilidad objetiva pura excluyen incluso la culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad, aquel

<sup>19</sup> DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN, revista *Actualidad Jurídica*, N° 2, julio 2000, págs. 357 a 366, antes citada.

organismo público o privado (empresario del transporte, empleador) se verá en la obligación de pagar y, a lo más, de discutir el monto del valor a indemnizar.

No me parece que sea lo correcto.

Creo necesario que el legislador y los tribunales de justicia delimiten claramente esta forma de responsabilidad, pues de lo contrario se puede llegar a situaciones arbitrarias y de abuso del derecho.

Por lo pronto, además de lo expuesto anteriormente, al comentar algunos fallos, me atrevo a plantear algunas ideas al respecto.

1. La interpretación correcta es que la responsabilidad civil continúa teniendo como fundamento la culpa (o el dolo).

Cualquier interpretación que prescinde de la culpa debe ser restrictiva y requiere de un texto expreso, como ya ha sucedido en nuestro país, en los casos indicados anteriormente, bajo el título "Algunos casos específicos en la legislación".

En consecuencia, ante una duda interpretativa, debe aplicarse el principio de la responsabilidad subjetiva y restringirse la objetiva a los casos de texto expreso o explícito.

2. Las últimas leyes dictadas en Chile en materias que en el derecho comparado tienen claro fundamento objetivo, han mantenido la responsabilidad en base a culpa. Así ha sucedido con la Ley 19.300 sobre Medio Ambiente (arts. 3º y 51) y con la Ley 19.496, de 7.03.1997, de Protección al Consumidor (art. 23).

3. Cuando el legislador ha querido prescindir de la culpa, como fundamento de la responsabilidad, lo ha dicho expresamente, como sucede en las leyes citadas anteriormente, bajo el título "Algunos casos específicos en la legislación".

#### **4. No pueden confundirse estatutos jurídicos**

Si en una demanda se plantea que una responsabilidad es de derecho público, el fallo respectivo no puede fundarse en normas de derecho privado y viceversa, como, por lo demás, ya lo ha resuelto la jurisprudencia chilena en otros casos, como por ejemplo, en materia de tachas de testigos, en que se admite la habilidad de un testigo, funcionario de la entidad que lo



presenta, pues su relación jurídica es estatutaria y, por ende, no es inhábil para testificar.

### **5. La ley chilena debería regular expresamente los casos en que debe aplicarse la responsabilidad objetiva.**

Debería indicarse su concepto, requisitos, condiciones de aplicabilidad, competencia, procedimientos, prescriptibilidad, exenciones de responsabilidad. Es decir, tipificarla claramente, fijando también sus límites.

Y no se trata de impedir la evolución del derecho ni de cerrarse a los necesarios cambios que la responsabilidad civil ha experimentado. Se trata de ordenar, de devolver la seguridad jurídica, de permitir certeza a los regidos por la ley y de dar claridad a los tribunales de justicia para aplicar la ley y que no se vean los jueces en el imperativo de tergiversar los fundamentos de las instituciones jurídicas, en el afán de dar a cada cual lo que le corresponde e impartir justicia en equidad.

Al respecto, cito la opinión del profesor **Fernando Pantaleón**, de la Universidad Autónoma de Madrid, defensor por muchos años de la procedencia de la responsabilidad objetiva, quien, al darse cuenta de los excesos a que llegaban los tribunales en su aplicación, escribió un trabajo denominado "La responsabilidad en el Derecho", en el cual, entre otras interesantes ideas, plantea:

¿Cómo puede mantenerse la idea de que no sea **la ley, sino la jurisprudencia** a la que compete la labor fundamental de delimitar el alcance de las responsabilidades extracontractuales de la Administración?

¿No es preferible admitir que **la regla general** tiene que ser que esa responsabilidad **exige la culpa** de la administración demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como "la antijuridicidad" del daño o la causalidad "administrativa", estableciendo al mismo tiempo **por ley** y de una manera explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que debe exceptuar aquella regla general?

Tan cierto es lo que expongo que el artículo 1382 del Código Civil francés debió decir expresamente: "que el demente tiene responsabilidad civil". De lo contrario, que duda cabe, sería irresponsable civilmente.

### **6. La responsabilidad objetiva es distinta a la responsabilidad por falta de servicio.**

Ya hemos caracterizado una y otra a través de este trabajo.

Fácil es darse cuenta que cuando la ley exige que un servicio no se presta o el que se presta es tardío o imperfecto, está introduciendo elementos tipificantes específicos, que lo diferencian de la responsabilidad objetiva pura y que hacen a la responsabilidad por falta de servicio más cercana a la responsabilidad clásica o con culpa.

Para reafirmar lo expuesto, cito tres ideas:

a) La definición que entrega ALESSANDRI de responsabilidad contractual (obra citada, página 42) dice “que la responsabilidad contractual proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto” (art. 1556 CC), noción evidentemente subjetiva.

b) La historia de la Ley 18.575, en su art.44 (falta de servicio de los órganos del Estado). La 4ª Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno sobre el proyecto de ley Bases de la Administración del Estado, en la página 45 de su informe, señaló: “Se trata entonces de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, sin llegar a una que sea objetiva o total”.

c) Atendiendo a la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, en estas últimas no es necesario demostrar la culpa del agente y el obligado sólo se libera de responsabilidad probando el caso fortuito o la intervención de un tercero. En las obligaciones de medios, en cambio, el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, debiendo probarse la negligencia del servicio público o del médico o de cualquier profesional, para que éstos tengan obligación de indemnizar.

d) La responsabilidad por falta de servicio admite la acción de repetición en contra del funcionario responsable, lo que no sucede en la responsabilidad objetiva.

## **7. El hecho, falta o culpa de la víctima debe ser siempre considerada una causal eximente de responsabilidad civil.**

Existen muchas hipótesis que así lo aconsejan, como por ejemplo, el que se suicida lanzándose a las ruedas de un tren o de un vehículo motorizado, el ebrio que cae a un hoyo, el enfermo cardíaco que participa en una maratón, el que no obstante la señalización y publicidad, de igual manera ingresa al lugar de los trabajos en la vía pública y muchas más.

Si se asume voluntaria o imprudentemente un riesgo, no existe obligación de reparación.



## 8. Se pretende ver en los seguros por daños propios o a terceros, una solución a la obligación indemnizatoria derivada del daño.

En tal hipótesis, no interesaría mucho el fundamento de la responsabilidad civil, sea culposa o en base al riesgo. Siempre habría un patrimonio en el cual hacer exigible el pago.

Por este motivo, se ha planteado que incluso es responsable civilmente el demente, el menor de 7 años o cualquier absolutamente incapaz. Basta que exista un **patrimonio** en el cual hacer efectiva la responsabilidad.

Sin desconocer la importancia de los seguros, no me parece una solución jurídicamente correcta y tampoco corresponde a nuestra realidad económica.

Se confunden los conceptos de responsabilidad con el seguro por daños.

Los seguros estatales o sociales que en otros países existen y en Chile se dan en la Ley de Accidentes del Trabajo, por ejemplo, no tienen finalidades reparatorias, sino que de seguridad social, cuestión totalmente distinta a la responsabilidad civil extracontractual.

Las primas de seguros son de elevados precios, por lo cual no existe en Chile la cultura de la contratación de seguros y los seguros obligatorios (como el de automóviles) pagan montos exigüos a las víctimas.

Por otra parte, a sabiendas de la existencia de seguros –sobre todo sociales– la víctima podría exponerse voluntariamente a un daño, con la seguridad de que va a ser indemnizado.

Mucho más hay que decir sobre este importante tema. Obviamente, excede este imperfecto trabajo.

Sin embargo, creo que es evidente la necesidad de legislar claramente al respecto para que, de esa manera, los tribunales puedan impartir justicia en forma equitativa para ambos intervinientes: agente y víctima.

Termino citando de nuevo al profesor **Fernando Pantaleón** en el trabajo antes indicado, quien hace la siguiente afirmación: “Indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo, por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio” y luego se expresa así:

“Tras más de veinte años de estudio sobre la responsabilidad civil extracontractual, cometiendo alguno de los errores que he criticado en estas páginas, he alcanzado convicciones muy sólidas al respecto. La normativa de dicha responsabilidad, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, sólo puede comprenderse bien sobre la base de que no se trata de un polivalente instrumento de ingeniería social, sino de una institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañante y perjudicado: ya dejando el daño a cargo del segundo, ya poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar. Esto es lo que quiere decir que su función normativa es indemnizatoria: de ninguna manera que sólo cumpla su función cuando el perjudicado es indemnizado”.

“Tal como la responsabilidad extracontractual está regulada en el derecho español, y en muchos como él, no ha sido diseñada para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; y por eso, si previene, sólo lo hará atinadamente por casualidad. Tampoco ha sido diseñada para realizar la justicia en la distribución de la renta; y por eso, la redistribuye a menudo muy injustamente”.

**“La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido, también e incluso especialmente, para la responsabilidad de las Administraciones Públicas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo debería dejar de repartir dinero público sobre una base tan arbitraria como la de que el daño tenga, o no, relación causal con el funcionamiento de un servicio público y su Sala Primera debería dejar de hacer caridad con el bolsillo ajeno. Pero la sombra del “buen juez” Magnaud es alargada”.**



# Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes

**Armando Cartes Montory**

Abogado,

## Introducción

La evolución contemporánea que ha experimentado la problemática ambiental, en diversos planos, debe calificarse de dramática. En las tres décadas transcurridas desde la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en 1972, la protección del medio ha irrumpido con fuerza en el entorno regulatorio. Ha devenido, en efecto, de simple interés difuso –casi aspiración moral– a una fuente específica de derechos y deberes jurídicos para el Estado y las personas.

Inicialmente, se manifestó con la inclusión del tema a nivel constitucional, mediante la creación de un nuevo derecho subjetivo al ambiente sano.<sup>1</sup> Se fortaleció el mismo derecho con el deber correlativo al Estado de darle eficacia y preservar el entorno; con normas que autorizaban la restricción de otros derechos para proteger el medio ambiente; así como con la creación de mecanismos que mejoraban el acceso a la justicia.<sup>2</sup> De esta forma, se colige que la consideración de la cuestión ambiental en la Carta chilena de 1980 no es sino expresión de un fenómeno más general.<sup>3</sup>

En la región latinoamericana, a la incorporación de la cuestión ambiental en las Constituciones Políticas, le siguió un proceso de dictación de leyes

---

<sup>1</sup> Entre 1972 y 1999, 16 países de la región latinoamericana han dictado nuevas Constituciones, que incorporan la temática ambiental, a partir de la Carta panameña de aquel año. Cfr. Brañes Ballesteros, Raúl, *El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación*, México, 2001.

<sup>2</sup> Junto a los mencionados, los principales aspectos tratados son la vinculación entre el medio ambiente y el desarrollo y la protección de componentes específicos, como el patrimonio genético o la flora y fauna silvestre. Los textos más modernos dan rango constitucional a la noción de desarrollo sostenible (Guatemala, 1985; Brasil, 1988) y al deber del Estado de garantizar un desarrollo nacional "integral y sustentable" (Carta Mexicana, Reforma de 1999).

<sup>3</sup> Sobre la materia, cfr., Cartes Montory, Armando, "Bases Constitucionales del Derecho Ambiental", *Revista de Derecho, Ciencias Penales y Criminología de la Universidad San Sebastián*, N° 1, año 1999, pp. 151-161.

generales.<sup>4</sup> Se trata de cuerpos normativos amplios, que definen conceptos fundamentales; crean el marco jurídico-institucional, establecen mecanismos para la generación de normas e identifican los principios de la política ambiental, entre otros aspectos.<sup>5</sup> Su estudio y promulgación fue apoyado por ORPALC, la oficina regional del PNUMA para Latinoamérica.<sup>6</sup> En nuestro país, la dictación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente fue impulsada, además, por sectores empresariales<sup>7</sup> y por las autoridades de la época, como una exigencia natural del grado de conciencia ambiental y desarrollo económico que el país había alcanzado.

La tarea del Estado de colaborar en la protección y recuperación del entorno, urbano y rural, se extiende, lógicamente, a todos sus organismos. En el modelo institucional chileno se optó por la creación de un ente coordinador, reteniendo los ministerios y servicios públicos sus competencias ambientales preexistentes.<sup>8</sup> La labor coordinadora corresponde, como es sabido, a la Comisión Nacional del Medio Ambiente.<sup>9</sup> Se expresa en diversos ámbitos, notablemente en la formulación de políticas, la dictación de normas y en la administración del Sistema de Evaluación Ambiental.

Entre los entes estatales que no sólo retuvieron, sino que han visto reforzadas sus atribuciones y deberes ambientales, debe mencionarse ante todo a las municipalidades. Es consecuencia del fortalecimiento general que éstas han experimentado, desde una perspectiva orgánica y funcional, en el pro-

---

<sup>4</sup> Hasta la Conferencia de Río, en 1992, 9 países latinoamericanos se habían otorgado leyes marco ambientales. Con posterioridad, ese proceso continuó con más fuerza, sumándose Chile a la nómina, en 1994, con la dictación de la Ley N° 19.300.

<sup>5</sup> Así, v. gr., la ley colombiana N° 99, de 1993, crea el Ministerio del Medio Ambiente, organiza el Sistema Nacional Ambiental y reestructura el sector público relacionado a la gestión y conservación ambiental.

<sup>6</sup> El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, surge en la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, en 1972. Tiene su sede en Kenya, pero divide su actividad sobre una base geográfica regional, para mayor eficacia. Su Oficina Regional para América Latina y el Caribe, ORPALC, puso en marcha, en 1985, su Programa de Derecho Ambiental, que ha impulsado el desarrollo legislativo en la región. Ha servido, además, de foro de discusión y de ente asesor de los gobiernos, sobre temas de evaluación ambiental, producción limpia y diversidad biológica, entre otros.

<sup>7</sup> Paradójicamente, al incipiente clamor ciudadano, se sumó el interés de las compañías transnacionales de contar con reglas del juego claras, no discrecionales, que incorporaran certidumbre a su actividad y permitieran anticipar eventuales acusaciones de *dumping* "ecológico".

<sup>8</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia: "...el espíritu y tenor de la ley (LBGMA) es mantener las competencias ya existentes en los distintos organismos públicos con competencia ambiental, permitiendo sí, ahora, tener una coordinación que permita evaluar y proyectar en forma debida el medio ambiente y su preservación", Sociedad Empresa Pesquera Enerva S.A. con Director Servicio de Salud de Antofagasta, 15 de septiembre de 1994. R. de protección rol N° 9.238, confirmada por la C. Suprema, rol N° 23.832.

<sup>9</sup> Cordero, Luis, *Institucionalidad ambiental en el derecho chileno*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1996, págs. 81 y ss. Del mismo autor, cfr., "La Regulación Medioambiental en la década 1990-2000", en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1996, págs. 147-174.



ceso de descentralización del Estado.<sup>10</sup> De manera más específica, se fundamenta en la mayor cercanía del municipio con el ciudadano y su problemática cotidiana, en un contexto en que la participación ciudadana se ha vuelto un principio fundamental.

Junto a la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, un numeroso grupo de cuerpos legales establecen atribuciones y deberes para los municipios. No se trata, en general, de disposiciones específicamente ambientales. Se vinculan, más bien, con la protección del recurso agua, aire o suelo, en el medio urbano o rural, o el control de emisiones. La acción combinada de estas normas, no obstante, sumada a la voluntad efectiva de fiscalizar y hacerlas cumplir, representa un potencial enorme de mejoramiento ambiental.

### **Caracterización del municipio**

La Constitución Política de 1980 caracteriza a los municipios como corporaciones autónomas de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 107). Sus deberes específicos se relacionan con la satisfacción de las necesidades de la comunidad local y el aseguramiento de su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.<sup>11</sup>

A las funciones tradicionales del municipio, ya reseñadas, la Ley de Municipalidades añadió la protección del medio ambiente.<sup>12</sup> Aun sin indicación expresa, sin embargo, al formar aquél parte de la administración del Estado, sólo cabría entender que le alcanza el deber de tutela impuesto por el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.<sup>13</sup> Deber que es el supuesto correlativo del derecho subjetivo al ambiente sano, que reconoce la misma disposición.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Cfr., Oviedo Soto, Tarcisio, *Régimen Jurídico Municipal*, Fondo de Publicaciones, Dirección de Docencia, Universidad de Concepción, 1993.

<sup>11</sup> La Carta es complementada, en esta materia, por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, de 1988, en adelante LOCM. Debe tenerse presente, además, la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece que los municipios integran la administración del Estado.

<sup>12</sup> Art. 4, letra b). De acuerdo a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante, LBGMA, la protección ambiental comprende el mejoramiento, prevención y control del deterioro ambiental (art. 2°, letra q).

<sup>13</sup> Otras Cartas, en cambio, explicitan el deber constitucional municipal de tutelar el entorno; v. gr., la Constitución guatemalteca de 1985, en su art. 97 ("...El Estado, **las Municipalidades** y los habitantes del territorio nacional, están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación ambiental y mantenga el equilibrio biológico").

<sup>14</sup> El inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, señala que "es deber del Estado velar para que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".

A diferencia de otros órganos del Estado, los municipios no forman parte de la institucionalidad ambiental, atendida la autonomía que la Constitución les reconoce. Consecuentemente, la Comisión Nacional del Medio Ambiente no tiene competencias coordinadoras con relación a éstos. La LBGMA, en su artículo 23, remite esa coordinación a los gobernadores, en conformidad al artículo 8° de la Ley Orgánica de Municipalidades. Lo anterior se ha considerado grave, atendida la amplitud de sus funciones y competencias ambientales.<sup>15</sup> En especial, teniendo en cuenta las atribuciones normativas de los municipios, reflejadas en numerosas ordenanzas, de contenido frecuentemente desigual y contradictorio.

De esta manera, hemos visto que la misión de protección ambiental impregna transversalmente la actividad municipal. Y junto a esa normativa genérica, existen múltiples cuerpos legales que encargan tareas y otorgan atribuciones específicas a los municipios.

### **Ambitos de actuación municipal**

Tradicionalmente, siguiendo la nomenclatura de la propia Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se distinguen dos clases de funciones municipales de relevancia ambiental, las privativas y las compartidas con otros órganos del Estado. Entre las primeras, figuran las relativas al aseo y ornato, tránsito público y planificación urbana.<sup>16</sup> Las segundas, las compartidas, están referidas en el artículo 4° y se vinculan con la salud pública, el turismo y la vialidad urbana y rural, entre otras.

El presente trabajo examinará, en particular, tres áreas de intervención municipal en materia ambiental. En primer término, su actividad judicial, mediante el requerimiento a los tribunales de la imposición de sanciones, en los términos de la Ley de Bases, el ejercicio de acciones ambientales y el recurso de protección ambiental. En segundo término, la elaboración de ordenanzas, planes y políticas, como expresión de sus potestades normativas generales; y, finalmente, la participación de los entes comunales en el sistema de evaluación del impacto ambiental, en sus diversas calidades de proponente, fiscalizador y articulador de la participación ciudadana.

### **Ejercicio de acciones ambientales**

La misión de mejorar el cumplimiento de la normativa ambiental, a través de una adecuada fiscalización y la interposición de acciones judiciales, es

---

<sup>15</sup> Cordero Vega, Luis, "La Institucionalidad Ambiental: su transversalidad, aproximación a una evaluación", *Revista Gobierno y Administración Regional*, N° 66, enero de 1999.

<sup>16</sup> Art. 3° LOCM.

una tarea municipal de relevancia creciente. En efecto, junto a la facultad de recibir denuncias ciudadanas fundadas, sobre incumplimiento de normas ambientales, la titularidad de la acción ambiental, creada por la LBGMA, abre un amplio campo a la acción municipal.

La acción ambiental de la Ley de Bases es un medio procesal para obtener la reparación del medio ambiente dañado, a expensas del causante de daño.<sup>17</sup> La noción de reparación, en su acepción técnico-ambiental, implica el restablecimiento del ambiente natural, es decir, la reparación en especie o *in natura*.<sup>18</sup> El resarcimiento pecuniario sólo puede perseguirse de manera subsidiaria.

La titularidad de la acción en comento corresponde al Estado, a las personas que han sufrido el daño y a las municipalidades, "por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas".<sup>19</sup> La restricción a la procedencia impide la acción particular de la ciudadanía no directamente afectada.<sup>20</sup> No se trata, entonces, de una acción popular. Con todo, la misma norma previene que si la municipalidad, requerida por cualquier persona, no ejerce la acción en su representación, sobre la base de los antecedentes proporcionados, se hará solidariamente responsable de los perjuicios ocasionados al afectado.<sup>21</sup> Operaría, al decir de un autor, "como sanción al silencio administrativo positivo".<sup>22</sup> La municipalidad puede excepcionarse, emitiendo

<sup>17</sup> Art. 54 LBGMA. Sobre la acción ambiental, cfr. Valenzuela Fuenzalida, Rafael, "La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", Congreso Internacional de Derecho Ambiental, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1997, pp. 66-71; Barros Bourie, Enrique, "Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente", Congreso Internacional de Derecho Ambiental, op. cit. pp. 60-62; Pino Reyes, Octavio, y Pizarro Torrealba, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental*, Editorial Conosur, Santiago, 2001.

<sup>18</sup> La "reparación" es definida por la ley como "la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas" (art. 2° LBGMA). Se trata de una obligación de hacer y no de dar, lo que la distingue de la obligación indemnizatoria tradicional (Valenzuela, op. cit., p. 66).

<sup>19</sup> Sin embargo, el Mensaje Presidencial con que se inició el proyecto de la actual Ley de Bases, no consideraba al municipio entre los titulares de la acción.

<sup>20</sup> Se critica especialmente la exclusión de las organizaciones ambientalistas de la posibilidad de entablar acciones, pues suelen contar con los medios y el interés para proseguirlas. Ver Matte, Marlene, "Responsabilidad por Daño Ambiental", Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián, 2002, p. 75.

<sup>21</sup> La disposición, sin embargo, adolece de una incongruencia, ya que funda la solidaridad en supuestos perjuicios pecuniarios, cuya reparación, según hemos visto, es ajena al objeto de la acción ambiental. El plazo perentorio para accionar o responder, con que cuenta el municipio, es de 45 días. En el proyecto era de sólo 30 días, pero durante la tramitación en la Comisión Mixta se amplió al término actual, conservando su carácter perentorio (Diario de Sesiones del Senado, Anexo de Documentos, Sesión 29ª, 25 de enero de 1994, p. 5000).

<sup>22</sup> Figueroa Hernández, Dante, "Notas sobre la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, N° 3 (2001), p. 53. El autor agrega que, al hablarse de "perjuicios" –y no de daños– aquellos deben entenderse en los términos del art. 2.329 del Código Civil, esto es, en un sentido "inusitadamente" amplio; gravando duramente el patrimonio municipal.

una resolución fundada y notificándola al denunciante, que justifique su decisión de no accionar.<sup>23</sup>

Por otra parte, corresponde también a las municipalidades, al igual que a los demás organismos competentes del Estado, requerir a los tribunales la aplicación de sanciones a los responsables que no cumplan con los planes de prevención o de descontaminación, o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o a los infractores por incumplimiento de planes de manejo.<sup>24</sup> Es una facultad calificada de atribución no esencial o accidental de los municipios, por la LOCM (art. 5°, inc.3°).

Por último, las municipalidades suelen tener participación en la discusión de acciones constitucionales de protección, relacionadas con la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.<sup>25</sup> Su intervención puede ser activa, esto es, en calidad de recurrente; o bien pasiva, cuando es recurrida la corporación, para obtener el cese del acto que supuestamente priva, perturba o amenaza la garantía mencionada.

La cuestión de la legitimación activa del municipio, para interponer acciones ambientales, ha originado una jurisprudencia vacilante y, en ocasiones, contradictoria. Se ha rechazado, en efecto, la capacidad municipal de accionar, atendida su condición de persona jurídica. El derecho a "vivir" en un ambiente limpio, se ha sostenido, es de aquellos concedidos exclusivamente a los individuos de la especie humana y no a entes ficticios. Contrariamente, atendida las atribuciones ambientales amplias de los municipios y la representación que asumen de los intereses locales, se les ha reconocido titularidad sobre la acción de protección. Aun la fórmula de mayor aceptación, consistente en que el alcalde recurra, en representación de los habitantes de la comuna, ha sufrido cuestionamiento. Se ha señalado que no siendo la acción de protección una acción popular, no cabe su interposición en ausencia de personas particularmente afectadas. En definitiva, se concluye que sólo una redacción cuidadosa, que se haga cargo de estos reparos, evitará el rechazo del recurso, por la consideración en comento.

---

<sup>23</sup> Para el evento de que la municipalidad decida intervenir como tercero coadyuvante, la ley presume que tiene interés actual en el juicio, liberándola de probarlo, en los términos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>24</sup> Art. 56 LBGMA. La Comisión Mixta, en el estudio de la ley, precisó: "*la atribución que se entrega a la municipalidad debe entenderse en conformidad con su ley orgánica constitucional, que en sus artículos 4° y 5° consagra funciones y atribuciones de estas corporaciones en materia medioambiental...*", (cit. por Dinamarca Gárate, Jaime, "Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente", Cámara de la Producción y el Comercio de Concepción, 1996, p. 274).

<sup>25</sup> Sobre el recurso de protección ambiental y su evolución jurisprudencial, véase generalmente, Bertelsen Repetto, Raúl, "El Recurso de Protección y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Examen de 15 años de Jurisprudencia", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, 1998, pp. 139-174; y Cartes Montory, Armando, "El Recurso de Protección Ambiental", *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, diciembre de 1999.



En cuanto a la posibilidad de que el propio municipio sea recurrido, hay una situación en particular que ofrece interés. Nos referimos al caso en que el municipio es cuestionado por no ejercer sus atribuciones fiscalizadoras o de control, frente a una actividad que lesiona el derecho de los recurrentes. En principio, debe entenderse que la acción no es admisible, por cuanto se trataría de una omisión, respecto a la cual es improcedente la protección ambiental.<sup>26</sup> Con todo, la práctica indica que muchas veces la única forma eficaz de obtener el respeto del derecho individual es a través del ejercicio de las facultades municipales. Cuando se trata de atribuciones específicas, que imponen un deber de actuar al órgano municipal, parece razonable poder obligarlo a su ejercicio. La jurisprudencia ha confirmado este criterio.<sup>27</sup>

### La elaboración de ordenanzas, planes y políticas

La facultad abierta al municipio de establecer políticas ambientales es indirecta. Debe entenderse comprendida en el ejercicio de su atribución privativa de planificar y regular la comuna, en el ámbito de su territorio; así como de confeccionar el plan regulador comunal.<sup>28</sup> En este plan pueden plasmarse las políticas de ordenamiento y uso del territorio; protección de ecosistemas frágiles, disposición de residuos, entre otras. Junto a la formulación, corresponde al municipio, además, la facultad de velar por la observancia de estos cuerpos normativos, es decir, el poder de fiscalización y control.

La facultad de los municipios, por su parte, de dictar ordenanzas ambientales, constituye una manifestación general de sus atribuciones resolutorias.<sup>29</sup> Los límites a la actividad normativa del municipio son, formalmente, la Constitución Política, la ley, los planes reguladores y, en lo sustancial, el ámbito propio de la actividad municipal.<sup>30</sup> Las facultades fiscalizadoras del municipio requieren, para su eficacia, de la facultad de imponer sancio-

<sup>26</sup> El inciso final del artículo 20 de la Constitución Política sujeta la procedencia del recurso de protección ambiental a exigencias especiales, adicionales a las propias del recurso general. En el punto en comento, excluye la hipótesis de la omisión. Se funda la restricción, según los autores, en el deseo de evitar los recursos contra el Estado, cuando no actúa en su tarea de mejorar el ambiente (Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 104 y ss.).

<sup>27</sup> V. gr., Villagra con Municipalidad de Maipú, RDJ, Tomo 89; se trata de un recurso acogido, relativo al funcionamiento de una feria libre en la vía pública (Comentado en Bertelsen, op. cit., p. 155; y Cartes, *El Recurso...*, ya citado, punto 2.6).

<sup>28</sup> Art. 3° letra b) LOCM y 2.1.7 DS 47/92 de Vivienda.

<sup>29</sup> Las resoluciones son actos administrativos a través de los cuales se expresa la Administración. Se definen como normas generales y obligatorias aplicables a toda la comunidad y asumen, alternativamente, la forma de reglamentos, decretos alcaldicios, instrucciones u ordenanzas.

<sup>30</sup> Artículo 10 LOCM.

nes.<sup>31</sup> La ley autoriza a los municipios a establecer multas, no superiores a cinco unidades tributarias mensuales, las que deben aplicarse por los juzgados de policía local. En materia de aguas<sup>32</sup> y energía,<sup>33</sup> aquellos poseen atribuciones sancionatorias concretas. En materia de suelos, curiosamente, a pesar de sus claras competencias regulatorias, carecen los municipios de facultades para sancionar. Lo anterior les impone la necesidad de coordinarse con los entes públicos habilitados al efecto, tales como el Servicio Agrícola y Ganadero o los Servicios de Salud.

En virtud de las atribuciones descritas, muchas comunas han procedido a dictar ordenanzas ambientales. La CONAMA ha realizado un estudio en la Región del Bío-Bío sobre la materia.<sup>34</sup> De acuerdo a éste, en 2002, quince comunas de la Región habían adoptado ordenanzas sobre materias consideradas ambientales,<sup>35</sup> tales como aseo y ornato, transporte de carga, ruidos molestos y otros. Sólo siete comunas, sin embargo, tienen en vigencia ordenanzas ambientales propiamente tales.<sup>36</sup>

La evidencia empírica acumulada por la CONAMA, en la Región del Bío-Bío, no es alentadora. Se observan, en efecto, debilidades recurrentes, a nivel cualitativo. Las principales son la falta de creatividad, en cuanto se limitan a reiterar lo ya establecido en otros cuerpos legales<sup>37</sup> y la similitud

<sup>31</sup> La fiscalización en materia ambiental ha sido definida como "la facultad de que se encuentran investidos determinados entes públicos para verificar el grado de aplicación y acatamiento prácticos de que está siendo objeto la normativa dictada para la protección del medio ambiente" (Estudios de Legislación Ambiental, Serie Jurídica "Competencias Ambientales", CONAMA 1996).

<sup>32</sup> Según el art. 92 del Código de Aguas, es responsabilidad de la municipalidad respectiva, establecer sanciones a la infracción de la prohibición de botar a los canales sustancias, basuras, desperdicios y objetos similares, así como obtener su aplicación. Por otra parte, según el art. 81 del DFL N° 458/75, les corresponde, asimismo, para evitar el deterioro de un sector o barrio, fijar plazo para conectarse a las redes públicas de agua potable o alcantarillado. En el ejercicio de esta facultad, la municipalidad puede apercibir a los propietarios con la aplicación de una multa.

<sup>33</sup> Las municipalidades están facultadas para otorgar los permisos para que las líneas de transporte y distribución de energía eléctrica puedan cruzar calles y otros bienes nacionales de uso público. En caso de incumplimiento de la Ley General de Servicios Eléctricos o sus reglamentos, los mismos entes pueden *suspender o dejar sin efecto* los mismos permisos (Art. 37 del DFL 1/82 de Minería, en relación a los artículos 12 y 34 del mismo cuerpo legal).

<sup>34</sup> Seguimos, en esta parte, el documento elaborado por el Departamento Jurídico de la Comisión Nacional del medio Ambiente Región del Bío-Bío, denominado "Consideraciones generales en torno a las atribuciones municipales en materia ambiental, sus competencias específicas y su ejercicio a través de la dictación y aplicación de ordenanzas ambientales comunales" (2002).

<sup>35</sup> El caso de Concepción es ilustrativo. En la comuna se han aprobado las ordenanzas siguientes: Ordenanza de Aseo y Ornato (11.11.1982); Ordenanza sobre Ruidos Molestos (04.08.1981); (Ordenanza sobre Extracción de Áridos y Corta de Árboles en la comuna de Concepción (21.09.1982); y Ordenanza sobre el Transporte de Carga dentro de la comuna de Concepción (11.07.1990).

<sup>36</sup> Son las comunas de Negrete, San Pedro de la Paz, San Rosendo, San Carlos, Santa Bárbara, Los Angeles y Tomé.

<sup>37</sup> En parte justificada por el temor de incurrir en ilegalidades, al establecer exigencias o requisitos que excedan lo que la norma de jerarquía superior autoriza imponer.





entre las ordenanzas vigentes en varias comunas. Se omite así la consideración de las peculiaridades –económicas, sociales, culturales y ambientales– de la población o el territorio, que podrían determinar un contenido más novedoso. Una regulación homogénea no suele ser la más adecuada.

En cuanto a la forma de lograr los objetivos ambientales, hay una recurrencia excesiva a las normas prohibitivas, reforzadas por sanciones. Sería deseable, en cambio, la inclusión de medidas de estímulo, que permitieran facilitar la participación ciudadana. Existen experiencias posibles de replicar en la solución de problemas, como el tratamiento de desechos y reducción de los mismos, reducción de emisiones, creación de áreas verdes y muchos otros.

Por último, se detectan insuficiencias institucionales al interior de los municipios, que impiden el logro pleno de los cometidos ambientales. Carencias normativas y de fiscalización, de apoyo técnico e infraestructura, así como de coordinación con los demás servicios con competencias ambientales. Por lo mismo, la CONAMA se encuentra en proceso de elaboración de una ordenanza ambiental comunal tipo, para asistir a los municipios. Lo anterior por cuanto existe consenso en que, sin perjuicio de las carencias actuales, sus facultades normativas y fiscalizadoras son herramientas poderosas en el logro de objetivos ambientales, a nivel local.

## **El rol municipal en el sistema de evaluación del impacto ambiental**

La participación de los municipios en el sistema de evaluación del impacto ambiental (SEIA) puede ser revisada desde múltiples perspectivas. A saber:

- **En calidad de proponente.** En primer término y sin perjuicio de su clara autonomía, es indudable que los municipios integran el sector público. En tal carácter, sus proyectos deben someterse al SEIA y les son aplicables “las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado” (art. 22 LBGMA).

- **En el ejercicio de atribuciones de protección ambiental.** Debe tenerse presente que no corresponde a los municipios el otorgamiento de permisos ambientales propiamente tales.<sup>38</sup> Sus amplias atribuciones de relevancia ambiental, sin embargo, les confieren una participación activa en el proceso de evaluación. Directamente o en coordinación con otros órganos

<sup>38</sup> Con la excepción del permiso mencionado en el artículo 87 del Reglamento del SEIA.

de la Administración, le caben funciones vinculadas al aseo, el transporte, la vialidad, la salud pública, entre muchas otras.<sup>39</sup>

Se ha sostenido que la misma amplitud y vaguedad de las atribuciones municipales origina dificultades en su participación en el SEIA. Se originan en la "carencia de claridad con respecto a las competencias que le caben en el funcionamiento mismo de la evaluación del impacto ambiental, en tanto integrantes del Comité Técnico o Revisor".<sup>40</sup> A juicio de la CONAMA, los municipios suelen exceder su competencia. Se estima que su participación debería reducirse a un aspecto único y propio del Informe Sectorial: la definición de si el proyecto requiere de un Estudio o de una simple Declaración de Impacto Ambiental.

La anterior es una posición que no podemos compartir. Entendemos que al municipio, en su rol de articulador de la participación ciudadana, por su incidencia en el otorgamiento de ciertos permisos y atendida su amplia misión ambiental, le cabe un papel activo en el SEIA.

- **En la labor de fiscalización.** Durante la vigencia del proyecto, le corresponde al municipio, junto a los demás servicios públicos, la carga de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la resolución calificatoria, así como de la normativa aplicable.<sup>41</sup> De establecerse un incumplimiento, deberá obtener del servicio respectivo, o de la CONAMA en su caso, la aplicación de la sanción respectiva. La que puede conllevar, incluso, a la revocación de la aprobación de la calificación ambiental. Para cumplir esta tarea, según hemos dicho, los entes comunales deben coordinarse con los gobernadores.<sup>42</sup>

La función fiscalizadora se ve reforzada, además, por la obligación municipal de "recibir las denuncias que formulen los ciudadanos por incumpli-

---

<sup>39</sup> Numerosas leyes otorgan atribuciones a los municipios en materias de relevancia ambiental. Cfr., v.gr., art. 160 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), sobre fijación de plazo de retiro a establecimientos industriales expuestos a peligro de incendio o que produjeren emanaciones dañinas; art. 81 letra C), DFL N° 458/75, sobre fijación de plazo para conectarse al alcantarillado; art. 92, inc. 3°, C° de Aguas, sobre obligación de las municipalidades de concurrir a la limpieza de los canales obstruidos por basuras; Art. 64, DFL 458/75, sobre necesidad de informe municipal previo favorable, para el otorgamiento de concesiones de litoral; art. 26, DS N° 4.740/47, que faculta a los municipios para reglamentar las medidas tendientes a prevenir y suprimir la contaminación de la atmósfera; o más genéricas, en materia urbanística: la facultad de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LGUC, del plan regulador y las ordenanzas respectivas, así como fiscalizar la ejecución de las obras respectivas (art. 24 letra a) N° 4, LOM.

<sup>40</sup> Ver documento "Consideraciones generales...", supra, nota 22.

<sup>41</sup> Art. 64, LBGMA. En el estudio de la ley, la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado consideró necesario citar expresamente a los "organismos municipales", referencia que en definitiva fue omitida, por estimarse innecesaria (Diario de Sesiones del Senado, Anexo de Documentos, Sesión 47ª, 4 de mayo de 1993, pág. 5715)

<sup>42</sup> Art. 23 LBGMA, en relación al art. 8 LOM.



miento de normas ambientales” y ponerlas en conocimiento del “organismo fiscalizador competente para que éste les dé curso”.<sup>43</sup>

- **En la articulación de la participación ciudadana.** Las teorías contemporáneas de gobierno asignan a la participación ciudadana un rol fundamental. La complejidad de las demandas sociales, la dinamización de los mercados, la reducción del tamaño y roles del Estado, entre otras tendencias, vuelven indispensable el aporte ciudadano en el debate público.

La participación fortalece a la sociedad civil, permitiéndole tomar conciencia de sus derechos y deberes e incorporándola en la toma de decisiones.<sup>44</sup> Estas, a su vez, se perfeccionan y se validan, aportando credibilidad y transparencia. El intercambio de información relevante ahorra recursos de tiempo y dinero, en cuanto canaliza de manera adecuada la información desde y hacia la comunidad.

En materia ambiental, la participación debe ser continua y de doble vía, para ser eficaz. Su propósito es conciliar las actividades humanas que se pretende desarrollar en el entorno con su protección. Se reconoce una participación informal, que se da al amparo de diversas redes de participación ciudadana<sup>45</sup> y una formal, relacionada con la discusión de planes y normas.<sup>46</sup>

El SEIA es una manifestación principal de la participación ciudadana formal. En efecto, de acuerdo a la LBGMA y al Reglamento, la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según los casos, debe remitir información al municipio, sobre los proyectos en evaluación con impacto en el ámbito comunal.<sup>47</sup> A fin de darles publicidad adecuada, se suele recurrir a diversos instrumentos de participación, tales como la fijación de

---

<sup>43</sup> Art. 65 LBGMA. La norma añade que el organismo fiscalizador debe informar al municipio, el cual, a su vez, hará llegar los antecedentes a la CONAMA regional. A continuación, aquel debe acompañarlos al Ministerio respectivo.

<sup>44</sup> Sobre la participación ciudadana, desde la perspectiva del sector privado, cfr., Agüero, “Participación Ciudadana en la Protección del Medio Ambiente”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1997, pp. 89-93. Señala el comentarista que es importante que las empresas reconozcan que la participación ciudadana puede mejorar los proyectos, para lo cual deben esforzarse por establecer relaciones de cooperación con las comunidades locales, desde el inicio de los mismos.

<sup>45</sup> Tales como organizaciones no gubernamentales, autoridades, universidades, sector privado y otros sectores sociales.

<sup>46</sup> V. gr., planes de prevención, descontaminación, de manejo y planes reguladores comunales; normas de calidad ambiental y normas de emisión.

<sup>47</sup> Art. 31, Ley 19.300 y arts. 23, 53 y 55 del Reglamento del SEIA. Debe incluir, a lo menos, una copia del extracto del Estudio de Impacto Ambiental o de la lista de proyectos o actividades sujetas a Declaración de Impacto Ambiental.

carteles o la organización de audiencias públicas.<sup>48</sup> Al municipio corresponde, con los medios y fines reseñados, articular en el nivel local la participación de la comunidad.

## Conclusión

En definitiva, puede concluirse que en los casi tres lustros transcurridos desde la tímida incorporación, en la Ley Orgánica de Municipalidades, de la misión de proteger el medio ambiente, se ha experimentado un progreso considerable. En términos a la vez cualitativos y cuantitativos, los municipios han asumido con fuerza su nueva tarea. Hoy puede sostenerse, sin vacilación, que su participación en la reglamentación, la articulación y la fiscalización ambiental, se ha vuelto imprescindible.

En los años venideros, anticipamos una intensificación aun mayor de la presencia municipal en la tarea de conservación y mejoramiento del ambiente. Es presumible esperar, en efecto, un incremento del uso de incentivos, para estimular conductas ambientalmente amigables en los ciudadanos.<sup>49</sup> Asimismo, debería observarse una mayor especialización técnica para abordar determinadas materias.<sup>50</sup> A sus tareas tradicionales, vinculadas al aseo, el urbanismo o la fiscalización, se agregarán otras, que demandan un rol más activo y dinámico y una mejor coordinación del municipio con otros servicios públicos.

---

<sup>48</sup> La experiencia con éstas, sin embargo, ha sido insatisfactoria. En la actualidad, se prefieren mecanismos alternativos, como la remisión de comunicaciones y circulares a los afectados y a las organizaciones comunitarias; la sensibilización de líderes; el mantenimiento de archivos públicos, etc.

<sup>49</sup> Es el caso, cada vez más frecuente, de la implementación, a nivel local, de políticas de reciclaje, producción de compost, separación o reducción de desechos, entre otras experiencias.

<sup>50</sup> Las áreas específicas en que podrá observarse mayor actividad municipal serán, en nuestro criterio, la educación y capacitación ambiental; la gestión de residuos domiciliarios; la planificación territorial y la conservación del patrimonio ambiental comunal, natural y arquitectónico-urbanístico, en particular a través de la normativa sobre construcción y urbanización.

# Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública

**Carlos Patricio Cárdenas Sepúlveda**

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO - CONCEPCION

Es evidente la evolución que han sufrido dentro de nuestro derecho administrativo las normas que regulan la expropiación, así como los resguardos consagrados por el constituyente y el legislador en beneficio del sujeto pasivo de ella.

Haciendo un breve análisis histórico de la evolución que ha sufrido la expropiación en nuestro derecho, resulta curioso el impulso de nuestros primeros constituyentes al tratar de esbozar esta institución. Fue así que la Constitución de 1818 contenía en su artículo 9° la posibilidad de que el Estado privara de la propiedad a los particulares cuando lo exigiera la defensa de la patria,<sup>1</sup> agregando que con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y *nunca con tropelías e insultos*, es decir, la garantía para el propietario consistía en que no le arrebataran sus bienes con atropellos y abusos.

Sólo desde la Constitución de 1823<sup>2</sup> se consagró una privación del dominio, únicamente por necesidad pública, la cual era calificada por el Senado, y posteriormente fue la Constitución de 1828<sup>3</sup> la que consagró la posibilidad de sólo privar del dominio a los particulares por medio de una sentencia judicial.

<sup>1</sup> Proyecto de Constitución Provisoria de 1818. Art. 9° "No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de bienes, si no lo exige la defensa de la patria, y aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos".

<sup>2</sup> Constitución Política de 1823. Art.117: "A ninguno puede privársele de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización".

<sup>3</sup> Constitución Política de 1828. Art.17: "Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial: Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenersele".

Es la Constitución de 1833 la que formula la institución de una manera similar a la que hoy rige para la expropiación por causa de utilidad pública, es así como consagró en su artículo 12 N° 5,<sup>4</sup> que las personas sólo podían ser privadas de su dominio en virtud de sentencia judicial o por utilidad del Estado, calificada por una ley, previa indemnización, que se ajustará con el dueño o que será evaluada por hombres buenos, hoy llamados peritos.

En la Constitución de 1925, en su artículo 10 incs. 1º y 2º, se consagró la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. Reafirmando ello al recalcar que nadie puede ser privado de su dominio, sino en virtud de una sentencia judicial, o de expropiación por causa de utilidad pública, calificada por una ley. Termina el inc. 2º consagrando por vez primera la posibilidad de que el afectado reclame de la indemnización determinada por la Administración, al señalar que la suma a que tendrá derecho será la que el mismo propietario acuerde o bien la que fije el tribunal en el juicio correspondiente. Es decir, a falta de acuerdo entre el expropiante y el expropiado, será el juez, por medio del procedimiento correspondiente, el que fijará la suma de indemnización definitiva.

La norma señalada fue violentada por las Leyes N° 16.615, de 20 de enero de 1967, y N° 17450, de 16 de julio de 1971, que modificaron el texto primitivo, dejando en una posición de menoscabo al expropiado frente al ente expropiante, al establecer por ejemplo el pago diferido de la expropiación, en algunos casos a treinta años, y al pago de la indemnización por medio de bonos emitidos por el Estado, los que en caso alguno podían entenderse como moneda de curso legal, además de establecerse un pago equivalente al avalúo fiscal de la propiedad expropiada cuando ésta fuere un predio rural. Estas normas, conocidas como leyes de reforma agraria, transformarían en una ilusión, para los titulares del dominio, el derecho de propiedad garantizado por la Constitución.<sup>5-6</sup>

El Acta Constitucional N° 3, en su artículo 1º N° 16 inc. 3º, contempló la posibilidad de reclamar de la expropiación, entregándole al juez la facul-

---

<sup>4</sup> Constitución de 1833. Art. 12: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República": N° 5 "La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o la enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se evaluare a juicio de hombres buenos".

<sup>5</sup> Ver fallo reproducido en RDJ. Tomo 78, secc. 5ª, p. 207, que en sus 27 considerando desarrolla extensamente la evolución de la institución de la expropiación.

<sup>6</sup> El desarrollo histórico, la influencia de la reforma agraria y el contexto histórico en que evolucionó la institución de la expropiación puede estudiarse en Memoria de Titulación "Expropiación, Institución de Derecho Público", de Carolina Bascur Zambrano. Universidad del Desarrollo. Facultad de Derecho, Concepción, año 2000.

tad de suspender la toma de posesión material del bien expropiado mientras conocía y resolvía sobre la legalidad del acto expropiatorio. Como modo de precaver los problemas que se habían suscitado en años anteriores, el Acta Constitucional contempla además plazos de cinco o diez años como máximo para proceder al pago de la indemnización en favor del expropiado, estableciendo un sistema de reajustabilidad y de pago de intereses para beneficio del afectado con el acto administrativo.

Finalmente la Constitución de 1980 consagró exhaustivamente el derecho de propiedad, contemplando un "acorazamiento" de éste, según palabras de Hugo Caldera Delgado.<sup>7</sup> El artículo 19 N° 24 inc. 3° nos dice que el expropiado podrá en todo caso reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales de justicia, teniendo siempre derecho a una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, monto que se determinará en primer término por el acuerdo de las partes, y en caso de no lograrse este acuerdo, su determinación estará entregada al juez competente, por medio de la dictación de una sentencia definitiva. Además el inc. 4° resuelve que, a falta de acuerdo entre las partes, la indemnización será pagada en dinero efectivo al contado.

En esta apretada síntesis de la consagración constitucional de la expropiación en nuestro derecho podemos señalar en primer término que la evolución de esta institución va de la mano con el desarrollo del concepto de propiedad privada y sus garantías, la cual en sus inicios, como por ej. con la Constitución de 1818, entregaba una protección que vista con nuestros ojos parece absurda, por lo ínfima, pero que en la actualidad se ha visto poderosamente robustecida por la enérgica protección de la propiedad privada consagrada en la actual Constitución Política.

Es necesario recalcar que la norma constitucional vigente se ha visto fuertemente respaldada, además de su propia fuerza obligatoria, por la adecuada y extensa regulación que se contiene del procedimiento expropiatorio en el DL 2.186, del año 1978, denominado Ley Orgánica de Expropiaciones, la cual consagra la regulación única para cualquiera expropiación que se realice en virtud de una ley especial o general que la autorice, contiene normas sustantivas y adjetivas de esta institución, así como procede a derogar todas las otras leyes preexistentes sobre la materia, aún cuando no le sean contrarias (Art. 41).

<sup>7</sup> El autor señala: "La garantía que ha dado al derecho de dominio la Constitución de 1980 tiene un efecto adicional: permite a la persona el ejercicio efectivo de sus libertades, al hacerla dueña de sus decisiones y no un objeto entregado al arbitrio de una burocracia asfixiante y esterilizante al servicio de gobiernos estatistas, como aconteció con las reformas al derecho de propiedad introducidas a la Constitución de 1925". *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 393.

Es en este decreto ley en el cual encontramos los mecanismos procesales de defensa de los afectados por el acto expropiatorio que se interpondrán ante los tribunales de justicia competentes, los que desarrollaremos a continuación en este trabajo.

## **Los procedimientos de reclamación contenidos en el DL 2.186, a favor del propietario afectado con la expropiación**

El DL 2.186 contempla en su reglamentación tres vías de reclamo judicial, para auxiliar al propietario que sea afectado en virtud de una expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, efectuada por el Estado, o por la entidad autorizada para tal efecto. Estos derechos de reclamo son los siguientes:

1. Acción de reclamo en contra de la procedencia de la expropiación. Artículo 9º DL 2.186.
2. Acción de reclamo tendiente a modificar el acto expropiatorio. Artículo 9º DL 2.186.
3. Acción de reclamo en contra del monto fijado como indemnización provisoria de la expropiación. Artículo 14 DL 2.186.

A continuación pasaremos a exponer cada una de las acciones enumeradas:

### **1. Acción de reclamo en contra de la procedencia de la expropiación**

Las causales de esta acción se encuentran reguladas en el art. 9º letra a) del DL 2.186, en él se contiene lo que se ha denominado por la doctrina una verdadera solicitud de nulidad de derecho público,<sup>8</sup> ya que por esta vía se pretende afectar al origen del acto administrativo que dio vida a la expropiación, el cual no se habría ajustado a las normas legales y/o constitucionales superiores que necesariamente debe respetar, considerando la

---

<sup>8</sup> Es interesante recalcar en este punto que al estimar que el vicio que afecta al acto expropiatorio trae como sanción la nulidad, se crea el problema no resuelto unánimemente en la doctrina nacional de la calidad de ipso jure o no de la nulidad de derecho público, ya que quienes aceptan esta postura (Soto Kloss, Caldera Delgado, entre otros) señalarán que no es posible su saneamiento por el transcurso del tiempo ni por la ratificación de la parte que lo emitió, en este caso por un nuevo decreto expropiatorio. Por el contrario, aquellos autores que mantienen una postura contraria, como Silva Cimma, o Aylwin Azócar, encontrarán consecuencias opuestas de las planteadas. Sobre este punto, ver Caldera Delgado, obra citada, pp.48 y ss.; Bascur Zambrano, obra citada, pp.128 y ss.





nales de validez de la expropiación, por lo que necesariamente debe ser real y permanecer condicionada al acto. La finalidad exigida como necesaria en el origen del acto deberá permanecer, además, en su desarrollo y cumplimiento hasta su entera conclusión, respetando efectivamente el principio de legalidad establecido en la Constitución y la ley que autoriza la dictación de dicho acto. La infracción se produce al expropiar inmuebles con la finalidad de construir un aeródromo militar, lo cual no se cumple, por lo que el acto que fue válidamente dictado se convierte, por no cumplir con su fin, en nulo".<sup>11</sup>

En definitiva, podemos afirmar que si bien la expropiación se concreta a través de un acto administrativo, el cual es el decreto o resolución expropiatoria, él en ningún caso puede dictarse en contravención a las normas superiores que lo gobiernan, así como tampoco la ley, norma de segundo grado, que autoriza la expropiación, sea general o especial, podrá omitir el cumplimiento de la sujeción a su norma superior, que es la Constitución, norma de primer grado, de lo contrario el propietario tendrá derecho a reclamar de la expropiación y los tribunales de justicia procederán a declarar la nulidad de la misma.

Don Hugo Caldera Delgado estima que en caso que una ley específica que ordena la expropiación de un bien determinado y que no se encuentra ajustada a su norma superior, por ejemplo, al no fijar un plazo para la materialización de la expropiación, podrá ser dejada sin efecto por medio de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley.<sup>12</sup>

Peñailillo Arévalo también estima que podría recurrirse de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, en aquel caso en que la ley expropiatoria "no ha efectuado una declaración de utilidad pública con indicación al ámbito a que se refiere, o se observa que el objeto no se adecua ni remotamente a la finalidad que se indica".<sup>13</sup>

A este respecto, el fallo citado precedentemente en la nota 10 señaló que una ley debía ser declarada inconstitucional, en este caso la Ley N° 17.151, ya que efectuó una declaración de utilidad pública de un inmueble de un particular y ordenó que la entidad expropiante posteriormente lo traspase a otro particular, esas normas adolecen de un vicio al no concretarse efectivamente la utilidad pública perseguida por la expropiación, por lo que debe acogerse el recurso interpuesto.

<sup>11</sup> RDJ. Tomo XCIII, sección 5ª, p. 2

<sup>12</sup> Obra citada, pp. 467 y ss.

<sup>13</sup> *La Expropiación ante el Derecho Civil*, p. 51.



Dentro del estudio particular de las causales contempladas por el DL 2.186 podemos señalar que el artículo 9º letra a) señala como causales de reclamación tres situaciones diversas:

- a. Dejarla sin efecto en razón de la inexpropiabilidad, aun temporal, del bien afectado.
- b. Falta de ley que autorice la expropiación
- c. La no concurrencia de la causal invocada en el acto expropiatorio.

Estas tres situaciones contempladas en el artículo 9º del DL 2.186 son causales que invoca el propietario afectado por la expropiación en la cual se discutirá la legalidad de la expropiación, es un recurso que persigue determinar por el juez de la causa la nulidad del acto expropiatorio.

Al prescribir el artículo 9º letra a) del DL 2.186 que podrá solicitarse la nulidad del acto expropiatorio por haber recaído sobre un objeto inexpropiable, debe recordarse que es el propio DL 2.186 el que contempla y crea situaciones de inexpropiabilidad.

El artículo 35 del señalado DL prescribe que en caso que la expropiación haya sido desistida o dejada sin efecto, según lo regulado en los artículos 32, 33 y 34 del mismo texto, no podrá ser expropiado el mismo bien dentro del año siguiente a la fecha en que la expropiación quedó desistida o sin efecto. Si la entidad expropiante prosiguiera con el proceso expropiatorio antes de vencer los plazos señalados por el DL, el afectado lo comprobará ante el tribunal competente acompañando la constancia del desistimiento o de la sentencia que dejó sin efecto el acto expropiatorio.

Si la causal invocada es la de la no existencia de la ley expropiatoria, no merece mayor comentario, ya que es de fácil constatación ante el tribunal que corresponda.

Pero el reclamo fundado en la inexistencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio, es por su amplitud el que permite formular todas las situaciones descritas anteriormente en relación a la legalidad e inconstitucionalidad de la expropiación.

Por último, es necesario señalar que el DL permite al expropiado solicitar del tribunal que suspenda la toma de posesión material del terreno expropiado mientras se resuelva la petición fundada en esta letra a), y sólo cuando existan antecedentes calificados será otorgado, pero teniendo la posibilidad para el ente expropiante que por resolución del tribunal se fije una caución suficiente del reclamante para responder de los perjuicios que se ocasionaren con la paralización de las obras.

## 2. Acción de reclamo tendiente a modificar el acto expropiatorio

Estos casos se encuentran regulados en el artículo 9º letras b), c) y d).

La letra b) del mencionado artículo contempla la posibilidad de reclamo para que se disponga la expropiación total del bien expropiado cuando la parte no afectada del mismo careciere por sí sola de significación económica o se hiciera difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento.

Por su parte, la letra c) permite reclamar al propietario, el cual solicitará se le expropie otra porción de su terreno parcialmente expropiado, cuando dicho terreno se encuentre por efecto de la expropiación en alguna de las circunstancias señaladas en la letra anterior.

Estas situaciones deberán ser invocadas por el propietario que se sienta afectado por la expropiación y con la prueba que rinda ante el tribunal, siendo de vital importancia el informe de los peritos, los que entregarán al juez la convicción necesaria para resolver sobre la procedencia de una nueva expropiación por el retazo de terreno solicitado.

Si la resolución judicial que dirime el conflicto determina que es procedente la solicitud del expropiado, el DL en este punto le entrega a la entidad expropiante la obligación que dentro del plazo de noventa días, desde que la resolución quede ejecutoriada, se dicte un acto expropiatorio adicional o modificatorio, bajo sanción que de no hacerlo dentro del plazo señalado, la expropiación se tendrá por caducada.

El acto administrativo que se dicte para adicionar o modificar la expropiación original, si bien debe cumplir con todas las exigencias formales del artículo 6º del DL, no necesitará una nueva publicación en el Diario Oficial, y en el diario o periódico de la provincia en que se efectúa la expropiación.

Respecto de lo preceptuado en la letra d) del artículo 9º al señalar que el afectado podrá reclamar para que se modifique la expropiación cuando no se conforme a la ley en lo relativo a la forma y condiciones de pago de la indemnización, ella sería una norma que hoy no tiene justificación, la propia Constitución ha señalado que el pago de la expropiación es siempre al contado, por lo tanto no podría existir controversia respecto de la forma de pago de la indemnización, ya que en todo caso, cuando no haya acuerdo entre el ente expropiatorio y el propietario afectado, será el tribunal competente quien determinará la indemnización definitiva, pero siempre partiendo desde la base que se ha consignado en la cuenta corriente

del tribunal la totalidad de la cantidad fijada por los peritos, debidamente reajustada, y señalada en el decreto expropiatorio, a nombre del propietario aparente del terreno expropiado.

## **Normas procesales aplicables a los reclamos fundados en las dos causales anteriores**

Según el artículo 39 del DL 2.186, será juez competente para conocer de estas reclamaciones el juez letrado de mayor cuantía en lo civil dentro de cuya jurisdicción se encontrare el bien expropiado; sin embargo, según lo señala el inc. 2º, y será ésta obviamente la regla general, cuando la expropiación es practicada por el Fisco, será competente el juez de letras de asiento de la Corte de Apelaciones que corresponda. En el evento que existan dos o más jueces letrados en esa jurisdicción, conocerá de la reclamación el juez de turno, aun cuando exista Corte de Apelaciones.

Estas causales podrán ser invocadas dentro del plazo de treinta días a contar de la publicación en el Diario Oficial del acto expropiatorio. Según lo dispone el artículo 41 del DL 2.186, éste es un plazo de días hábiles, el cual se suspende por la interposición de días feriados.

Luego de interpuesto el reclamo, tendrá un plazo de 30 días para hacer notificar la demanda, de lo contrario se le tendrá por desistido de la acción deducida. El tribunal podrá ampliar por 30 días más por razones fundadas el plazo para notificar la demanda. Art. 9º inciso final, DL 2.186.

Es necesario tener presente que la acción entablada por el afectado es una verdadera demanda, por lo que será necesario se proceda a su notificación personal, en caso alguno puede estimarse como un incidente dentro del proceso expropiatorio.<sup>14</sup> Es también necesario, como consecuencia de lo anterior, que el juicio de reclamación se tramite en expediente separado del de la expropiación, incluso asignándole un rol de causa diverso.

El procedimiento por el cual se tramitará esta reclamación es el de las normas establecidas para el juicio sumario.

Hemos señalado que para el caso que se deduzca la acción del art. 9º letra a) o d), el juez está facultado, a petición de parte, para ordenar se paralice el procedimiento expropiatorio, quedando en suspenso la toma de pose-

<sup>14</sup> *Procedimientos Judiciales Vinculados a las Expropiaciones Decretadas por el Ministerio de Obras Públicas*, Sylvia Morales Gana, Cuaderno Jurídico N° 1, Consejo de Defensa del Estado, p. 21.

sión del bien expropiado, cuando se acompañen antecedentes calificados. El juez en este caso podrá exigir caución suficiente al reclamante para responder de los perjuicios que ocasionaren la paralización de las obras.

Si la sentencia definitiva dictada en estos procedimientos no acoge la solicitud del reclamante, se seguirá con el proceso expropiatorio, en caso de haberse paralizado, o bien no tendrá incidencia en el trámite de expropiación que no se ha paralizado con la interposición del reclamo. En el evento de que se acoja el reclamo de la letra a) del art. 9º, la expropiación se dejará sin efecto, decretándose su nulidad.

Para el evento que se acoja la solicitud del art. 9º letras b), c) y d), deberá dictarse un acto expropiatorio modificatorio, como se ha señalado precedentemente, dentro del plazo de 90 días de ejecutoriada la sentencia que acogió el reclamo. Si la Administración no dicta la modificación de la expropiación dentro del plazo señalado, el bien sobre el cual recayó la disputa se transformará en un bien inexpropiable dentro del año siguiente a la sentencia y teniendo derecho a una indemnización por el perjuicio causado, según lo contempla el art.35 inc. 3º del DL 2.186.

La sentencia será apelable dentro de las reglas generales, y tomando en consideración que es una sentencia definitiva. Sin embargo, la apelación sólo se concederá en efecto devolutivo, y gozará de preferencia para su vista y fallo. Art. 40 inc. 3º.

### **3. Acción de reclamo en contra del monto fijado como indemnización provisoria de la expropiación**

Cualquier procedimiento expropiatorio se dará inicio, sin perjuicio de la fase de estudio de la expropiación, con la resolución que nombra los tres peritos que procederán a tasar el bien que se expropiará, configurando el valor de la indemnización provisional.

Luego de fijado este monto por la comisión de peritos, se podrá llegar a acuerdo con el expropiado respecto del monto de la indemnización, incluso podría acordarse pagarse una cantidad superior a la establecida por la comisión de peritos.<sup>15</sup>

Sólo en el evento de que no exista acuerdo entre el expropiante y el expropiado, la indemnización se consignará a la orden del tribunal competente mediante el depósito del dinero de contado, en su cuenta corriente.

---

<sup>15</sup> *Expropiación por Causa de Utilidad Pública*. Paulina Valdebenito Sanders. Memoria de Titulación. Universidad San Sebastián. 1999.



En el reclamo de la indemnización provisoria el expropiado, como también la entidad expropiante, será quien podrá ejercer dicha acción, puesto que ambos son sujetos activos de ella, según lo señala el art. 12. En este caso la Administración podría demandar, o reconvenir a la acción intentada por el expropiado, solicitando se rebaje el monto de la indemnización provisoria fijada por la comisión de peritos.

El tribunal donde se ha consignado el dinero de la expropiación será, por regla general, el competente para conocer el reclamo de la indemnización fijada, el cual se regula en los arts. 14 y ss. del DL 2.186.

El plazo para reclamar, según lo señala el art. 12, correrá desde la notificación del decreto expropiatorio, hasta 30 días siguientes a la toma de posesión material del bien expropiado.

La demanda deberá contar con los siguientes requisitos: los antecedentes en que se funde la acción deducida, el monto en que estima la indemnización que deberá pagarse por la expropiación, designación de un perito para que la avalúe y si quiere rendir prueba testimonial indicará en ella el nombre y apellidos, domicilio y profesión u oficio de los testigos de que piensa valerse.

La notificación de esta demanda deberá efectuarse personalmente, por regla general al Fisco de Chile, ya que se estima que con ello se inicia un nuevo juicio y en caso alguno se trata de un incidente, como ya se señaló precedentemente. Asimismo será necesario crear un nuevo cuaderno con esta demanda, procediendo a enrolarla nuevamente.

El demandado dispondrá de un plazo de quince días para la contestación de la demanda, en la cual acompañará los antecedentes en que la funda, designando a su vez un perito para que avalúe la indemnización, además de individualizar a los testigos de que piense valerse.

En relación a la prueba pericial, las partes que piensen valerse de ella deberán solicitar al perito por notificación personal que acepte el cargo y preste el juramento que la ley exige, además se pide al tribunal que fije un plazo para que el o los peritos rindan su informe.

En caso de ser procedente, el juez de la causa deberá recibir la causa a prueba, por un plazo de 8 días.

Para Sylvia Morales Gana, "no es necesaria la determinación de puntos de prueba, teniendo presente que el art. 14 dispone que los testigos serán

interrogados sobre los hechos mencionados en las presentaciones y sobre los que indiquen los litigantes".<sup>16</sup>

Vencido el término fijado por el juez para rendir la prueba pericial, háyase verificado ésta o no, se dictará sentencia sin más trámite, en el plazo de 10 días desde el vencimiento del último término, ello sin perjuicio de las medidas para mejor resolver que solicite, las cuales deben ser expedidas dentro de un plazo máximo de 20 días.

La sentencia definitiva podrá ser apelada dentro del plazo de 10 días,<sup>17</sup> y su tramitación se ajustará a las normas relativas a los incidentes. Art. 14 inc. 7°.

La apelación se concederá en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo. Art. 40 DL 2.186.

Si la sentencia fijara una indemnización definitiva superior a la consignada, se imputará a ella. Si la suma fijada es inferior a la determinada como indemnización provisional, el expropiado deberá restituir el exceso que hubiere percibido, debidamente reajustado, en la forma que determine la sentencia.

### **Daños que debe incluir el monto de la indemnización**

Existen dos normas que regulan este punto. La Constitución Política en su artículo. 19 N° 24 señala que la indemnización debe comprender el daño patrimonial efectivamente causado. El artículo 38 del DL 2.186 dispone que "cada vez que en esta ley se emplea la palabra "indemnización", debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma".

Un requisito esencial de la expropiación es el pago de una indemnización en dinero a favor del expropiado, que cubrirá el monto de los perjuicios efectivamente ocasionados por el acto expropiatorio, lo que en ningún caso podrá configurar un enriquecimiento para éste.

---

<sup>16</sup> Obra citada, p. 25.

<sup>17</sup> Es necesario tener presente, como señala Sylvia Morales Gana, que se dictó un fallo que declaró extemporánea la apelación presentada dentro de décimo día, ya que el tribunal que conocía de la causa estimó que se aplicaba el plazo para apelación de incidentes. Pero esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2283-97, del 5-12-1997, señalando expresamente que el plazo para apelar es de diez días.





La comisión de estudio de la Constitución de 1980 señaló lo que debía entenderse por indemnización del daño patrimonial efectivamente causado. De este modo el Sr. Guzmán solicitó precisar que la expresión daño patrimonial es usada o debe ser entendida en el sentido de que excluye la indemnización del daño moral. A su vez el Sr. Ortúzar señaló que no tiene inconvenientes en aceptar dicha constancia, aun cuando, en su concepto, incluso la expresión "efectivamente causado" va a permitir siempre al tribunal establecer hasta dónde se extiende el daño. El Sr. Silva Bascuñán manifestó asimismo que la indemnización es la compensación, o sea, el reemplazo del valor que se ha privado por un bien, que llega al patrimonio en términos equivalentes. De esta manera, queda claro que a través de la indemnización no debe dispensarse un beneficio que coloque a la persona en una postura más favorable que si no hubiera sido expropiada.

El determinar cada uno los conceptos que involucra la expresión "efectivamente causado" hace necesario señalar ciertos aspectos que se deben tener en consideración al momento de plantear el reclamo respecto al monto de la indemnización consignada.

a) El pago que se determine deberá necesariamente cubrir cualquier perjuicio efectivamente causado en el patrimonio del expropiado, de manera que la indemnización vendrá en reemplazar la totalidad o la parte del bien que se expropió, dejándolo en una situación idéntica a la anterior del acto que la decretó. Efectivamente la indemnización vendrá a subrogar el bien expropiado, por lo que el expropiado no podrá lucrar con el acto expropiatorio, ya que de otro modo no se cumpliría el mandato constitucional y legal. En caso alguno la expropiación debe ser una fuente de enriquecimiento para el expropiado.<sup>18</sup>

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido clara en señalar que la expropiación no podrá representar un lucro o un beneficio para el expropiado, ya que la expropiación debe dejar al expropiado en un estado igual al anterior del acto expropiatorio.<sup>19</sup>

b) En cuanto a la procedencia de reclamar el pago del lucro cesante por parte del expropiado, existe controversia.

Podría estimarse que el lucro cesante no cumple con los requisitos de ser un daño directamente causado en el patrimonio del afectado, ya que se trataría de ingresos o valores futuros que se dejarán de percibir. Así lo estableció la propia Corte Suprema, al resolver: "este Tribunal en reiteradas

<sup>18</sup> RDJ, Tomo 86, secc. 2ª, p. 107.

<sup>19</sup> RDJ, Tomo 86, secc. 2ª, p. 102; Tomo 82, Secc. 5ª, p. 227.

oportunidades ha señalado que la indemnización, tratándose de una expropiación, se encuentra definida legalmente en el art. 38 de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, esto es, que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma. De ahí resulta que la referida indemnización no puede incluir el lucro cesante ni el daño futuro, como pretende el recurrente”.<sup>20</sup>

En similar sentido se señaló: “La indemnización no puede incluir el daño futuro, como pretende el recurrente”.<sup>21</sup>

Por otra parte autores como el profesor Peñailillo se muestran favorables a que la indemnización deba incluir tanto el lucro cesante como el daño emergente.

A este respecto Peñailillo señala: “El Acta Constitucional dispuso que la indemnización comprende el daño patrimonial efectivamente causado, precepto que se mantiene en la Constitución de 1980. ¿Debe entenderse que la efectividad del daño excluye la indemnización del lucro cesante? Es dudoso. Sin embargo, parece más adecuado resolver que el alcance del precepto no es el del excluir el lucro cesante”.<sup>22</sup>

De aceptar el pago del lucro cesante, deberá probarse suficientemente su existencia ante el tribunal que conoce del reclamo, ya que ésta será la única manera de acreditar que efectivamente dicho perjuicio se produjo. “El juez deberá apreciar con exigencia esa prueba, para cumplir con el requisito de la efectividad del perjuicio, pero es concebible la presencia de prueba irrefutable en casos determinados”.<sup>23</sup>

c) Hay algunas consideraciones que no son de carácter netamente patrimonial y que podrían ser incluidas dentro del valor de la indemnización, como por ejemplo consideraciones históricas, de diseño, etc., que hacen que el bien que se está expropiando vea alterada su apreciación pecuniaria para quien se le está expropiando. Puede ocurrir que el bien que se pretende expropiar sea una edificación levantada por un arquitecto de renombre, por lo que dicha condición le entrega a la obra un valor que irá mas allá del valor objetivo, como serían la ubicación del terreno, valor de los terrenos, tipo de construcción, etc., en este caso puede ocurrir que el verdadero valor del inmueble se lo entregue su especial condición de diseño,

<sup>20</sup> Fallo no publicado, Corte Suprema, 30-12-1998

<sup>21</sup> Fallo no publicado, Corte Suprema, 23-07-1998, Rol N° 1456-98.

<sup>22</sup> Obra citada, pp. 79 y ss.

<sup>23</sup> Idem nota anterior.



o su valor histórico. Un caso de esta naturaleza puede apreciarse en nuestro país al expropiar terrenos en zonas indígenas, a las cuales se les ha incluido dentro del valor de tasación consideraciones de índole cultural, que le entregan una avaluación que es superior al simple valor del terreno considerando su metraje, ubicación y otras consideraciones de carácter objetivo.

d) En relación al pago de intereses al expropiado respecto de la indemnización que debe pagar el Fisco, se ha estimado por alguna doctrina que debe pagarse dicho concepto, el cual involucraría resarcir al expropiado por la pérdida del disfrute oportuno de la suma que debió ser pagada por el ente expropiante y que determinó el fallo que la acogió.<sup>24</sup>

En cuanto al reajuste, el concepto de daño patrimonial deberá comprender el reajuste del valor de la expropiación que el tribunal determine entre la fecha de la sentencia y aquella en que quede ejecutoriada. Una sentencia señaló que "sería faltar a la equidad no fijar el reajuste por el período comprendido entre el fallo de primera instancia que fijó la indemnización y aquel en que quede ejecutoriada varios años después."<sup>25</sup>

e) En cuanto a la condenación en costas de la causa. En primer término parece que en contadas ocasiones pudiera ser condenado el Fisco a pagar las costas de la causa, ya que siempre hubo un motivo para litigar, es decir, la indemnización fijada como provisional provino de una comisión independiente del ente expropiatorio, por lo que el monto fijado goza de una cierta presunción de veracidad, por lo que al reclamarse de ella, la entidad expropiante no hace más que defender lo que expertos sobre la materia determinaron.

A pesar de lo señalado, fallos aislados han condenado en costas al Fisco señalando que ellas: "deben incluirse en el valor de la expropiación si para determinarlo ha sido necesario recurrir a los tribunales de justicia, incurriendo en costas, y que deben ser incluidas en el total de la indemnización".<sup>26</sup>

f) En relación al reclamo que pretenda incluir en el valor de la indemnización la disminución del valor del terreno cuando este fue expropiado parcialmente.

En este caso el reclamante pretenderá incluir dentro del pago de la indemnización un valor adicional por concepto de la disminución de valor de

<sup>24</sup> RDJ. Tomo 86, secc. 5ª, p. 169; RDJ, Tomo 80, secc. 5ª, p. 85.

<sup>25</sup> Fallos del Mes N° 359, p. 661

<sup>26</sup> RDJ. Tomo 63, secc. 2ª, p. 348.

parte del terreno, el cual resultó, por ejemplo, con accesos menos expeditos, o bien por su reducido tamaño no le permite la realización de actividades agrícolas. No creemos que deba aceptarse una alegación de esta naturaleza, ya que en caso de que los retazos de terreno que no fueron expropiados pierdan su significación económica, el expropiado deberá recurrir al procedimiento del art. 9º del DL 2.186.

Es necesario que el expropiado requiera la expropiación del pedazo de terreno no expropiado, en virtud del art. 9º y no solicitar el aumento del valor de la indemnización, reclamándola como un ítem más dentro del daño patrimonial efectivo causado por la expropiación.

Si el expropiado quiere reclamar solicitando la modificación del acto expropiatorio, y además tiene un reclamo respecto del monto de la indemnización, deberá necesariamente interponer dos reclamos diversos, cada uno fundado en las consideraciones que establece ya sea el art. 9º o el art. 14 del DL 2.186. Ambas acciones no son acumulables, ya que tienen contemplado por la ley un procedimiento diverso en la tramitación de cada una.

### **Bibliografía consultada**

1. *La Expropiación ante el Derecho Civil*. Daniel Peñailillo Arévalo. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1995
2. *Expropiación Institución de Derecho Público*. Carolina Magdalena Bascur Zambrano. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad del Desarrollo. Concepción, 2000.
3. *Expropiación por Causa de Utilidad Pública*. Paulina Valdebenito Sanders. Memoria de Titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad San Sebastián. Concepción, 1999.
4. *Tratado de Derecho Administrativo*. Hugo Caldera Delgado. Ediciones Parlamento, 2001.
5. *Procedimientos Judiciales Vinculados a las Expropiaciones Decretadas por el Ministerio de Obras Públicas*. Sylvia Morales Gana. Cuaderno Jurídico N° 1. Consejo de Defensa del Estado, 1999.

# Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# **Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)**

Segundo semestre 2002

**Fabiola Vergara Ceballos**

Coordinadora de Carrera

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, siguiendo fielmente la línea de trabajo que se planteara en sus inicios, se ha preocupado por la formación integral de sus alumnos a la par de divulgar, en la sociedad, su quehacer académico a través de sus actividades de extensión.

A continuación reseñamos las actividades desarrolladas durante el segundo semestre del año 2002:

## **I. Actividades con alumnos**

### **Taller de Derecho Romano**

La cátedra de Derecho Romano (primer año de la carrera), dirigida por la profesora Sra. Angela Cattan, elaboró el guión, escenografía, vestuario y tuvo a su cargo la puesta en escena de la obra de teatro "*Hasta cuándo Catilina*", en la que se recrea el juicio a Catilina conforme al sistema del nuevo procedimiento penal oral vigente en nuestro país.

Esta actividad, en la que se utilizaron nuevas técnicas pedagógicas, obligó a los alumnos no sólo a profundizar el análisis del Derecho Romano e Historia del Derecho, sino que a adentrarse en el procedimiento penal oral que verán, en detalle, en los últimos niveles de la carrera, lo que, sin duda, constituye una motivación adicional para proseguir en sus estudios.

## **Visitas de Estudios**

Durante el segundo semestre de este año alumnos de diversos cursos de la carrera, acompañados por los profesores Sres. Hugo Rosende Alvarez y Angel Cruchaga Gandarillas, realizaron visitas dirigidas a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y a oficinas del Servicio de Registro Civil, imponiéndose de su funcionamiento y de la labor en ellos desarrollada.

Atendida la importancia y utilidad de estas experiencias para la formación profesional de los alumnos es que, durante el 2003, se continuará con este tipo de actividades.

## **Actividades Sociales: Trabajos de Verano e Invierno, Misiones y Clínica Jurídica**

Para la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es fundamental otorgar una formación integral, manifestada en la entrega de conocimientos y sólidos valores que los estudiantes vuelcan a la comunidad toda.

Es por eso que en sus actividades curriculares y extracurriculares se contemplan tareas de ayuda social, entre las que merecen destacarse el curso de "Clínica Jurídica", asignatura eminentemente práctica en la que los estudiantes otorgan asistencia judicial a los habitantes de la comuna de Renca, la Pastoral Universitaria y los Trabajos de Invierno y Verano, que constituyen una importante y efectiva instancia de ayuda a la comunidad.

## **Jornadas de Debate**

En el mes de noviembre se realizó la final de las jornadas de debate organizadas por la Universidad del Desarrollo, en la que participaron las Facultades de Humanidades y Derecho; el tema debatido fue: ¿Tiene Estados Unidos derecho a ser el guardián del orden y la paz del mundo?

El equipo de nuestra Facultad, integrado por los alumnos del primer año Sres. Winfried Hempel y Felipe Vásquez, fue el vencedor en una reñida competencia caracterizada por la calidad de las argumentaciones sostenidas por los participantes.

Las proyecciones de estas jornadas son preparar a nuestros alumnos para competir en los debates interuniversitarios organizados por la Municipalidad de Lo Barnechea.



## Congreso de Ayudantes

En el deseo de mantener este ya tradicional encuentro académico, se realizó el **VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho**, que se dedicó a la "Responsabilidad ante el Derecho. Perspectiva histórica, dogmática, filosófica". Participaron alrededor de 150 ayudantes, de diversas universidades del país, tales como la Universidad de Chile, Universidad Central, Universidad de Concepción, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad del Desarrollo, sede Santiago y Concepción, Universidad Andrés Bello, Universidad Arturo Prat de Iquique, Universidad Tarapacá de Copiapó y Universidad de Temuco, entre otras.

La gran convocatoria de este congreso, su buena coordinación y la calidad de las exposiciones de cada uno de los participantes motivaron que se solicitara a nuestra universidad que organice nuevamente esta actividad. Es así que este Congreso de Ayudantes se hará, en el 2003, en la Universidad del Desarrollo, sede Concepción.

## Profesores en el Extranjero

El Sr. Ernesto Silva Méndez, profesor de las Facultades de Derecho e Ingeniería Comercial de la Universidad del Desarrollo, cursará por dos años un *Master in Public Policy* (Master en Políticas Públicas) en The University of Chicago, Estados Unidos.

## Postítulos

En el segundo semestre de este año finalizaron exitosamente los Diplomados en "Derecho de las Concesiones de Obras Públicas" y en el "Nuevo Derecho de la Empresa".

Atendido el interés que suscitaron los temas abordados en ellos es que se diseñó un programa de magister, a dictarse el 2003, sobre *Los Desafíos Actuales del Derecho de la Empresa*, dirigido a abogados que quieran profundizar el estudio del derecho de la empresa en el marco de las nuevas exigencias que plantea el cambio tecnológico y la globalización.

Este curso de postgrado, que contará con la participación de destacados profesores, tendrá una duración de 2 semestres lectivos más uno para presentación y defensa de tesis.

## II. Actividades de extensión

Continuando con la labor de extensión, primordial para la difusión del quehacer académico y el debate de ideas, la Facultad de Derecho, sede Santiago, organizó importantes seminarios, entre los que destacan:

- *“La Nueva Concepción de la Familia en el Código Civil”*. Esta actividad, que tuvo una importante convocatoria y que contó con la participación de los profesores Sres. René Abeliuk Manasevich, Hernán Corral Talciani, Ramón Domínguez Aguila y Pablo Rodríguez Grez, se abocó al análisis del impacto de las reformas introducidas por la Ley 19.585 al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte;
- *“Cesantía: Impacto y Cobertura del Nuevo Seguro”*. En este mismo seminario, luego de las ponencias de los profesores Sres. Héctor Humeres Noguera y Humberto Zúñiga García-Huidobro, sobre los aspectos jurídicos y económicos del seguro, se realizó un panel en el que participaron representando a los trabajadores, el señor Jorge Millán, Miembro de la Central Unitaria de Trabajadores, y, representando a los empleadores, el señor Roberto Fantuzzi, Presidente de Asexma Chile;
- *“Efectos de la Reforma Procesal Penal. Actualización de la Legislación; análisis de la Ley N° 19.806”*. El propósito de esta jornada, en la que intervinieron los profesores Sres. Luis Bates Hidalgo, Jaime Silva Mac Iver, Jaime García Escobar y Raúl Tavolari Oliveros, fue analizar el impacto del nuevo procedimiento penal en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico nacional y las adecuaciones de la normativa específica que han sido necesarias.
- *“Nueva Estructura Corporativa de la Empresa”*, en el que los profesores analizaron esta materia desde diversas perspectivas, junto a las responsabilidades profesionales derivadas de la misma.



# **Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)**

Segundo semestre 2002

**Bruno Caprile Biermann**

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección está destinada a sintetizar las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad durante el segundo semestre del año 2002.

## **I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2002**

Entre los seminarios, conferencias y cursos dictados durante el segundo semestre podemos destacar los siguientes:

### **1. Encuentro de Historia Política Contemporánea**

A inicios del mes de agosto tuvo lugar este encuentro de profesores del área de Historia del Derecho y de Derecho Político de la Facultad, en que se abordaron temas tales como "Los grandes totalitarismos del siglo XX", "Las fuerzas armadas: ¿garantes de la institucionalidad o defensoras del poder de las oligarquías?" y "El terrorismo contemporáneo". El encuentro contó con el valioso aporte de los profesores visitantes Sres. José Luis Orella Martínez, de la Universidad de San Pablo-CEU, Madrid, y José Díaz Nieva, de la Universidad Europea de Madrid.

### **2. Seminario *La Problemática del Lavado de Dinero***

El profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Sr. José Angel Fernández Cruz, expuso acerca de los problemas que genera el lavado de dinero, desde un punto de vista social, jurídico y económico.

### **3. Conferencia Garantías Constitucionales y Defensa Penal**

Esta conferencia, dictada por el Defensor Público Nacional, Sr. Rodrigo Quintana Meléndez, tuvo por objeto inaugurar el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal que se impartió en la Facultad.

### **4. Seminario *La problemática de los nombres de dominio (Internet) en el ámbito nacional e internacional***

Los abogados Javier A. Maestre (España), José Ovidio Salgueiro (Venezuela) y Humberto Carrasco Blanc (Chile) abordaron sucesivamente "El sistema de nombres de dominio: crítica y situación actual", el "Análisis doctrinal y jurisprudencial de la política de resolución de controversias de la ICANN", entidad que administra los dominios en el mundo, y el "Análisis doctrinal y jurisprudencial del sistema de nombres de dominio en Chile".

### **5. Seminario-Taller *Contabilidad, Costos y Análisis Financiero (para no especialistas)***

Los días 14 de septiembre y 5 de octubre el profesor Sr. Arcadio Inostroza Díaz analizó la contabilidad como técnica de información y control. El curso estuvo dirigido a no especialistas, quienes pudieron interiorizarse acerca de los aspectos relevantes de la contabilidad de costos y financiera.

### **6. Seminario *Reforma de la Responsabilidad Penal Juvenil en Chile***

El 26 de septiembre el subsecretario de justicia, Sr. Jaime Arellano Quintana, presentó este seminario en que se analizaron la visión y propuestas del Ministerio de Justicia respecto a las aprehensiones a menores de edad en Chile y en la octava región, y al sistema penal de adolescentes propuesto por ese organismo para nuestro país. A continuación se abordó el "Sistema de ejecución de medidas contempladas en el proyecto de ley", el "Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y la convención internacional de los derechos del niño", para concluir con el tema "Adolescentes y privación de libertad".

El seminario estuvo a cargo de personeros del Ministerio de Justicia Sres. Alejandro Tsukame y Francisco Geisse; del Sename, Sra. Carmen Andrade; de la Unicef, Sr. Miguel Cillero, y del Hogar de Cristo, Sr. Alejandro Gómez. Actuó como moderador el profesor de esta Facultad Sr. Jaime Pacheco Quezada.

### **7. Presentación del libro *La boleta bancaria de garantía; una garantía a primer requerimiento*.**

El 10 de octubre el profesor Dr. Ramón Domínguez Aguila presentó el libro "La boleta bancaria de garantía; una garantía a primer requerimiento", del docente de esta Facultad Sr. Bruno Caprile Biermann, publicado por la Editorial Jurídica de Chile en septiembre de 2002. La obra es el resultado de un proyecto del Fondo de Investigación de la Universidad.

### **8. Seminario *Reforma Procesal Penal y Delitos Tributarios***

Durante este seminario el profesor Sr. Rodrigo Ugalde Prieto abordó sucesivamente los aspectos fundamentales del sistema del Código de Procedimiento Penal y del Código Procesal Penal a la luz de las modificaciones dispuestas por el Código Tributario para la tramitación de procesos por delitos tributarios en el antiguo y nuevo procedimiento. El seminario concluyó con el tratamiento de la libertad provisional por delitos tributarios.

### **9. Cursos de Perfeccionamiento Jurídico**

A partir del 27 de septiembre y hasta el 13 de diciembre se dictaron los cursos de perfeccionamiento jurídico sobre Derecho Penal Económico y Aspectos de la Contratación Laboral, Individual y Colectiva. Los cursos fueron dictados por los profesores Héctor Hernández Basualto, Mario Rojas Sepúlveda y Marcelo Torres Duffau en el área penal y por los profesores Ana María Díaz Muñoz, Jorge Ogalde Muñoz y Luis Lizama Portal en el área laboral.

### **10. Seminario *Seguro de Desempleo***

A raíz de la entrada en vigencia de la ley 19.728, que estableció un seguro de desempleo, la Facultad organizó este seminario en que los Sres. Héctor Humeres Noguera y Humberto Zúñiga García-Huidobro abordaron los aspectos conceptuales relevantes de este seguro, así como el funcionamiento del mismo.

## **II. Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal**

Considerando los enormes desafíos que la Reforma Procesal Penal representa para el ejercicio de la abogacía y su pronta entrada en vigencia en la octava región, que tendrá lugar en diciembre del año 2003, las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo y de la Universidad Alberto Hurtado unieron sus esfuerzos para impartir en Concepción un diplomado que permitiera a sus asistentes adquirir nuevos conocimientos teóricos y aprender las destrezas de litigación que el nuevo procedimiento exige.

El curso tuvo una duración de dos meses, con clases los días viernes y sábado, y estuvo a cargo de los profesores Sres. Héctor Hernández Basualto, Leonardo Moreno Holman, Rafael Blanco, Mauricio Decap, Angel Valencia, Mirtha Ulloa, Marcelo San Feliú, Antonio Ulloa, Karen Atala.

## **III. Cursos Academia Judicial "Actualización en materia de derecho sucesorio" y "Los bienes familiares"**

Interesada en cooperar en la labor de formación permanente a que está abocada la Academia Judicial, la Facultad de Derecho dictó durante el presente año los cursos sobre "Actualización en materia de derecho sucesorio" y "Los bienes familiares", a los que asistieron ministros de Corte, jueces, secretarios y funcionarios del poder judicial.

Los cursos estuvieron a cargo de los profesores del área de derecho civil de la Facultad, Sres. Bruno Caprile B., Ramón Domínguez A., Andrés Kuncar O., Eduardo Tapia E. y Hernán Troncoso L.

Debe destacarse que el curso sobre bienes familiares se dictó no sólo en la ciudad de Concepción, sino también en Viña del Mar.

## **IV. Presentación del segundo volumen de la colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa**

Durante el mes de noviembre del año 2002 tuvo lugar la presentación del segundo volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa. Con esta publicación, de carácter anual, la Facultad pretende difundir a la comunidad jurídica nacional el fruto del esfuerzo académico y de investigación de sus alumnos de postgrado. En este número se contienen las tesis presentadas por los alumnos de la segunda promoción del magíster, a saber:



1. Claudia Hurtado Espinoza *Regulaciones de emisión y calidad en Chile. Normas ambientales.*
2. Javier Molina Gómez *La responsabilidad postcontractual.*
3. Gonzalo Montory Barriga *El consentimiento en la contratación por medios informáticos.*
4. Francisco Yaksic Marín *El régimen jurídico de la importación de especies hidrobiológicas y su incidencia en el desarrollo de la salmonicultura en Chile.*

Las tesis inscritas este año y que serán la base para el próximo número de la Colección son las siguientes:

1. Marcelo Cevas Fuentes *Elementos para una aplicación integral de la teoría del fraude a la ley en el derecho chileno.*
2. José A. Donoso Musiate *La asociación o cuentas en participación, su regulación legal y tratamiento tributario.*
3. Jorge González Maldonado *Los contratos de colaboración empresarial.*
4. Enzo Queirolo Maldonado *Las salvaguardias.*
5. Rodrigo Rivas Martínez *Dimensión jurídica de la biotecnología: análisis de la legislación nacional y comparada.*
6. Francisco Rojo Olavarría *Las acciones de indemnización de perjuicios por repercusión derivadas de accidentes del trabajo.*

## **V. Profesores visitantes de la Universidad Europea de Madrid, España**

Gracias al convenio suscrito por esta casa de estudios superiores con la Universidad Europea de Madrid, los profesores Sres. José Luis Orella Martínez, de la Universidad de San Pablo-CEU, Madrid, y José Díaz Nieva, de la Universidad Europea de Madrid, España, permanecieron durante una semana en la ciudad de Concepción, donde dictaron clases a los alumnos de la Facultad, quienes compartieron experiencias con sus profesores.

## **VI. Viajes de estudio del alumnado**

Los alumnos del curso de Derecho Procesal Penal tuvieron la oportunidad de concurrir al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Angol a fin de presenciar un juicio oral por delito de lesiones graves. Los acompañaron los profesores Javier Molina G. y Mario Rojas S.

Por su parte, desde el 15 al 17 de julio de 2002, los alumnos de tercer año concurren a la Corte Suprema, la Academia Diplomática y al Congreso Nacional, donde pudieron conocer e interiorizarse acerca del funcionamiento de aquellas instituciones. Los acompañaron los profesores Eduardo Andrades R. y Javier Molina G.



# Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# **Caso de los 19 comerciantes**

## **Excepción Preliminar**

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos,**

#### **Sentencia de 12 de junio de 2002**

COMENTARIO:

**Julio Alvear Téllez**

Profesor de Nociones de Estado de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE**

### **Algunas reflexiones sobre la intervención de los organismos interamericanos de derechos humanos en las soberanías nacionales de carácter jurisdiccional**

Con fecha 12 de junio de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>1</sup> de acuerdo con el artículo 36 de su Reglamento, dictó sentencia sobre una excepción preliminar de competencia interpuesta por el Estado de Colombia en el denominado "*Caso de los 19 comerciantes*".

El caso había sido sometido a la referida Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 24 de enero de 2001, a través de la interposición de una demanda, luego de fracasar la vía de solución amistosa con el Estado de Colombia. Todo lo cual tuvo su origen en la denuncia No. 11.603, recibida en la Secretaría de dicha Comisión el 6 de marzo de 1996, de parte de la Comisión Colombiana de Juristas, motivada por la supuesta desaparición forzada de diecinueve comerciantes por miembros del Ejército Nacional e integrantes de un grupo paramilitar en el municipio de Puerto Boyacá, departamento de Boyacá, región del Magdalena Medio.

---

<sup>1</sup> Integraron el Tribunal: Antônio A. Cançado Trindade, como presidente; Alirio Abreu Burelli, como vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Sergio García Ramírez, como jueces; y Rafael Nieto Navia, como juez *ad hoc*. Estuvieron presentes Manuel E. Ventura Robles, como secretario; y Pablo Saavedra Alessandri, como secretario adjunto. El juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, de nacionalidad colombiana, se excusó de conocer el presente caso. Asimismo, el juez Máximo Pacheco Gómez informó a la Corte que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en el LV Período Ordinario de Sesiones del Tribunal, por lo que no participó en la deliberación y firma de esta sentencia.

Los hechos que dieron motivo a esta sentencia, según lo expuso la Comisión Interamericana en su demanda, son los siguientes:<sup>2</sup> alrededor de las once horas del 6 de octubre de 1987 los comerciantes Alvaro Lobo Pacheco, Gerson Rodríguez, Israel Pundor, Angel Barrera, Antonio Flores Ochoa, Carlos Arturo Riatiga, Víctor Ayala, Alirio Chaparro, Huber Pérez, Alvaro Camargo, Rubén Pineda, Gilberto Ortiz, Reinaldo Corso Vargas, Hernán Jáuregui, Juan Bautista, Alberto Gómez y Luis Sauza fueron “requisados” por el Ejército cuando pasaron por el caserío de Puerto Araujo. Esta requisa constituyó la última indicación oficial sobre su paradero, antes de que ingresaran al Municipio de Boyacá y a la finca El Diamante, zona que supuestamente se encontraba en ese momento bajo el control total de un grupo paramilitar.

Hacia el anochecer de ese mismo día los comerciantes fueron retenidos por un grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Boyacá, y fueron ejecutados esa misma noche o al día siguiente. La detención, desaparición y posterior ejecución de los comerciantes habría sido planeada, según la Comisión, conjuntamente por el grupo paramilitar que operaba en la zona y miembros de la V Brigada del Ejército colombiano. Posteriormente, el 18 de octubre de 1987 Juan Montero y Ferney Fernández, quienes se encontraban recorriendo la zona en busca de los 17 comerciantes desaparecidos, fueron detenidos y asesinados por el grupo paramilitar que operaba en la zona. Con posterioridad a la ejecución de las presuntas víctimas, sus cuerpos fueron destruidos con el objeto de impedir su identificación.

Sobre la base de estos hechos, la Comisión analizó el operar de las instituciones de justicia del Estado de Colombia con el objeto de determinar si se había o no aplicado el derecho en beneficio de las víctimas y sus familiares. Es así como en definitiva la Comisión determinó que *“la actividad judicial emprendida por los órganos del Estado, concretamente las jurisdicciones ordinaria y militar, durante más de una década[,] no satisface los estándares establecidos en la Convención Americana en materia de protección judicial”*, haciendo notar que, a su juicio, *“[e]l juzgamiento de los oficiales del Ejército, presuntos autores intelectuales de la masacre, ante la justicia militar [...] culminó con la cesación de procedimiento”*, y que *“el juzgamiento de los civiles responsables por la autoría material de los hechos aún se encuentra pendiente”*.

A raíz de lo anterior, la Comisión presentó este caso con el objeto de que la Corte decida si el Estado violó los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención Americana por la detención,

---

<sup>2</sup> Se reproducen en el considerando 2º de la sentencia en comento.

desaparición y ejecución de los comerciantes arriba indicados, y si además es responsable por la violación de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de las mencionadas presuntas víctimas y sus familiares; así como por el incumplimiento de las disposiciones del artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado.

Veamos algunos de los pasos que llevaron a la Comisión a tomar la decisión de elevar el caso a la Corte y presentar formalmente cargos contra el Estado de Colombia, cargos que, como es patente, no dejan de ser controvertibles, pues de alguna manera ellos implican, como se verá, desconocer de raíz la soberanía jurisdiccional colombiana

Presentada la denuncia por iniciativa de la Comisión Colombiana de Juristas, el día 2 de marzo de 2000 la Comisión celebró una audiencia con el propósito de analizar la posibilidad de que se llegara a una solución amistosa entre las partes. Según consta, el Estado de Colombia expresó que no podía reconocer su responsabilidad debido a que **las decisiones firmes de los tribunales internos no demostraban la responsabilidad de agentes del Estado por los hechos denunciados**. Además, el Estado señaló que los familiares de las presuntas víctimas **recibirían una reparación si los tribunales contencioso-administrativos lo disponían**.

Como se ve, Colombia apela al funcionamiento normal de sus propios órganos jurisdiccionales para resolver primariamente el caso.

El 4 de octubre de 2000, sin embargo, la Comisión aprobó el Informe N° 76/00, mediante el cual recomendó al Estado de Colombia *"1. Llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la ejecución extrajudicial de Alvaro Lobo Pacheco, Gerson Rodríguez, Israel Pundor, Angel Barrera, Antonio Flores Ochoa, Carlos Arturo Riatiga, Víctor Ayala, Alirio Chapparro, Huber Pérez, Alvaro Camargo, Rubén Pineda, Gilberto Ortiz, Reinaldo Corso Vargas, Hernán Jáuregui, Juan Bautista, Alberto Gómez, Luis Sauza, Juan Montero y Ferney Fernández. 2. Adoptar las medidas necesarias para que los familiares de las víctimas reciban [una] adecuada y oportuna reparación por las violaciones [...] establecidas. 3. Adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana y por esta Comisión en materia de investigación y juzgamiento de casos similares por la justicia penal ordinaria"*.

El 24 de octubre de 2000 la Comisión transmitió el informe anteriormente señalado al Estado y le otorgó un plazo de dos meses, contado a partir de

la fecha de transmisión del mencionado informe, para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones realizadas.

Obsérvese que la investigación "*completa, imparcial y efectiva*" que la Comisión exige al Estado colombiano para que éste realice las investigaciones ya suponen una minusvaloración del operar jurisdiccional de dicho país, que, para el caso concreto, no está basada en ninguna prueba aducida y formalizada, sino en "*opiniones*" que sobre ello se han formado los miembros de la Comisión, respecto, por lo demás, de un conjunto de procesos en pleno trámite, del cual no es verosímil que tengan jurídica y fácticamente un pleno y cabal conocimiento.

La Comisión formula una segunda recomendación en su informe. En efecto, requiere que se adopten las medidas necesarias para que los familiares de las víctimas reciban una "*adecuada y oportuna reparación*", lo que de suyo es razonable, pero que para su equitativa comprensión requiere ser singularizado a las circunstancias especiales en las que vive la nación colombiana, azotada por la guerrilla marxista, el narcotráfico y las comunidades de autodefensa paramilitar. Lo "*adecuado*" y lo "*oportuno*" del operar de la justicia en un país donde mueren asesinadas miles de personas al año, en situaciones similares y aun peores que las valoradas en este caso, es algo que hay que discernir en su recta medida a fin de no caer en exigencias abstractas de "*deber ser*" ajenas a los tiempos, a la historia, y al "*ajustamiento*" mismo de la justicia, que es siempre circunstanciada y no mera invención literaria de artistas jurídicos de escritorio.

Fuera lo que se quiera, el 22 de diciembre de 2000 el Estado de Colombia solicitó una prórroga con el objeto de dar respuesta al Informe N° 76/00, la cual fue otorgada hasta el 19 de enero de 2001, día en que el Estado presentó su respuesta a la Comisión, y en el que la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte,<sup>3</sup> reiterando los puntos 1 y 2 del Informe 76/00, ya reproducidos, y además que "*se imponga al Estado Colombiano el pago de las costas y gastos en que han incurrido los familiares de las víctimas para litigar este caso en el ámbito interno así como ante la Comisión y la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados*".

El 16 de mayo de 2001 y ante la notificación de esta denuncia en su contra por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Colombia presentó a la Corte un escrito mediante el cual interpuso la excepción preliminar de "*violación del debido proceso por omisión de los procedimientos adoptados de buena fe para cumplir en mejor forma los propósitos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*".

<sup>3</sup> Así se refiere textualmente en el considerando 9º de la sentencia en comento.

Mediante Resolución de 12 de abril de 2002 el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública que se celebró en la sede de la Corte el 11 de junio de 2002, con el propósito de escuchar los alegatos del Estado y de la Comisión respecto de la excepción preliminar interpuesta por el primero.

Colombia sostuvo que la Corte debe rechazar *in limine* la demanda en el presente caso en virtud de que *"La Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] omitió antes de la presentación de la demanda ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], precluir el procedimiento del artículo 50 de la Convención. Dicha omisión rompe el equilibrio procesal y afecta la situación del Estado Colombiano frente a la Honorable Corte, como quiera que los instrumentos otorgados por la Comisión al Estado para cumplir mejor con los propósitos de [la] Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], le fueron desconocidos, sin valoración que permitiera determinar el alcance de la intención del Estado Colombiano de cumplir las recomendaciones del Informe 76/00"*.

A mayor abundamiento, el Estado de Colombia sostuvo que:<sup>4</sup>

*"a) en su Informe N° 76/00 la Comisión otorgó al Estado un plazo de dos meses para que cumpliera con las recomendaciones formuladas. El informe fue notificado al Estado el 24 de octubre de 2000 y, a solicitud de Colombia, la Comisión le otorgó una prórroga hasta el 19 de enero de 2001";*

*"b) el 19 de enero de 2001 el Estado presentó a la Comisión "un proyecto dentro del cual se esperaba atender los requerimientos del Informe Confidencial 76/00". Sin embargo, ese mismo día la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte";*

*"c) concedida la prórroga por la Comisión y acatado el nuevo plazo por el Estado, la Comisión tenía la obligación de cumplir de buena fe los propósitos de la Convención y evaluar la propuesta presentada por el Estado. Asimismo, Colombia consideró que la Comisión debía "examinar la validez y seriedad de la propuesta como mecanismo para salvaguardar los derechos humanos";*

*"d) la propuesta presentada a la Comisión contiene "un compromiso explícito y de buena fe de atender las recomendaciones" del Informe Confidencial No. 76/00. En cuanto a la elaboración de la referida propuesta, el Estado indicó que, en virtud de los obstáculos jurídicos que presenta el derecho interno y con el fin de dar cumplimiento a los informes de la Comisión, se solicitó al Defensor del Pueblo un Informe Especial que buscara el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión, dentro del marco normativo vigente en Colombia";*

<sup>4</sup> Los argumentos se reproducen en el Considerando 24 de la sentencia en comento.

*“e) la propuesta presentada por el Estado a la Comisión tenía por objeto “potenciar el papel del Defensor del Pueblo”, agotar un instrumento constitucional de consolidación democrática y de respeto a los derechos humanos, y resolver las dificultades jurídicas para la implementación de algunas de las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión, tales como los principios de cosa juzgada y non bis in idem aplicables a casos que han sido fallados en la jurisdicción interna. Al respecto, manifestó que no comprende la razón por la cual la Comisión no valoró la propuesta estatal, cuando en otras oportunidades “ha destacado la gestión y credibilidad que le merece la Defensoría del Pueblo” de Colombia, tal como lo hizo en el “Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia”;*

*“f) la primera vez que la Comisión hizo referencia al proyecto presentado por Colombia con el fin de cumplir las recomendaciones de ésta fue en la demanda presentada ante la Corte, únicamente en “dos renglones”,<sup>5</sup> cuando señaló: “El 19 de enero de 2001 el Ilustre Estado presentó su respuesta a la Comisión. En esa misma fecha, la Comisión decidió referir el presente caso a la jurisdicción de la Honorable Corte”;*

*“g) la Comisión ha vulnerado el debido proceso, porque omitió valorar la propuesta del Estado “de instrumentación de las recomendaciones del Informe Confidencial 76/00 y en consecuencia impide a la Honorable Corte decidir sobre este asunto por omisión en el procedimiento [c]onvencional”. Asimismo, el Estado manifestó que la Comisión “tampoco valoró la buena fe del Gobierno Colombiano al renunciar a los términos previstos en el artículo 50 de la Convención para enviar el caso a la Honorable Corte”;*

*“h) se le ha limitado el ejercicio de los derechos contenidos en la Convención y se ha resquebrajado el equilibrio procesal”;* e

*“i) la Corte, de conformidad con los artículos 61.2 y 62.3 de la Convención, tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención “y por lo tanto del análisis de los presupuestos procesales de los asuntos sometidos a su consideración”. En consecuencia, las cuestiones planteadas como excepciones preliminares entran dentro de la competencia y estudio obligado del Tribunal, en aras de garantizar el debido proceso contenido en la Convención”.*

Por todo ello, el Estado colombiano solicita a la Corte que se devuelva el expediente a la Comisión para que restablezca el proceso, “mientras no se agoten todas las actuaciones procesales para ambas partes”.

<sup>5</sup> Según lo manifestado por el Estado en la audiencia pública sobre excepciones preliminares, celebrada en la sede de la Corte el 11 de junio de 2002.





Ante estos argumentos y peticiones, la Comisión respondió que:<sup>6</sup>

*"a) en relación con el procedimiento ante ella, el Estado dispuso de casi tres meses para presentar información sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión, y que esta última decidió aplazar su decisión de someter el caso a la jurisdicción de la Corte -"y por lo tanto la preparación de su demanda, la cual debió ser redactada en cuatro días"- hasta encontrarse en condiciones de ponderar esta información y adoptar dicha decisión, conforme al artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, manifestó que el expediente ante la Comisión prueba que en el presente caso se dio un estricto cumplimiento de las etapas procesales previstas en los artículos 44 a 50 de la Convención y en el Reglamento de la Comisión";*

*"b) la propuesta presentada por el Estado en respuesta al Informe N° 76/00 indica que el Defensor del Pueblo elaboraría un informe teniendo en consideración la opinión de la Comisión, de las autoridades judiciales y administrativas que conocieron los procesos correspondientes y de las personas e instituciones que considerare pertinente. Asimismo, la propuesta indica que el Defensor del Pueblo fijaría los plazos y las modalidades de cumplimiento de las recomendaciones de su informe final. Dicha propuesta del Estado pone de manifiesto su intención de cumplir con las recomendaciones que eventualmente emitiera el Defensor del Pueblo, en lugar de acatar las recomendaciones de la Comisión. Además, según la Comisión, las recomendaciones del Defensor del Pueblo podrían no coincidir con sus recomendaciones";*

*"c) en virtud de que la propuesta del Estado no refleja la adopción de medidas concretas ni de un compromiso expreso en relación con el cumplimiento de las recomendaciones emitidas mediante el Informe N° 76/00, la Comisión consideró agotado el procedimiento previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención y decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte";*

*"d) las expresiones del Estado en relación con la posibilidad de atender las recomendaciones de uno de sus órganos de control, dictadas de conformidad con el derecho interno, "no se relacionan en forma evidente" con las garantías del debido proceso contempladas en la Convención Americana y busca retardar la consideración de los graves hechos materia del presente caso y la determinación de su reparación por la Corte";*

*"e) la objeción a la competencia de la Corte interpuesta por el Estado tampoco hace referencia alguna a la adopción específica de medidas para dar cumplimiento a las recomendaciones emitidas mediante el Informe N° 76/00"; y*

<sup>6</sup> Los argumentos se reproducen en el considerando 25 de la sentencia en comento.

*"f) el objeto de la queja interpuesta por el Estado no afecta las normas que rigen la competencia de la Corte para conocer del presente caso, por lo que no debe ser considerada como una excepción preliminar propiamente dicha".*

No son satisfactorias, a mi juicio, las respuestas de la Comisión. Son de una inequívoca carencia de imparcialidad. Más que aquilatar en su naturaleza los argumentos del Estado colombiano, lo que hace aquélla es defender su mero proceder en función de sí misma. Una especie de autocomplacencia jurídica, pero en la que se pretende enervar la soberanía jurisdiccional del Estado colombiano. Y la razón alegada para hacerlo no es, en definitiva, sino la propia palabra de la Comisión y nada más. Ello me recuerda a Juvenal: *"Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas"* (Sat, VI), *así yo quiero, así yo mando: mi voluntad sírvame de razón.*

Desde esta perspectiva, y alejándose de su misión de investigadora ecuánime, la Comisión solicita a la Corte que *"reafirme en forma inmediata su jurisdicción sobre el presente caso, sin hacer lugar a la apertura del procedimiento oral o, conforme al espíritu de su nuevo Reglamento, se incline en este caso particular por tratar la objeción planteada por el Estado junto con el fondo del asunto"*, y que *rechace la objeción a la competencia interpuesta por el Estado por carecer de fundamento, "sin hacer lugar a la apertura del procedimiento oral y continúe con el procedimiento sobre el fondo o que, dadas las características del presente caso, trate la cuestión junto con la fase oral del fondo del caso y eventualmente la deseche"*. O sea, dicho en buen castellano, las objeciones al debido proceso, si las hay, poco importan, pues la Corte debe velar, por sobre todo, por mantener el rango de lo que han interpretado como sus atribuciones sobre la soberanía jurisdiccional del Estado Colombiano, en particular, y de los Estados miembros de la OEA en general.

En consonancia con esto, la Corte, en el considerando 27 de su sentencia, sostiene que *"reitera el criterio seguido en su jurisprudencia constante,<sup>7</sup> en el sentido de que en el ejercicio de su competencia contenciosa, está facultada "para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las*

<sup>7</sup> Cfr. *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C N° 82, párr. 71; *Caso Benjamín y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C N° 81, párr. 71; *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C N° 80, párr. 80; *Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C N° 67, párr. 32; *Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C N° 49, párrs. 44 y 52; *Caso Cantoral Benavides. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C N° 40, párr. 46; *Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 3, párr. 32; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 2, párr. 34; y *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1, párr. 29.



*disposiciones de [la] Convención” (art. 62.3). Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por lo tanto, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la “interpretación o aplicación de [la] Convención”. En el ejercicio de esas atribuciones la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación”.*

En su considerando 28 matiza esta jurisprudencia con el principio de razonabilidad estableciendo que *“de acuerdo con el contexto de aplicación de la Convención y el objeto y fin de la misma, las normas relativas al procedimiento se deben aplicar con base en un criterio de razonabilidad, pues de lo contrario se ocasionaría un desequilibrio entre las partes y se comprometería la realización de la justicia.”*<sup>8</sup> Tal como lo ha indicado la Corte, en la jurisdicción internacional lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos”.<sup>9</sup>

Sin embargo, este principio de poco o nada sirve en este caso, más allá de las buenas intenciones, pues **predefinidamente**, y con todas las atenuaciones que se aleguen, se le deja sin aplicación. En efecto, en su considerando 31 *“La Corte estima que la valoración que hace la Comisión sobre la conveniencia o no del envío de un caso a la Corte debe ser fruto de un ejercicio colectivo de carácter propio y autónomo que hace ésta en su condición de órgano de supervisión de la Convención Americana y, en consecuencia, los motivos que tuvo para su envío no pueden ser objeto de una excepción preliminar”.* Agrega que, no obstante, *“lo que sí puede ser objeto de una excepción preliminar es la omisión o violación de todos o alguno de los pasos procesales indicados en los artículos 50 y 51 de la Convención, de manera que se provoque un desequilibrio procesal o la indefensión de alguna de las partes del caso ante la Corte”.* Pero que, en este sentido, *“es importante mencionar que no hay disposición alguna en la Convención ni en los Reglamentos de*

<sup>8</sup> Cfr. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C N° 23, párr. 40.

<sup>9</sup> Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C N° 61, párr. 41; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Excepciones Preliminares, supra nota 4, párr. 42; y Caso Gangaram Panday. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C N° 12, párr. 18.

la Corte y de la Comisión que regule de manera expresa los aspectos relativos al análisis o valoración que debe realizar la Comisión de la respuesta del Estado a las recomendaciones formuladas en el informe del artículo 50 de la Convención, así como tampoco se encuentra establecido que deba transcurrir un tiempo mínimo desde que el Estado presenta la referida respuesta, para que la Comisión decida someter el caso al conocimiento de la Corte (Considerando 32).

Además sostiene que *"es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades.<sup>10</sup> Sin embargo, la seguridad jurídica exige que los Estados sepan a qué atenerse.<sup>11</sup> En consecuencia, si la Comisión otorga un plazo al Estado para que cumpla con las recomendaciones del informe, debe esperar a que éste remita su respuesta dentro del plazo fijado y valorarla con el objeto de decidir si someter el caso al conocimiento de la Corte es la alternativa más favorable para la tutela de los derechos contemplados en la Convención, o si, por el contrario, las medidas adoptadas por el Estado para cumplir las recomendaciones de la Comisión constituyen una contribución positiva al desarrollo del proceso y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana, de manera que se investiguen las violaciones a los derechos humanos que se le atribuyen, se sancione a los responsables de dichas violaciones y se reparen sus consecuencias"* (Considerando 35). Y agrega que *"si bien la Convención no estipula que la Comisión deba analizar la respuesta del Estado durante un tiempo determinado antes de tomar la decisión de remitir el caso a la Corte (supra párr. 32), la Comisión indicó que tomó esa decisión porque, al analizar dicha respuesta, consideró que ésta "no refleja[ba] la adopción de medidas concretas o la asunción de compromisos ciertos y expresos con relación al cumplimiento con las recomendaciones emitidas en el Informe 76/00."* Esto, en opinión de la Corte, no constituye objeto de excepción preliminar<sup>12</sup> (Considerando 36).

Sostiene a continuación, en su considerando 37 una frase que sorprende por su escueta redacción y por su carencia de argumentos que den razón de lo que niega: *"el Estado (colombiano) hizo referencia en varias oportunidades a la buena fe, pero la Corte considera que no se ha acreditado que la Comisión no haya actuado de buena fe en el presente caso"*.

<sup>10</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares*, supra nota 5, párr. 43; *Caso Loayza Tamayo. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C N° 25, párr. 33; y *Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C N° 24, párr. 34.

<sup>11</sup> Cfr. *Caso Cayara. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C N° 14, párr. 38.

<sup>12</sup> Cfr. *Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C N° 21, párr. 46.

Finalmente, en sus considerandos 38 y 40 la Corte declara que *“estima que la conducta de la Comisión no afectó el derecho a un debido procedimiento que corresponde a Colombia, de conformidad con los artículos 50 y 51 de la Convención, ni le impidió ejercer cualquiera de los otros derechos que dicho tratado le reconoce”, por lo que “desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado”, decidiendo por unanimidad, en su parte resolutive, “continuar con el conocimiento del presente caso”.*

Varias reflexiones suscita esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Trascendiendo a las discusiones de forma tejidas al alero de las objeciones que el Estado Colombiano formuló al proceder de la Comisión en este caso de los 19 comerciantes, es preocupante que un organismo definido como de naturaleza nítidamente jurisdiccional, como lo es la Corte, se atribuya la facultad de aceptar cargos que implican invadir –no conozco otra palabra más tenue– el operar autónomo de la jurisdicción nacional de un Estado americano.

Si ya es discutible la interpretación que la Corte Interamericana ha dado a su función de velar por la aplicación de los instrumentos americanos de derechos humanos en el sentido de que, en los hechos, pretende levantarse, en tales materias, como la definitiva y última instancia, con los consecuentes problemas de legitimación política, jurídico-constitucional e incluso de moral internacional, son aun más controvertibles las eventuales atribuciones que yacen implicadas en esta sentencia. Me refiero a la imposición a las naciones americanas de una especie de derecho de tutela sobre los procesos judiciales en todo su iter procedimental y en las circunstancias de tiempo que le acompañan, ejercido en concreto desde distancias y mentalidades que de suyo hacen muy difícil permear los casos en litigio en todos sus elementos.

Hablé recién de la legitimidad política. No tengo tiempo desgraciadamente para desarrollar los otros géneros de legitimidad que normalmente le exigimos a un tribunal para su bien operar. Quedan para otra ocasión. Quizás porque de la primera casi nadie habla. Lo que no deja de ser curioso, porque la propia Corte utiliza a menudo el padrón “democracia”-“no democracia”, y lo menos que podemos hacer es cerciorarnos de su carácter democrático, sea en su aspecto orgánico, sea en su aspecto funcional.

A este respecto, no está de más recordar que los tribunales de justicia, como órganos del Estado, en su género y en la medida en que sus funciones públicas lo permiten, gozan de licitud democrática, al menos formal,

en el quehacer ordinario de un Estado cuyos representantes son elegidos directa o indirectamente por el pueblo. Suponemos esa licitud para convencernos de su legitimidad política.

No podemos suponer lo mismo sin embargo de órganos como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su misma configuración, su génesis está demasiado alejada de la vida y decisiones propias del pueblo para que le atribuyamos esa presunción. La elección de sus miembros no es conocida por el ciudadano común de las naciones americanas, ni siquiera en cuanto a sus procedimientos. Su funcionamiento se ejerce a iniciativa y con el respaldo de un denominador común de ideas que no necesariamente representan a las naciones que pueden quedar afectadas en sus decisiones a través de sus respectivos Estados. No hay un sistema de control democrático de uno y otro aspecto. Y sin embargo, los pocos miembros de estos órganos no elegidos democráticamente se atribuyen funciones capaces de dirigir las riendas de cada Estado en el ámbito jurisdiccional en materia de derechos humanos.

Lo anterior no es necesariamente una crítica. Pero sí constituye un peligro desde el punto de vista de la legitimación política dentro de la lógica democrática: el peligro de que una minoría no legitimada decida en casos claves lo que debe ser juzgado en un país, sin vínculos necesarios con los procesos democráticos que a todos hoy se les exigen. Y en este contexto, el Estado se debe a su pueblo, es representante de él, no de grupos de hombres buenos, por muy buenos que pretendan ser.



**LIBROS**  
**Resúmenes**  
**y Recensiones**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción





## ***Ius Publicum N° 8***

### **ESTUDIOS**

- Rolando Ladino Padilla.** *El cuerpo humano, expresión de la persona*
- Milagros Otero Parga.** *Francisco de Vitorria a la luz de las Relectio de Indis*
- Francisco Javier Astaburuaga Ossa.** *Matrimonio, nulidad y divorcio vincular*
- Mariano R. Brito.** *Globalización y derecho administrativo*
- Pedro Aguerrea Mella.** *El derecho de petición ante la administración del Estado.*  
*Acerca de la obligación de respuesta*
- Cristian Antoine.** *Mecenazgo y financiamiento de la cultura. Modelos jurídicos para un estudio comparado*
- Christopher Forsyth.** *De las hojas de parra y cuentos de hadas: La doctrina del ultra vires, la soberanía del Parlamento y la revisión oficial*
- Eduardo Soto Kloss.** *La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno*
- Pablo Alarcón Jaña.** *Capacitación, perfeccionamiento e independencia de la judicatura*
- Patricio Muñoz Díaz.** *El derecho a la paz y el derecho constitucional*
- Eugenio Pérez de Francisco.** *Los "daños colaterales" del asunto Lockerbie*

### **CRONICA**

- Jesús Ginés Ortega.** *Tres reflexiones de actualidad*
- Cristián Letelier Aguilar.** *Ministros de fuero y acciones judiciales de parlamentarios: Una interpretación sobre el artículo 50 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales*
- Enrique Alcalde Rodríguez.** *Algunas consideraciones sobre el principio "non bis in idem" ante el derecho administrativo sancionador*
- Jorge Precht Pizarro.** *Capellanes de palacio*
- Manuel A. Núñez.** *Eutanasia y comunidad de valores.*  
*La sentencia Pretty v. United Kingdom de la Corte Europea de Derechos Humanos (caso 2346/02, 29 de abril de 2002)*
- Jorge Miguel Otero Alvarado.** *¿Qué pasó con el sentido común?*

### **JURISPRUDENCIA**

- Corte Suprema 27.9.2001. Recurso de protección en contra de decreto que fija cauce del río Mapocho (Arturo Fernandois Vohringer)

### **DOCUMENTOS**

- S.S. Pío XII. *Con felice pensiero, la concepción cristiana del derecho*
- S.S. Pío XII. *Crisis de poder y crisis de civismo*

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

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 15.000	\$ 25.000
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