

ACTUALIDAD JURIDICA



Año IV

N° 8

Julio 2003

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Crisis del Derecho Internacional



**Empresas Individuales
de Responsabilidad Limitada**



**Nuevas normas reguladoras de los
arrendamientos de predios urbanos**



**Del recurso de reposición
administrativo**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA



La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año IV, N° 8 - Julio 2003



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

7002256

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Jaime Williams B.

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.

Índice de Contenidos

Tema central: *La crisis del derecho internacional*

• Presentación.....	7
• ¿Existe el derecho internacional? P. Rodríguez G.	9
• ¿Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis? R. F. Campusano.....	15
• Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza? P. Astroza S.	31
• La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional. F. Gamboa S.	49
• España y el Segundo Conflicto del Golfo E. Pérez de F.	57

Ensayos y Estudios

• Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación. E. Alcalde R.	69
• Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria. Incidencias de las modificaciones recientes a la recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución. B. Caprile B.	95
• Empresas individuales de responsabilidad limitada. S. Fernández F.	113
• La empresa individual de responsabilidad limitada. J. C. Sahli C.	123
• Comentarios sobre la Ley N°19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. R. Sandoval L.	143
• La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil). H. Oberg Y.	165
• Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos. H. Rosende A.	171
• Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos. G. Cortez M.	195
• Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria. R. Ugalde P.	227
• Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones. A. Dumay P.	241
• Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink. F. Pfeffer U.	249
• Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones). R. Mendoza Z. - B. Oddo B.	273
• Despido abusivo y daño moral. F. Vergara C.	293
• Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad. P. Oyaneder D.	309

Actividades de las Facultades

- Discurso año inaugural. L. Bates H. 327
- Facultad de Derecho, sede Santiago. Fabiola Vergara C. 333
- Facultad de Derecho, sede Concepción. Bruno Caprile B. 339

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno,* de Enríque Alcalde R. Comentario de P. Rodríguez G. 345
- *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno,* de Enríque Alcalde R. Comentario de H. Corral T. 351
- Índice Ius Publicum N° 10. 355



Tema central
**La Crisis
del Derecho
Internacional**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Presentación

La crisis del derecho internacional

El tema central del presente número de "Actualidad Jurídica" plantea las repercusiones y consecuencias que se siguen de la invasión de Irak por una coalición de naciones encabezada por Estados Unidos de Norteamérica. Sobre la base de que el mundo enfrente a un enemigo siniestro y solapado –el terrorismo– prohijado por algunas naciones del mundo musulmán, se han invadido sucesivamente Afganistán e Irak y derrocado a sus respectivos gobiernos. Estas acciones bélicas no son más que la reacción de un país grave y cobardemente agredido por grupos religiosos integristas que actúan con el concurso y bajo el alero de regímenes de la misma inspiración. Como bien se ha dicho, el mundo enfrenta una nueva amenaza, cuyas características y procedimientos escapan a las guerras convencionales y en que imperan consignas y dogmas casi desconocidos en Occidente.

Estos hechos, explicables desde una perspectiva política, tienen, sin embargo, una connotación especial, ya que ellos han puesto en jaque al derecho internacional y a varias instituciones que se creían consolidadas. Lamentablemente, la invasión a Irak se hizo al margen de las normas impuestas por Naciones Unidas e invocando causas que, al menos hasta hoy, no han sido comprobadas ante la opinión pública mundial. De esta manera, no sólo aparece quebrantada la estructura jurídica de la ONU, sino, además, el derecho internacional y su aspiración de transformarse en un sistema normativo universal por sobre la soberanía interna de los Estados. Se ha desencadenado, por lo tanto, una crisis profunda, que afecta muy seriamente el desarrollo de esta rama del derecho y que amenaza con arrastrar al mundo a un período anárquico en que se impondrá la ley del más fuerte.

No cabe duda que hemos retrocedido un amplio trecho y que estamos a merced de los intereses dominantes. Las consecuencias derivadas de estos hechos, unidas a lo que parece ser una concertada campaña destinada a frenar los efectos del proceso de "globalización", han generado una delicada atmósfera internacional, en la cual los principios jurídicos están siendo puestos en duda.

Como toda crisis, la situación que describimos abre la posibilidad de revisar y repensar la institucionalidad internacional del futuro, convocando a esta trascendental empresa a todos los hombres de derecho del mundo. Especial conciencia de esta encrucijada ha de tener la juventud de las diversas naciones, ya que lo que se avance o retroceda le afectará más directamente y condicionará el universo en que han soñado vivir. De aquí nuestra convicción de que se trata de una cuestión que debe tratarse de manera transparente, trasluciendo todas las posiciones, las aprensiones y las dudas que legítimamente embargan a nuestros pueblos.

El Director

¿Existe el derecho internacional?

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Los últimos acontecimientos mundiales, a partir del 11 de septiembre de 2001, permiten preguntarse legítimamente si existe el derecho internacional. Desde la caída del muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética, el mundo cambió radicalmente. El bipolarismo que caracterizó la guerra fría y que puso al mundo varias veces al borde del holocausto atómico, fue sustituido por el dominio sin contrapeso de Norteamérica, potencia que, a partir de entonces, ha ejercido el papel de guardián o policía universal. Todo sería aceptable si Estados Unidos se hubiera sometido a las incipientes estructuras jurídicas del derecho internacional, representadas principalmente por Naciones Unidas, y acatado las reglas que después de la Segunda Guerra Mundial nacieron bajo su alero. Pero aquello no ha sucedido y, con abismante frialdad, la potencia del Norte se ha despojado de todo compromiso para imponer su voluntad.

Recuerdo cuando siendo estudiante de derecho, al promediar la década del cincuenta, don Ernesto Barros Jarpa, ex canciller y connotado internacionalista, sostenía en su cátedra y en un manual de que era autor, que el "Derecho Internacional" existía como tal, aduciendo que la sanción que lo caracterizaba era el "repudio internacional" que suscitaba el quebrantamiento de sus normas. Por decir lo menos, nadie, salvo algunos iluminados, aceptaba este argumento, frente a los abusos, arbitrariedades y avasallamiento de que eran objeto las naciones débiles en sus relaciones con las naciones poderosas. Es cierto que lentamente se fue avanzando y que hasta se llegó a creer en la posibilidad de fundar un sistema jurídico "en forma", como ocurre al interior de muchas naciones. Pero la realidad actual ha golpeado nuestras conciencias y, penosamente, demostrado que aquello no fue más que un espejismo.

Don Andrés Bello, en 1832, escribía en sus *Principios de Derecho de Jentes*, a propósito de esta cuestión:

"La lei supone también una *sancion*, esto es, una pena que recae sobre los infractores, y mediante la cual el bien comun, de que la pena es una ga-

rantía, se hace condición precisa del bien individual. El derecho de jentes tiene dos especie de sancion; la sancion *relijiosa*, y la sancion *de la vindicta humana*.

“La primera consiste en las penas con que la justicia divina amenaza castigar la inhumanidad, la estorsion, el fraude, todas las violaciones de la lei natural.

“La segunda (llamada también sancion *popular o de la opinion publica*) consiste en los males que nuestra conducta puede acarrearlos de parte de los demás hombres a consecuencia de la desconfianza o aversion que les inspiramos.

“La primera ejerce igual influencia sobre los jefes de las naciones que sobre los individuos privados; pero no así la segunda. En el estado civil bien organizado, la fuerza de la sociedad, empleada contra los infractores de las leyes, es superior a la de cualquier individuo, por poderoso que sea. Pero las naciones no han constituido una autoridad, que armada con la fuerza de todas, sea capaz de vindicar contra los estados poderosos ni aun aquellas reglas de equidad natural que están reconocidas como esenciales para la seguridad comun.

“No podemos decir que el interes particular de cada nacion la estimula a cooperar con las otras en el escarmiento de la inhumanidad o injusticia. Los estados, como los individuos, suelen decidirse por motivos inmediatos y momentaneos que obran vivamente sobre sus pasiones; y desatienden a lo que se les presenta a lo lejos, de un modo especulativo y abstracto. Una nacion formidable por su poder insulta a un estado debil. La otras atendiendo a su seguridad propia, deberian coligarse para castigar el insulto. Mas adoptando esta conducta, tendrian que someterse desde luego a todas las calamidades y contingencias de la guerra, a trueque de evitar un peligro incierto y distante. Asi vemos que cada una de ellas, aunque susceptible de vivos resentimientos cuando se le irroga una injuria, mira con indiferencia, a lo menos con una indignación tibia y pasajera, los agravios ajenos.” (Se ha conservado la ortografía del original).

Las cosas no han variado sustancialmente. Se diría que estamos, más o menos, en el mismo lugar.

Un sistema jurídico, por incipiente que sea, requiere, para ser tal, la subordinación de la fuerza al cumplimiento de las normas que lo integran. De aquí que pueda caracterizarse al derecho, en general, como un instrumento de convivencia social que excluye el uso de la fuerza, salvo en cuanto

ella queda al servicio, exclusivamente, del cumplimiento coercitivo de las normas. **En otras palabras, sólo hay derecho en la medida que la fuerza bruta es monopolizada por el Estado y se emplea para imponer el cumplimiento del mandato normativo** (fuentes formales de derecho). La descripción que Bello hace del “derecho de gentes” (cuando dice que “Se llama derecho de jentes *natural, común, primitivo*, el que no tiene otro fundamento que la razón o la equidad natural, y *arbitrio especial, convencional, positivo*, el que han formado las convenciones espresas o tácitas, y cuya fuerza solo se deriva mediatamente de la razón, que prescribe a las naciones, como regla de importancia suprema, la inviolabilidad de los pactos”), no corresponde a un sistema jurídico como lo concebimos hoy día, sino a una realidad que, por razones ideológicas, se disfraza y maquilla como si se tratara del surgimiento de un derecho universal. Por consiguiente, el “derecho de gentes”, hoy derecho internacional, no es más que una noble, pero todavía inalcanzable aspiración.

La vida de relación entre las naciones sigue gobernada por la fuerza. Ella no siempre se expresa a través de guerras, invasiones y ataques masivos. El amedrentamiento, la imposición solapada, el condicionamiento, siguen siendo las herramientas subterráneas de la fuerza. Pero ella se evidencia de tiempo en tiempo con toda la brutalidad que la caracteriza. Así como grupos musulmanes, a través de organizaciones difusas y poco indetificables, atacaron cobardemente a los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, éste reaccionó castigando a quienes creyó culpables. Esta es la verdad. ¿Y el derecho internacional? ¿Y las Naciones Unidas? ¿Y el progreso de los derechos del hombre? Digámoslo con todas sus letras: ello quedó de lado, en su momento perdió importancia, simplemente porque el derecho internacional no es más que un proyecto, todavía una utopía. Quizás si la agresión del 11 de septiembre fue demasiado brutal para que ella pudiera ser resistida por un naciente derecho universal. De aquí la enorme responsabilidad del terrorismo frente a este fracaso.

Como si lo anterior no fuera suficiente, no puede dejar de asombrar el hecho de que las razones que se invocaron en su oportunidad para desencadenar la invasión de Irak no han podido ser comprobadas en la práctica. Esta circunstancia ha dejado en la opinión pública mundial un amargo sabor, porque no faltan los que creen que aquéllas no fueron sino excusas para proceder sin la anuencia y aprobación de los organismos competentes de las “Naciones Unidas”. Por otra parte, castigar a un país por los abusos en que incurre su gobierno, abre una peligrosa brecha, puesto que dicho enjuiciamiento sólo podría sustentarse en la decisión de un tribunal internacional que obrara con la anuencia de todas las naciones que fueran alcanzadas por sus decisiones. Por cierto, nada de ello ha sucedido.

Pero hay más. Resulta inaceptable que un Jefe de Estado ordene ejecutar a otro Jefe de Estado y a sus hijos, por perversos e ilegítimos que puedan parecernos. Esta conducta nos ha hecho retroceder siglos en la historia. Nadie puede disponer de esta manera de la vida ajena. Sólo un tribunal podría adoptar estas medidas, previa substanciación de un proceso y con las garantías mínimas establecidas en los tratados internacionales y en las leyes internas de las naciones civilizadas. Lo demás es simplemente barbarie. ¿Qué ha dicho Naciones Unidas sobre esta determinación? Nada.

Las naciones tienen derecho a defenderse, a perseguir a quienes delinquen o subvierten el orden público. Pero todo ello debe encuadrarse en el marco jurídico que corresponde. No en vano han transcurrido dos mil años de civilización cristiana.

No faltan los "internacionalistas" que dicen que este revés es uno más de entre tantos otros sufridos por el derecho internacional "incipiente" e "imperfecto". Querriamos creerlo. Pero no es así. La experiencia demuestra que cuando en el mundo domina una nación, de la manera en que actualmente domina Estados Unidos, la imposición soberana de su voluntad es inevitable. Cabe recordar que los grandes imperios, cualquiera que sea su poder, su duración y su destino, frenan el progreso moral de la humanidad, y con ello, en cierta medida, congelan el perfeccionamiento espiritual del hombre.

El derecho internacional ha muerto. Por lo mismo, deberá volver a nacer, lo cual no es fácil en una etapa como la que nos ha tocado vivir. Pero no nos engañemos ni sigamos escondiendo la realidad ante lo evidente. Estados Unidos es una gran nación. Sus artistas, sus intelectuales, sus universidades, sus científicos, sus investigadores y sus gobernantes reaccionarán más temprano que tarde. Es cierto que ha sido duramente castigado y que él no merece este trato. Pero la solución no está en retroceder, sino en avanzar hacia un mundo mejor y ello sólo puede ser aportado por el **derecho**, y en el marco y bajo el imperio del **derecho**.

Desde otra perspectiva, es alarmante que el mundo musulmán, tan desconocido en occidente, tome una dirección equivocada y, empleando el arma del terrorismo, ingrese de lleno en una nueva guerra fría, más destructiva e incontrolable que la anterior. Sería un error inexcusable permitir que esto suceda y se extienda, ya que sus consecuencias son imprevisibles y trágicas. Todos los países del orbe deben hacer un gran esfuerzo para evitar esta confrontación y hallar los medios para generar un entendimiento racional y justo. Lo ocurrido en el mundo en estos últimos dos años debería ser la partida de nacimiento de un nuevo derecho internacional. Pero nadie toma esta bandera que parece estar desteñida por la indiferencia y el disenso.

El derecho internacional ha muerto. ¡Viva el derecho internacional! Esta es la consigna de la hora presente.

Mirando las cosas desde otra perspectiva, la estructura política y orgánica de la ONU ha quedado obsoleta. Es imperativo promover una redefinición de sus objetivos y mecanismos. La sola circunstancia de que existan cinco naciones con derecho a veto en el Consejo de Seguridad implica la aceptación y consolidación de la diferencia entre los Estados, principio que no puede ser la base de un "derecho en forma". Este será, probablemente, el desafío de mayor envergadura en la hora actual, en la cual ya no es posible aparentar la existencia de un derecho que no tiene el rango ni alcance de tal. O el futuro derecho internacional se funda sobre la base de la igualdad de los Estados (lo que implica una renuncia de las grandes potencias a ejercer su poder militar y económico) o relegamos el derecho internacional a un mero remedo de tal.

Es indudable, entonces, que los juristas y gobernantes de todo el mundo enfrentan un problema crucial. Desde 1945 a la fecha hemos creído que avanzábamos en la dirección correcta. Ahora se sabe, a ciencia cierta, de que ello no es así. Por lo mismo, surgen dos opciones: o seguimos engañándonos e intentamos hacer viable lo poco que queda del derecho internacional; o abordamos con capacidad y voluntad política una innovación profunda de las normas, instituciones, principios y organismos multinacional llamados a recoger esta nueva realidad. Sólo una cosa nos está vedada: ocultar la magnitud de la crisis por la cual atravesamos y creer que las cosas siguen siendo iguales.

Finalmente, resta por plantear una cuestión vital. ¿Puede una nación poderosa, o un conjunto de naciones, imponer a los demás países soberanos un determinado modelo político, económico o social? En otras palabras ¿es jurídicamente lícito que Estados Unidos, Gran Bretaña y España (para referirnos a la actual coalición internacional) impongan a Irak, hoy día, y a cualquier otra nación del orbe, mañana, un régimen democrático o una economía de mercado? ¿Se ha estudiado detenidamente la idiosincrasia del pueblo irakí, sus valores, la importancia de sus concepciones religiosas, su desarrollo histórico? El problema que señalo tiene una importancia trascendental, porque es difícil concebir un derecho basado en la desigualdad de los Estados o en la preeminencia de unos sobre otros, especialmente en materias tan sensibles como su régimen político interno o sus sistema normativo. La sola idea de una imposición brutal, al margen de toda realidad local, es absurda, puesto que ello, a corto, mediano o largo plazo, desembocará en un fracaso rotundo que agudizará las tensiones haciendo irrespirable la atmósfera internacional.

A lo anterior hay que agregar dos cosas. Lo primero es que sigue rondando la pregunta de si Estados Unidos, Gran Bretaña y España hubieran intervenido en Irak si este país no representara la tercera reserva mundial de petróleo. Algunos comentaristas han sostenido que este factor fue determinante, porque el poder que confiere el petróleo no puede quedar en manos de regímenes totalitarios, comprometidos con el terrorismo y con guerras de agresión. La justificación aludida introduce otro germen que hace sospechar que tras decisiones políticas del más alto nivel subyacen razones y consideraciones que se mantienen en reserva, que se ocultan a la opinión pública mundial y que revelan la presencia de otros intereses, bastante ajenos a los motivos altruistas que se esgrimen a la hora de actuar. Lo segundo es el errado enfoque que se está dando al proceso de "globalización", que lo confunde con la imposición de un determinado modelo económico, abriendo camino a toda suerte de resistencias y rechazos. La "globalización" debe fundarse en la flexibilidad de sus fines, de modo que ellos puedan ser asumidos sin escollos por los diversos países en la medida que lo juzguen conveniente a su desarrollo. De lo contrario, terminaremos considerando que el portentoso progreso tecnológico no es más que un instrumento al servicio de la hegemonía de las grandes naciones.

Este cuadro no estaría completo si no reparáramos en el hecho de que, bien o mal, Estados Unidos ha tomado partido por Israel en el viejo conflicto del Medio Oriente. La situación en esa zona del mundo seguirá siendo explosiva, en tanto no se evidencie una alianza internacional que esté al servicio de la paz y contribuya efectivamente a poner término al drama de israelitas y palestinos. Cualquiera que sea su costo, todos los países del mundo deben aportar su empeño para que estos pueblos puedan seguir existiendo en un marco de mínima seguridad, que salvaguarde a la población civil de atropellos y excesos militaristas.

Como puede apreciarse, la situación no es nada fácil. La hora actual requiere de imaginación, conocimiento, equilibrio y prudencia, condiciones todas muy difíciles de lograrse. Refundar el derecho internacional es un proyecto que no admite dilación y que debe ejecutarse sin perder de vista los valores en juego ni los intereses predominantes, realidades ambas muy difíciles de armonizar.

Confiamos, sin embargo, en que los intelectuales, artistas, pensadores y académicos norteamericanos serán capaces de rectificar este rumbo y entregar otra inapreciable contribución a la humanidad: la existencia de un nuevo derecho internacional.

Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis

Raúl F. Campusano

Master en Derecho

UNIVERSIDAD DE LEIDEN

Master of Arts

UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME

The future will be as grand and as particular, as we are.
We cannot build a single bridge from here to there,
for neither here nor there is a single point.
And there is no abyss to cross.

Virginia Postrel

The Future and its Enemies

1. Antecedentes

Este artículo tiene por finalidad presentar algunas reflexiones en torno a la actual crisis de la organización social internacional, que, como se verá, no es una crisis del derecho internacional ni algo muy diferente a lo que ha venido sucediendo desde el principio de la historia. La guerra de Irak del primer semestre de 2003 y la incapacidad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de cumplir adecuadamente el mandato para el cual fue creado se encuentran muy presentes en la memoria de la gente y eso puede paradójicamente dificultar la mirada clara, de amplio espectro y con perspectiva hacia el pasado y hacia el futuro. Esta mirada que se propone observar que crisis ha habido siempre y que la pregunta sobre la mejor forma de organizarnos en el contexto internacional ha estado presente desde hace mucho, con respuestas temporales que son reemplazadas una y otra vez en una dinámica de "trial and error" que parecieran sugerir la desdramatización de la idea de crisis y la integración de la idea de incerteza no como una amenaza, sino como posibilidad.

2. Introducción al tema

La reciente guerra de Estados Unidos con Irak en el primer semestre del año 2003 ha dejado profundos impactos en la comunidad internacional desde diversos puntos de vista. Desde la perspectiva del derecho internacional, ha generado preguntas de fondo sobre el rol de Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad, y más estructuralmente, sobre la naturaleza y eficacia del derecho internacional.

Pareciera que hay acuerdo en que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no cumplió adecuadamente el rol para el que fue creado y que se explicita en diversas partes de la Carta de Naciones Unidas y en particular en sus capítulos V y VII. Menos claro, y ciertamente menos consensual, es determinar las causas y efectos de tal mal funcionamiento. Sobre esta materia se ha dicho, escrito y discutido hasta la saciedad.

Algunos señalan que la ineficacia del Consejo de Seguridad y su incapacidad de cumplir con su mandato de velar por la paz y seguridad internacionales obligaron al gobierno de los Estados Unidos a actuar para así asegurar el derrocamiento del dictador iraquí y neutralizar su peligro como exportador de terrorismo e inseguridad regional y global.¹

Otros consideran que es Estados Unidos el responsable de la crisis actual de Naciones Unidas al no respetar el procedimiento y decisiones del Consejo de Seguridad en orden a no aprobar una fuerza militar de ataque contra Irak mientras no se cumplieran determinadas condiciones, las que no tuvieron la oportunidad de comprobarse, ya que la guerra tuvo lugar antes.²

Este es un debate de gran interés, pero respecto del cual ya se ha escrito mucho y quisiera sugerir poner atención sobre un subproducto del debate anterior, a saber, la alegada crisis que estaría viviendo el derecho internacional producto de los hechos derivados de la guerra de Irak y la incapacidad de las naciones Unidas para enfrentar adecuadamente el conflicto.

¹ Esta es ciertamente la posición de la Administración Bush, pero también la de un importante sector de la opinión pública y la de otros gobiernos que, con matices, adhirieron a la tesis central, como por ejemplo el gobierno del Reino Unido y el español. También es la opinión de algunos prestigiosos académicos, como por ejemplo Ruth Wedgwood, profesora de derecho internacional en la Escuela Johns Hopkins de Estudios Internacionales Avanzados (ver artículo en bibliografía). También es la opinión de destacados políticos, como por ejemplo el senador republicano John McCain (ver artículo en bibliografía).

² Con variantes y matices, ésta es la posición de numerosos gobiernos y de gran parte de la opinión mundial. Es la tesis de Francia, Alemania, Rusia y numerosos otros Estados. De alguna forma, es la posición que pareciera haber defendido el ex embajador chileno en la ONU Juan Gabriel Valdés.

De esta forma, se está abriendo paso una nueva variante del debate que comenzó preguntándose si Naciones Unidas estaba cumpliendo realmente el rol para el cual había sido creada y que derivó en observar al derecho internacional en su conjunto y que se pregunta ahora si éste no está experimentando una crisis de fondo que podría ser terminal.

Por supuesto, las posiciones se han polarizado y es posible encontrar hoy expresiones extremas de la situación que van desde aquellos que señalan que el derecho internacional no solo está viviendo una crisis severa, sino que en realidad está demostrando que no es y nunca fue derecho propiamente tal y que la voluntad del más fuerte y su decisión de usar la fuerza sigue siendo el motor y la medida de la realidad internacional,³ hasta aquellos otros que consideran que aquí no ha sucedido nada y que el derecho internacional funciona perfectamente y que Naciones Unidas es un modelo de eficacia.⁴

A mi modo de ver, la discusión anterior, al menos en la forma planteada, es estéril y no da cuenta de la realidad de dos afirmaciones contingentes: i) La fuerza es un elemento real hasta la fecha en las relaciones internacionales, y ii) El derecho internacional es extremadamente eficaz en resolver la inmensa mayoría de las transacciones internacionales que se producen cada día y que van en aumento en nuestro cada vez más globalizado mundo.

También me parece estéril la discusión sobre si los Estados Unidos son los villanos o los héroes de la jornada. Esa discusión está en progreso y se la dejo a otros (y hay muchos) que la continúen.

Más interesante, entonces, me parece aprovechar la actual supuesta crisis del derecho internacional para hacernos la pregunta sobre cuál debiera ser la forma más adecuada para organizarnos internacionalmente en este siglo XXI, que comenzó antes que pudiéramos darnos cuenta.

Para ello, estimo relevante dar una mirada histórica desde dos perspectivas. Primero, recordando lo que los grandes del pasado pensaron y propusieron sobre la materia, y luego intentando levantar un modelo básico⁵ que nos pueda servir para sugerir algunas ideas tentativas para adelante.

³ En la línea de la historia de los Melios, que se cuenta en los primeros años de Ciencia Política y que siguen deleitando a los seguidores de la Real Politik.

⁴ A propósito de la naturaleza de Naciones Unidas, no está de más recordar aquí el importante rol intelectual e inspirador que Hans Kelsen jugó en un número importante de académicos y políticos vinculados a la creación de la organización. Kelsen levantó las ideas del idealismo en relaciones internacionales, vislumbrando una organización democrática y universal. De esta forma, imaginó un Consejo de Seguridad de membresía rotatoria. Fueron las potencias vencedoras de la guerra las que modificaron esta creación introduciendo el carácter de permanente de ellas cinco y agregando el derecho de veto negativo a las decisiones del Consejo.

⁵ Y cuyas partes son todas prestadas, ciertamente, y como lo denuncia la bibliografía presentada.

3. ¿Cómo debiera organizarse la sociedad internacional?

3.1 Recuento histórico a vuelo de pájaro

En momentos de crisis (o de supuestas crisis) y de cambios acelerados, siempre parece adecuado volver a los grandes del pasado y revisar lo que pensaron y lo que propusieron.⁶ Por supuesto, como toda lista y revisión, ésta no puede sino ser arbitraria en sus elecciones. Sin perjuicio que las fuentes para escribir este capítulo son múltiples, la idea y lógica detrás del mismo se encuentra en el texto de Cornelius Murphy descrito en la bibliografía.⁷

Por supuesto, deseo comenzar con Dante Alighieri, que en el siglo XIV, además de su obra magna, escribió "*De Monarchia*", texto en el que se pregunta la razón de tanta violencia en el mundo y concluye que ella se debe a la multiplicidad de reinos, principados, ducados, feudos y otras unidades autónomas de gobiernos, todas las cuales luchan incesantemente entre sí. Frente a esta realidad no deseada, el Dante propone la creación de un gobierno único que reine por sobre todos los otros, y con esto plasma las bases centrales de uno de los paradigmas de organización internacional, la autoridad única, la que, a su vez, puede adquirir la modalidad de imperio o de organización gobernada por sus miembros.

Otro italiano, Niccolo Machiavelli, presentó a principios del siglo XV las bases del segundo paradigma, al publicar "*Il Principe*" y proponer la autoridad total en manos de cada uno de los gobernantes, desconociendo así liga u organización alguna que limitara su voluntad.

El teólogo jesuita, filósofo del derecho y profesor de la Universidad de Coimbra Francisco Suárez publicó en 1619 su libro "*De Legibus Ac Deo Legislatore*". En su texto, Suárez expresa su rechazo a la independencia soberana de los estados y aboga por el desarrollo de la cooperación y asistencia entre los sujetos de derecho internacional.

Una posición diferente sería defendida por el famoso abogado holandés, historiador, diplomático, político y teólogo, Huug de Groot, conocido entre nosotros como Hugo Grocio. Durante la guerra de los treinta años y en su exilio en París, De Groot publicó el año 1625 su libro seminal "*De Iure*

⁶ Hay mucho que leer y que releer. Los clásicos están allí esperando que los redescubramos. No es que crea que conociendo a los clásicos se puede resolver el problema de la crisis actual, pero ciertamente son un buen compañero de ruta en el camino del descubrimiento y de la reflexión.

⁷ Ver mi texto sobre Murphy en la bibliografía.

Belli ac Pacis". De Groot se encontraba profundamente impactado por los horrores de las guerras de religión que azotaban Europa y tomó la decisión de aportar en algo para traer orden a la anarquía del conflicto internacional. De Groot representa una posición intermedia entre los pacifistas, como Erasmo de Róterdam, y aquellos que entregaban el derecho a la guerra al soberano. De esta forma, De Groot reconoció la legitimidad de la guerra en principio, pero exigió el cumplimiento de una serie de requerimientos a su respecto.

El filósofo Thomas Hobbes aporta en este período con una concepción oscura y desencantada sobre la naturaleza del hombre, producto probablemente de su experiencia y observaciones de las guerras de su tiempo. Para Hobbes, el estado de naturaleza es un estado de guerra y por ellos los seres humanos optan por el acuerdo social en que entregan su libertad al soberano a cambio de la seguridad y de la posibilidad de seguir vivos.

Una derivación peculiar de las tesis hobbesianas puede encontrarse en las ideas de Baruch Spinoza, quien publicó en 1670 su libro "*Tractatus Theologico-Politicus*" y que, de acuerdo con Hobbes, estima que el ser humano busca su preservación y la expansión ilimitada de su poder y libertad. También concuerda con Hobbes al creer que la condición natural del ser humano es la de conflicto permanente. De esta forma, para evitar la guerra de todos contra todos, es necesario entregar el poder total a una persona o grupo de personas. El poder es el motor fundamental de la sociedad y no algún ideal moral.

Samuel Pufendorf, el jurista alemán y luterano, continuaría esta búsqueda por la forma adecuada de arreglo internacional y publicaría el año 1672 su texto "*De Jure Naturae et Gentium*". Desarrollando y adaptando las ideas de sus antecesores, y muy influenciado por su fe religiosa, Pufendorf postuló que una regla de acción moral debía tener el poder, sin coercitividad, de influenciar la voluntad de un agente racional. La razón es esencial en este procedimiento, pero ella no se define como la facultad del pensamiento lógico, sino que como la habilidad de discernir lo bueno.

En la segunda mitad del siglo XVII el matemático, filósofo, jurista y teórico político Gottfried Leibniz reflexionó sobre la conveniencia de mantener la jerarquía de las estructuras políticas y la autoridad universal que derivaba de las ideas de la Edad Media. De la misma forma que Dante, Leibniz pensaba que la cultura y el aprendizaje eran imposibles de desarrollarse sin la existencia de orden político. Para este pensador las guerras eran un desastre que debían ser evitadas a todo costo. Tal como De Groot, Leibniz estimaba que la fragmentación religiosa era una fuente principal de las

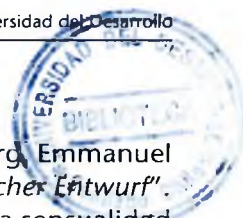
guerras y conflictos y por ello buscó y alentó la reunificación de las iglesias. La idea de De Groot de separar el derecho natural de un origen divino, que perturbó a Pufendorf, encontró un oído amigo en Leibniz.

Otro creyente en el poder fue Abbe de Saint Pierre. En su libro "*Paix Perpetuelle*", publicado en 1761, declaró que Europa podía elevarse a la perfección a través de la razón. Este pensador imaginó una dieta o parlamento de plenipotenciarios designados por los diferentes monarcas europeos. Los conflictos serían resueltos a través de arbitrajes o decisiones judiciales. Las guerras internacionales y las civiles serían evitadas a través de la existencia de una fuerza internacional común que sería usada contra todo aquel que perturbara la paz. No deja de asombrar lo actual que parecen sus ideas.

Siguiendo las ideas de Leibniz, Christian Wolf, filósofo alemán, intentó elaborar una teoría universal de la justicia y el orden. La herramienta adecuada para lograr tal fin sería el uso de la razón. Wolf propuso la creación de un estado supremo o "*Civitas Maxima*". Para Wolf los seres humanos no abandonan su naturaleza humana cuando conforman y se integran a un estado-nación. Pues bien, lo mismo sucede en el evento de crearse un estado supremo para todos. Wolf pensaba que los estados se agruparían voluntariamente en unidades mayores al percatarse de las ventajas que tal agrupación les entregaba.

Como se sabe, en el siglo XVIII se estimaba en Europa que el idioma francés era el más adecuado tanto para el trabajo académico como para la conversación coloquial. De esta forma, el trabajo de Wolf, escrito en latín escolástico, no satisfizo los requerimientos culturales del iluminismo. Sería un diplomático suizo, Emer de Vattel, quien llevaría a cabo la transición entre la abstracción académica y el muy real mundo de las relaciones internacionales. En 1758, Vattel publicó su libro "*Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliques a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*".

En este libro, Vattel desarrolla una teoría del derecho de las naciones y específicamente hace conocidas las ideas de Wolf. Critica a De Groot en relación con su exigencia de consentimiento universal como base de la ley fundamental. También critica a Pufendorf en relación con su requerimiento de una explicación teológica para el carácter obligatorio de la ley fundamental. Por otro lado, elogia a Wolff por su opción de establecer el derecho de las naciones sobre la base de principios de racionalidad. Vattel se opone fuertemente al concepto de *civitas maxima* y promueve la idea de dignidad y equidad en las relaciones entre estados.



En 1795, hacia el fin de su vida, el famoso filósofo de Königsberg, Emmanuel Kant, publicó su ensayo "*Zum ewigen Frieden; Ein philosophischer Entwurf*". De acuerdo con Kant, el fin del ser humano es alzarse desde la sensualidad autosatisfecha a un estado más alto de civilización. Kant pensaba que el hombre odiaba la sociedad y que no existía un instinto hacia la sociabilidad. Sin embargo, hay elementos positivos de esta predisposición: debido a la competencia y al deseo de poder y privilegios, el ser humano alcanzaba los mejores elementos de la cultura y el arte. De esta forma, el antagonismo es la causa del orden legal en la sociedad.

Sin embargo, el poder no determina lo correcto. Los individuos viven bajo una constitución creada a través de principios derivados de la razón, ya que ésta es la única forma de determinar legítimamente lo que corresponde a cada cual. La formación del estado garantiza al individuo su preservación y su progreso a un nivel más alto de existencia. El estado de naturaleza es un estado de guerra y debiera ser superado. En forma contraria a De Groot, Pufendorf, Wolff y Vattel, que admitían la posibilidad de la guerra justa, Kant insiste en que una guerra no puede decidir materias de derecho y de moral. Los estados no tienen el derecho de decidir unilateralmente sobre una guerra, ya que tal decisión puede ser tomada solamente por leyes públicas validadas universalmente y que restringen la libertad de cada cual.

Kant pensaba que un gobierno republicano sería una muy seria barrera en contra de una guerra, ya que sería el pueblo quien decidiría si declara la guerra o no, y teniendo conciencia de las calamidades que la guerra trae consigo, el pueblo ciertamente votaría en contra de tal alternativa.

La paz duradera (*Ewigen Frieden*) solo ocurriría cuando las naciones abandonen el sistema de estados-nación independientes y soberanos y creen una autoridad mundial, una *civitas maxima*. Sin embargo, esto no parece razonable de suceder, ya que aquellos pueblos que han luchado tan duramente para obtener su libertad e independencia difícilmente aceptarán perderla y entregarla a una autoridad central y única. Por lo tanto, si la *civitas maxima* es muy improbable y el sistema de estado-nación es inaceptable y suicida, ¿qué se puede hacer? Kant propone una vía intermedia: en lugar del *volkerstaat* utópico, debiera establecerse un *volkerbund*, una liga de naciones. Esta organización no tendría como finalidad servir de gobierno mundial, sino mantener la paz y la libertad, manteniendo la seguridad exterior.

Una muy diferente idea del orden mundial es desarrollada por Jeremy Bentham, que en su libro "*Plan for Universal and Perpetual Peace*" propone como objetivo la reducción de contactos extranjeros, más que gobernar-

los sobre la base de principios éticos. De esta forma, Bentham fue siempre enemigo de la idea de colonias, señalando que estimaba que ellas eran raramente fuente de ganancias y muy a menudo sí eran fuente de conflictos internacionales. La mayor parte de las guerras de su época eran explicadas por Bentham debido a los conflictos coloniales. El libro de Bentham fue escrito con anterioridad a la Revolución Francesa. Bentham esperaba un creciente entendimiento entre Francia y Gran Bretaña. La revolución y las guerras napoleónicas cambiarían el escenario radicalmente y harían que el ensayo de Bentham perdiera relevancia.

La revolución y Napoleón provocarían profundos efectos en Europa y en la forma de entender la relación entre guerra y derecho internacional. En este contexto, Henri Comte de Saint-Simon publicaría su libro "*De la Reorganization de la Societe Europeenne*" en 1814. La idea central derivaba del intento de unificar a los pueblos de Europa bajo una única autoridad política, pero sin dañar la independencia nacional de cada cual. Saint-Simon creía en los ideales de la Revolución Francesa y pensaba que sólo un sistema parlamentario con la participación del pueblo traería estabilidad a Europa. Se opuso a la idea de balance de poderes y las estrategias religiosas propuestas en la Edad Media. Las dos ideas básicas de su propuesta eran la participación del pueblo y la creación de una autoridad internacional que no dañara la independencia nacional.⁸

Las décadas siguientes verían el Congreso de Viena, y casi cien años de ausencia de conflictos globales en Europa. Los filósofos alemanes del siglo XVIII tendían a ser universalistas y a tener una visión paneuropea. La Revolución Francesa y principalmente las guerras napoleónicas cambiarían esta perspectiva en el siglo XIX. Johann Gottlieb Fichte, filósofo alemán, juega el rol de transición entre ambas perspectivas. En sus comienzos fue bastante crítico a la idea de estado, pero hacia el final de ella había desarrollado la idea de una Alemania republicana (pero siempre bajo una forma universal). La propuesta de Fichte de crear una confederación de estados se estrellaría contra el alzamiento del nacionalismo alemán y el idealismo hegeliano.

⁸ La siguiente cita en Inglés fue tomada del francés por C. Murphy y ciertamente provoca sorpresa observar lo actual de tales palabras, las que podrían ser recogidas por algún político europeo contemporáneo refiriéndose a la Unión Europea: "There will doubtless come a time when all the peoples of Europe will feel that they must regulate matters of general interest before descending to matters of national interest. Then evils will decrease, troubles will be quieted, wars will be extinguished. That is the direction in which we are continually moving. That is where the current of the human spirit is sweeping us. But what is more worthy of the prudence of man, to be dragged there or to run there? ...the Golden Age of the human species is not behind us. It lies in the perfection of the social order. Our fathers did not see at all. Our children will one day arrive there. It is for us to clear the path".

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, probablemente uno de los pensadores más influyentes de la filosofía occidental, escribió que el estado era absoluta racionalidad. El estado envuelve y completa al individuo. El bien máximo es el bienestar del estado. Esta concepción es absolutamente antagónica a la de Kant. Hegel declara que la paz perpetua constituiría una corrupción de las naciones. La guerra no puede y no debe ser superada. A través de la guerra se mantiene la salud ética del pueblo. Sus características y demandas de sacrificio son pedagógicas. Los ciudadanos aprenden la vanidad de los asuntos temporales y se unen en la búsqueda de un ideal universal. El período siguiente vería el surgimiento de Otto von Bismarck y la unificación alemana.

De alguna forma, el pensamiento alternativo se encuentra representado en el período por el filósofo escocés James Lorimer, quien escribió el libro *"Institutes of the Law of Nations"*, que fue publicado en 1880. En su texto, Lorimer busca restaurar las cualidades éticas de la jurisprudencia internacional. El filósofo escocés encuentra inspiración en las ideas de Suárez y plantea la necesidad de devolver la relevancia de las consideraciones éticas en relaciones internacionales. Se opone a la idea de estados-nación soberanos y que no deban dar explicación ética de sus acciones.

Un poco antes de Lorimer, el conocido pensador británico John Stuart Mill, publicó en 1848 su libro *"Principles of Political Economy"*, en que expuso su convicción de que la expansión del comercio internacional traería consigo importantes beneficios para la humanidad.⁹

Otro actor relevante del período es el prominente abogado internacionalista alemán J. C. Bluntschli, quien intentó resolver el problema de la necesidad de la participación general de los estados en asuntos internacionales y la realidad de diferencias de poder entre ellos. Bluntschli propuso la creación de una organización internacional europea en que todos los estados estuvieran representados, pero que tuviera un sistema de voto diferenciado que reflejara las diferencias de poder existentes entre ellos. Estas ideas serían consideradas algunos años después en la Conferencia de París de 1919.

⁹ De hecho, estas líneas reflejan muy bien su percepción: "A common interest in economic prosperity would unite the different elements of the human race. If each nation produces what it is most suited to bring forth, the result is a division of labor which renders each dependent upon the others. Through private, apolitical activity in the exchange of goods, services, and ideas, humanity could achieve a degree of unity and harmony which would constitute a secular equivalent to the medieval ideal of Christian unity".

El cambio de siglo vió la creciente participación del zar Nicholas II de Rusia en asuntos internacionales y su convocatoria a las Conferencias de La Haya. En 1911, Lassa Oppenheim publicó su libro *"Die Zukunft des Volkerrechts"*, en que se opone a la creación de un único estado federado porque en tal situación los estados perderían su soberanía y serían degradados a ser meras provincias. Para Oppenheim, la vitalidad del sistema internacional requiere estados soberanos e independientes. La variedad y diversidad otorga vida a la Tierra. La unidad traería consigo la muerte.

La Primera Guerra Mundial demostró que la paz armada no funcionaba y que el sistema de balance de poderes no es garantía de paz. El sistema Wesphaliano vivía su primera gran crisis, la que se repetiría a lo largo del siglo XX. El sistema de Liga de las Naciones fue un intento muy relevante de aplicar las ideas de orden mundial, democracia y ética en las relaciones internacionales, y una aversión general a la guerra. El entonces presidente de Estados Unidos, Woodrow Wilson puede ser considerado como el artífice político más visible del proceso y la negativa de su congreso de permitir que su país ingresara a la organización es una muy buena indicación del futuro de la misma.

Luego de la Segunda Guerra Mundial las potencias vencedoras decidieron la creación de una nueva organización internacional que hubiera aprendido de los errores de la Liga de las Naciones. De esta forma, crearon la Organización de las Naciones Unidas, cuya finalidad fue la de mantener la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, la organización siempre ha tenido dos almas y ello explica en parte la severa crisis en que se encuentra actualmente (crisis que en verdad ha existido siempre, peor, que la guerra fría ocultaba). En la negociación y redacción de la carta de la ONU se encontraron dos visiones opuestas de entender la organización. Por una parte, aquellos llamados idealistas que se basaban en las ideas de Kant, y más directamente de Hans Kelsen, y que percibían la necesidad de constituir una instancia democrática, ética y participativa internacional, una reunión amable de todas las naciones, grandes y pequeñas. En oposición a ello, los llamados realistas tenían la convicción de la necesidad de crear una instancia que pudiera responder en forma eficaz a los desafíos del tiempo que se vivía y que tuviera viabilidad en el tiempo. Para ello, las ideas bien intencionadas no eran suficientes y debían ser complementadas con dosis de realismo y sentido común que se hiciera cargo de las realidades del poder.

El ex Secretario General de Naciones Unidas Kurt Waldheim fue un ácido crítico del sistema establecido en el Consejo de Seguridad, al que asimila-

ba a la recreación de un sistema de balance de poderes, como el establecido en el Congreso de Viena de 1815.¹⁰

En 1958, los autores Grenville Clarke y Louis B. Sohn publicaron su libro *"World Peace Through World Law"*, en que proponen la creación de una autoridad central democrática, participativa e ilustrada, poniendo énfasis en el desarrollo y fortalecimiento de instituciones internacionales.¹¹ La tesis ha encontrado caluroso apoyo en ciertos círculos intelectuales, pero sus críticos subrayan la tendencia elitista de la tesis y su incapacidad de considerar la fuerza del sentimiento nacionalista.

En 1961, el filósofo del derecho Herbert L. A. Hart publicó su libro *"The Concept of Law"*, en el que establece que las reglas de conducta primaria deben ser aceptadas aun en el caso que no exista una autoridad central con la capacidad de coerción. Los estados forman una comunidad internacional a pesar de que no existe una autoridad política superior que los unifique. Esto es posible ya que existen ánimos fundamentales de cooperación, seguridad, comercio e interacciones entre los diversos estados. Y existen reglas que sustentan estas interacciones. Las reglas emanan de la práctica de los estados.

El filósofo norteamericano John Rawls publicó su libro *"A Theory of Justice"* el año 1971 y en él establece las bases de una versión contemporánea de la teoría del contrato social. Los principios de justicia se derivarían de una situación original imaginaria en la que los individuos no tendrían conciencia de sus ventajas o desventajas relativas y por ello se hablaría de un velo de ignorancia. En esta situación ideal, los individuos buscarían una base acordada de cooperación social.

¹⁰ La siguiente cita da cuenta de la impresión de Waldheim sobre la materia: "The idea of maintaining peace and security in the world through a concert of great Powers, although these Powers obviously have special responsibilities in matters of peace and security would seem to belong to the nineteenth rather than to the twentieth century, where the process of technological advance and democratization is producing a new form of world society. The world order that we are striving to build in the United Nations must meet the requirements of such a society, and any other system, however effective in the past, obviously cannot be accepted. The interests, the wisdom and the importance of the vast majority of medium and smaller Powers cannot, at this point in history, be ignored in any durable system of world order. ...The improvement of great Power relations through bilateral diplomacy is certainly of fundamental importance in this process, but past experience indicates that it needs to be complemented and balanced by the multilateral diplomacy of the global Organization as a safeguard against misunderstanding, as a safety valve in critical times and as an instrument for the peaceful settlement of international disputes".

¹¹ La idea central de la propuesta se explica al señalar que "institutional centralization would come about through the consent of leading governments, persuaded that such a variant of system change serves their distinct national interests better than the dangerous chaos of the decentralized and laissez-faire management of power by international statecraft".

Finalmente, quisiera terminar esta muy rápida revisión de la historia de la reflexión sobre la forma en que la sociedad debiera organizarse internacionalmente, recordando al profesor norteamericano Richard Falk y su "*World Order Model Project (WOMP)*". Su tesis central es que el sistema de estado-nación no tiene la capacidad de satisfacer las necesidades fundamentales del ser humano y por tanto debe ser superado. Estas ideas han sido recogidas y desarrolladas también por mi profesor en la Universidad de Notre Dame, Robert Johansen.¹²

El sistema propuesto por el profesor Falk descansa fuertemente en la sociología contemporánea y se nutre de las tesis idealistas de diversas épocas y autores. Pone énfasis en la creación imaginaria como ejercicio de mundos preferidos y se encarga de hacer un esfuerzo en el ámbito de organizar los períodos de transición, esto es, de convivencia entre el sistema antiguo de estado-nación y el sistema nuevo de orden mundial.¹³

En los últimos quince años muchas cosas han sucedido y que impactan directamente en la forma en que la sociedad se organiza internacionalmente y ciertamente en la forma en que desearía organizarse. El colapso de la Unión Soviética, la consolidación del proceso unificador europeo, la emergencia de bloques comerciales y formas de asociación nuevos (NAFTA, MERCOSUR, APEC, etc.), la creciente interdependencia económica, la globalización, la revolución informática e Internet, la emergencia de nuevas plagas, la aparición de nuevas y más peligrosas formas de terrorismo y la creciente toma de conciencia mundial sobre la relevancia de promover y proteger el medio ambiente, son algunos de los factores presentes en la sociedad actual y que, de una forma sutil, pero firme e irreversible, contribuyen en las transformaciones globales y van delineando los contornos de la sociedad futura en forma más eficiente que cualquier programa preestablecido. Hace falta la aparición de nuevos pensadores que sean capaces de observar estas nuevas realidades, entender que el mundo ha cambiado, sigue cambiando y cambiará más y más rápido en el futuro, y hacerse cargo de estas nuevas reglas del siglo XXI de manera tal de poder entregar algo de luz y de reflexión sobre la clase de sociedad preferida en la que quisiéramos vivir todos en este planeta.

¹² Ver texto en bibliografía.

¹³ Ver los textos en la bibliografía. Los más antiguos se refieren directamente a WOMP. El más reciente es una fuerte crítica a la administración Bush por su ataque a Irak.



4. Formulaciones de organización a modo de propuesta

Una vez terminado el ejercicio de hacer una revisión rápida de las ideas sobre organización internacional, propongo un segundo ejercicio de clasificación gruesa de sistemas en los que la sociedad se ha organizado en distintos períodos históricos.

En efecto, a lo largo de la historia las sociedades se han organizado de diversas formas y es posible agrupar tales opciones en grandes rasgos de acuerdo con las siguientes opciones:

- Ciudad-estado
- Imperio
- Atomización
- Estados soberanos
- Balance de poderes
- Organización mundial

La polis griega es un ejemplo de ciudad-estado. En nuestra realidad actual, Singapore, Hong-Kong y algunos pequeños estados europeos cumplen con algunas de las características de la ciudad-estado. Sin embargo, su elemento distintivo¹⁴ es la autonomía y lo acotado de su territorio, quedando vastas extensiones de territorio *res nullius* entre una y otra ciudad-estado.

El ejemplo clásico del imperio es el romano. Su característica esencial es su vocación expansiva y hegemónica, distinguiendo entre dentro y afuera del imperio. Dentro se encuentra la civilización con su derecho y administración. Fuera se encuentra la barbarie, con su anarquía y brutalidad.

El sistema denominado atomización corresponde a los procesos temporales postimperio, como fue el feudalismo europeo una vez caído el imperio romano. Se caracteriza más bien por su temporalidad y por ser un espacio de transición.

El sistema de estados soberanos, consagrado el año 1648 con la Paz de Westphalia,¹⁵ se caracteriza por la situación de anarquía internacional derivada del atributo central de soberanía nacional que no admite autoridad por sobre el estado.

¹⁴ Y que no está presente en los casos actuales señalados.

¹⁵ Producto de la firma de los tratados de Munster y Osnabruck, que pusieron fin a la Guerra de los Cien Años.

El sistema de balance de poderes tiene su expresión paradigmática en el Congreso de Viena del año 1815, en que las fuerzas conservadoras europeas que acababan de derrotar a Napoleón acuerdan un sistema de distribución de zonas de influencia y de equilibrio de fuerzas entre las potencias vencedoras. Cada una de ellas tiene poder sobre sus respectivas zonas de influencia y el compromiso de no intervenir en las zonas de influencia de las otras potencias.

El sistema de organización mundial se caracteriza por la decisión de los estados de ceder parte importante de su soberanía a un organismo internacional que monopoliza el uso de la fuerza. Este es el caso de la Liga de las Naciones y, por sobre todo, de las Naciones Unidas. Podría, también, adquirir la faz de un sistema neoimperial.¹⁶

5. Hacia delante o a modo de conclusión tentativa (muy tentativa)

Por supuesto que en esta materia no puede haber una conclusión, ni siquiera tentativa. Pareciera ser que en el mundo que nos ha tocado vivir el cambio es la única verdad constante y esta percepción genera reacciones diversas. Algunos se confunden, bloquean o deprimen.¹⁷ Otros aprenden a moverse en escenarios cambiantes. Lo interesante es reflexionar sobre cuáles son las características y reglas que estimamos óptimas para la organización social internacional.¹⁸ También es pertinente considerar que los escenarios posibles no sólo están determinados por la reflexión consciente, sino también por la multiplicidad y rapidez de las transformaciones en virtualmente todos los campos de la existencia. La revolución biotecnológica es un ejemplo muy apropiado para percibir la fuerza de realidad de la situación descrita.¹⁹

Por tanto, frente a la crisis actual de la sociedad internacional (que no de

¹⁶ Por ejemplo, algunos ya hablan que el mundo contemporáneo está viviendo la "*Pax Americana*" haciendo un paralelo con la "*Pax Romana*".

¹⁷ El libro de Stiglitz presentado en la bibliografía admite muchas lecturas y es improbable que el autor haya pensado en la mía al escribirlo, pero es un hecho que el descontento con la globalización también tiene relación con su desconocimiento o mejor aún con su deseo de no conocerla.

¹⁸ A modo de ejemplo cabe destacar a la libertaria norteamericana Virginia Postrel, que postula la superación del estado, pero sin reemplazo de otra entidad opresora. Recomiendo encarecidamente leer su texto seminal detallado en la bibliografía. Más allá de estar de acuerdo o no con sus postulados (o con todos ellos), los análisis de Postrel se encuadran perfectamente en la imagen del mundo del futuro cercano.

¹⁹ Sobre el particular, recomiendo con mucha fuerza leer el libro de Francis Fukuyama sobre biotecnología y su posible regulación. En mi opinión, éste es el libro más relevante de Fukuyama y ciertamente el más pertinente a nuestra reflexión (sin lugar a dudas más relevante que *El fin de la historia*). También es aconsejable leer el texto de Fukuyama sobre los cambios sociales (*The Great Disruption*).

su derecho, vamos) solo cabe entender que se inserta en un proceso mucho más profundo y marcador, cual es el proceso acelerado de cambios de la sociedad en la que nos ha tocado vivir. Ante esta realidad uno puede enojarse y oponerse (por ejemplo diciendo que el derecho internacional está en crisis) o puede volver la mirada y negarse a ver la realidad nueva (y por ejemplo creer que todo está bien y que todo sigue igual, el viejo, conocido, predecible, cómodo y querido "good old world") o puede, como Virginia Postrel lo hace, abrazar el nuevo mundo y el que viene con los ojos muy abiertos y la curiosidad rebosante.

Finalmente, también puede uno decir junto a Kart Popper, citado de memoria por Mario Vargas Llosa: "Sí, muchas cosas andan mal en el mundo en que vivimos, pues, adonde volvemos la mirada, advertimos motivos de zozobra e inquietud, lo que lleva a muchos a desesperar. Por favor, no lo hagan. Lo importante es recordar que, pese a todo lo mal que anda el mundo, nunca, en el largo curso de la civilización humana, desde los tiempos del garrote y la caverna, hemos estado mejor que ahora, pues nunca hemos tenido en nuestras manos tantos recursos científicos, técnicos, intelectuales, ni tantas experiencias e ideas acumuladas, para dar un combate eficaz contra los grandes males que aquejan a la humanidad: la pobreza, la enfermedad, el atraso, la injusticia".

6. Bibliografía

- Campusano, Raúl F. *The Search for World Order: The Vision of Cornelius Murphy*. Working Paper. Leiden, 1992.
- Cassese, Antonio. "Return to Westphalia? Considerations on the gradual erosion of the Charter system", in A. Cassese Ed. *The Current Legal Regulation of the Use of Force*. Dordrecht, 1986.
- Childers, Erskine. "The Future of the United Nations: the challenges of the 1990s". *Bulletin of Peace Proposals*. Vol. 21(2): 143-152 1990.
- Dallanegra Pedraza, Luis. *Hacia un Nuevo Derecho Internacional. Algunas reflexiones sobre el tema*. Website. 2002.
- Diamond, Jared. *Guns, Germs and Steel: The Fates of Human Societies*. W. W. Norton & Company Inc., New York, 1998.
- Falk, Richard. "The New Bush Doctrine", in Richard Falk and David Krieger. *The Irak Crisis and International Law: A Briefing Booklet*. Nuclear Age Peace Foundation, 2003.
- Falk, Richard. "The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of the International Legal Order", in R. Falk and Cyril E. Black Eds., *The Future of the International Legal Order*, vol 1. Princeton University Press, 1969.

- Fernández, Roberto. *La Sociedad Internacional y su Derecho*. Website, 2002.
- Fernández, Roberto. *Naturaleza del Derecho Internacional*. Website, 2002.
- Fukuyama, Francis. *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002.
- Fukuyama, Francis. *The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order*. The Free Press, Simon & Schuster Inc., New York, 1999.
- Goldsmith (Lord, Attorney General). *Legal basis for Use of Force Against Irak*, London, 2003.
- Gómez Savín, Humberto. *Derecho Internacional Público y Privado*. Universidad Abierta, Website, 2001.
- Janis, Mark W. *An Introduction to International Law*. Aspen Law & Business. Third edition, New York, 1999.
- Janis, Mark W. and John E. Noyes. *International Law: Cases and Commentary*. American Casebook Series. West Publishing Co. Saint Paul, 1997.
- Johansen, Robert. "The Elusiveness of a Humane World Community", in Richard Falk, Samuel Kim and Saul Mendlovitz. *Toward a Just World Order*. Vol. 1, Westview Press, Boulder, Colorado, 1982.
- Johnson, Paul. *A History of the American People*. Harper Perennial, New York, 1997.
- Krieger, David. "The Bush Administration's Assault on International Law", in Richard Falk and David Krieger. *The Irak Crisis and International Law: A Briefing Booklet*. Nuclear Age Peace Foundation, 2003.
- McCain, John. "La Guerra Justa por las Razones Justas". *The New York Times*. Marzo 12, 2003.
- Mogami, Toshiki. *The United Nations System as an Unfinished Revolution. Alternatives*. XV (1990), 177-197
- Murphy, Cornelius. *The Search for World Order*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht, 1985.
- Nye, Joseph S. *La Paradoja del Poder Norteamericano*. Aguilar Chilena Ediciones, Taurus, Santiago, 2003.
- Postrel, Virginia. *The Future and its Enemies: The Growing Conflict over Creativity, Enterprise and Progress*. The Free Press, New York, 1998.
- Stiglitz, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. W. W. Norton & Company Inc., New York, 2002.
- Vargas Llosa, Mario. "Ahora nos Toca a Nosotros". *El Mercurio*, domingo 18 de mayo 2003.
- Wedgwood, Ruth. "El ataque a Irak está legalmente autorizado". *Financial Times*. London. Marzo 14, 2003.

Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?

Paulina Astroza Suárez

Diplomada en Relaciones Internacionales y Política Comparada,
Master en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, BÉLGICA

Profesora de Derecho Internacional Público,
Relaciones Internacionales y Derecho Político

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN Y UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El día 1 de mayo de 2003 el Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, a bordo del portaaviones "Abraham Lincoln", dio por finalizadas las acciones bélicas en Irak, sin dar por terminada la guerra. Junto a esta decisión, el mandatario confirmó la idea expresada anteriormente, que Estados Unidos atacará, de manera preventiva, a toda aquella persona, grupo o Estado que constituya un peligro para la seguridad de su país o de sus nacionales. Ante esto cabe preguntarse: ¿Es acaso esta llamada "Doctrina Bush" o de "Guerra Preventiva" una tercera excepción a la regla del derecho internacional sobre la prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales? ¿Estamos ante el surgimiento de una nueva regla que podrá ser invocada por cualquier Estado en las mismas circunstancias de amenaza a la paz nacional? ¿Cuáles son los riesgos que importa una regla de esta naturaleza? ¿Fue ajustada a derecho esta guerra contra Irak?

1. Evolución de la regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales

El fenómeno de la guerra ha sido desde siempre un tema de preocupación internacional, sin embargo, su naturaleza, licitud y regulación han sufrido una importante evolución con el correr de los siglos. La guerra es un medio coactivo unilateral propio de la solución de los litigios interestatales, pero numerosos autores han estimado que constituye una sanción jurídica, cuyo objeto es imponer la observancia del derecho internacional.¹ San

¹ BONHDAN T. HALAJEZUK y MARÍA TERESA DEL R. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho Internacional Público*, Tercera edición actualizada, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 684.

Agustín planteó por primera vez esta hipótesis y Santo Tomás de Aquino admitió expresamente a la guerra como reacción contra la violación del derecho. Posteriormente, esta idea es desarrollada con mayor detalle por la escuela española. Así, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez son autores de la doctrina de la guerra justa. Para Vitoria la única y sola causa de hacer la guerra era la injuria recibida y ésta debía ser grave.² Por su parte, el holandés Hugo Grocio sigue las ideas de Vitoria, pero difiere de éste en el sentido de que acepta la posibilidad de la justicia de las guerras preventivas, al admitir que es también justa una guerra por injurias aún no hechas.³ Los autores positivistas se oponen a esta tesis, no obstante en el siglo XX se produce un retorno a ella, principalmente de parte de los autores iusnaturalistas⁴ y formalistas.⁵

Hasta el año 1928, en el derecho internacional se aceptaba la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, considerándosele un atributo más de la soberanía de los Estados, una facultad discrecional de éstos. Se consideraba que al ser el Príncipe soberano tenía el derecho ilimitado de declarar la guerra, cumpliendo ésta dos funciones en sí contradictorias: por una parte, servía para asegurar la ejecución del derecho a falta de un órgano internacional que asumiera esta responsabilidad. Por lo tanto, la guerra era considerada como un medio de autoprotección (*self-help*) para dar efecto a las alegaciones basadas, o pretendidamente basadas, en el derecho internacional. Como segunda función, la guerra, y esta vez a falta de un órgano legislativo internacional, adaptaba el derecho a las situaciones cambiantes, llegando a ser reconocida como un instrumento jurídicamente admisible para atacar y alterar los derechos de los Estados, independientemente de los méritos objetivos del cambio intentado.⁶ De esta manera, la guerra constituía un medio lícito para resolver las controversias internacionales, no estando limitada por norma alguna. Sin embargo, ya desde fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se inicia un proceso que intenta limitar el recurso a la fuerza en las relaciones entre los Estados. Es así como en 1899 y 1907⁷ se llevan a cabo las Conferencias de la Paz de la Haya, en que, si bien no se restringe el derecho de recurrir a la guerra, se intentó regular algunos aspectos de ella, fundamentalmente con fines humanitarios. Estos encuentros internacionales lograron prohibir el empleo

² FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones teológicas*, vol. II, edición del padre LUIS G. ALONSO GETINO, Madrid, España, 1934, p. 393.

³ MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, España, 1955, p. 315. Citado por JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, cuarta edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1992, p. 645.

⁴ Como Yves de la Brière y George Scelle, entre otros.

⁵ Como la escuela vienesa del derecho puro: Strissower y Kelsen, entre otros.

⁶ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Derecho* (ob. cit.), pp. 645-646.

⁷ También llamada Convención DRAGO-PORTER.



de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, siendo su objetivo político la paz internacional. El sistema de La Haya presenta como primer avance el hecho que de la multilateralidad restringida reservada a las solas grandes potencias del sistema de concierto vigente desde 1815, se pasa a la universalidad con la participación de pequeñas potencias en las soluciones internacionales.⁸ Por otra parte, se establecen procedimientos de solución pacífica de controversias, como la creación de una Corte Permanente de Arbitraje y se desarrolla el derecho de la guerra, estableciendo las reglas del juego y sus instituciones.

Debido a los horrores cometidos en la Primera Guerra Mundial y a las consecuencias nefastas de ésta, surge en la mentalidad de los líderes de aquella época la convicción de que no se podía seguir afirmando que la soberanía de los Estados no tenía límites. El ideal del mantenimiento de la paz presente en el espíritu de los actores políticos de la posguerra, en especial del Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, debía primar sobre la consideración de la guerra como la forma suprema de autotutela. En este punto vemos claramente cómo el paradigma idealista de las Relaciones Internacionales influyó poderosamente en la organización de las relaciones entre los Estados de la primera mitad del siglo XX, alcanzando su momento más exitoso en los acuerdos que surgieron de la Paz de Versalles, que ordenó la escena después del término de la I Guerra Mundial. El Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919 (SDN) estableció que las Altas Partes Contratantes se declarasen dispuestas en el preámbulo a aceptar ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, que se concretaron en los artículos 11 al 15. Se trató, por lo tanto, de una renuncia parcial y no total al *ius ad bellum*, puesto que los Estados quedaban en libertad de recurrir a la guerra si el Estado adversario se negaba a acatar una sentencia judicial o arbitral, o un informe del Consejo adoptado por unanimidad, entre otras situaciones. En consecuencia, lo que establecía el Pacto, pese a las intenciones de algunos, era una moratoria para el ejercicio del derecho a la guerra, sin prohibir derechamente el recurso a ésta. Así, para poder utilizar la fuerza de manera lícita era necesario previamente cumplir con ciertos requisitos y plazos.

Es en el año 1928 cuando se celebra el denominado Pacto Briand-Kellog de renuncia general a la guerra,⁹ también conocido como el Pacto de París.

⁸ La conferencia de 1899 contó con la participación de 26 Estados y la de 1907 con 46, entre ellos los países latinoamericanos.

⁹ Artículo 1 del Pacto Briand-Kellog: "Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan el que se recurra a la guerra para solucionar controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política internacional en sus relaciones entre sí". Artículo 2: "Las Altas Partes Contratantes convienen en que el arreglo o solución de toda diferencia o conflicto, cualquiera que fuere su naturaleza o su origen, que se suscitaren entre ellas, jamás procurarán buscarlo por otros medios que no sean pacíficos".

Este acuerdo fue propuesto a Estados Unidos en 1927 por Aristide Briand, Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, mediante una nota dirigida al secretario Frank Kellog. La idea francesa de compromiso político de ambos países de renunciar a la guerra como medio político fue bien recibida por Estados Unidos e, incluso, propuso éste su ampliación a otros Estados. De esta manera, la renuncia a la guerra sería general, multilateral y el pacto de renuncia sería sometido a todas las naciones. El 26 de marzo, al responder la contrapropuesta de Estados Unidos, Francia puso como condición que la renuncia a la guerra fuera de aplicación universal, que no supusiera un menoscabo a las obligaciones resultantes del pacto de la SDN, ni al ejercicio del derecho de legítima defensa, ni a la reacción necesaria ante el Estado que no respetara el pacto de renuncia. Es decir, la competencia clásica de la guerra quedaba suprimida, pero no el recurso a la fuerza en nombre de la seguridad colectiva, ni el derecho a legítima defensa que dejaba surgir, bajo la arquitectura de la seguridad, el eterno estado de naturaleza.¹⁰ El 27 de agosto de 1928, en París, los representantes de quince Estados¹¹ firman este acuerdo. Más tarde adherirán a él cincuenta y siete Estados, incluida la Unión Soviética. Sólo cinco Estados constituidos no se sumarán a esta idea, tres Estados latinoamericanos (Argentina, Bolivia y Brasil), y dos Estados de la Península Arábiga, Arabia y Yemén. Lamentablemente, pese al avance que implicaba en materia internacional en cuanto a la regulación de la fuerza en las relaciones internacionales, este tratado no pudo cumplir su objetivo y se llegó al segundo conflicto mundial. Sin embargo, al dejar de ser de la competencia de los Estados el uso de la fuerza como un atributo de su personalidad, este acuerdo supera lo establecido en el pacto de la SDN, que sólo prohibía la guerra de agresión. Este pacto es un típico ejemplo del idealismo imperante en el período de entreguerras, pero la distancia que separaba las esperanzas idealistas de la realidad internacional vivida se volvió cada día más evidente en el curso de los años '30, con la agresión de China por Japón y la creación del Estado vasallo de Manchuco en 1932; con la remilitarización de Alemania en violación al Tratado de Versalles¹² y, sobretodo, con la Segunda Guerra Mundial. Pese a las lagunas evidentes que presentaba este tratado, sirvió de base para el castigo de criminales de guerra, culpables de haber iniciado una guerra de agresión, por los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio y también por algunos tribunales internos.¹³

¹⁰ CHARLES ZORGBIBE, *Historia de las relaciones internacionales. 1. De la Europa de Bismarck hasta el final de la Segunda Guerra Mundial*. Edición y traducción de Miguel Ángel Vecino Quintana. Ed. cast. Alianza Universidad, S. A., Madrid, España, 1997, p. 451.

¹¹ Alemania, Estados Unidos, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, Polonia y Checoslovaquia.

¹² JEAN BARREA, *Théories des Relations Internationales. La grammaire des événements*, 3ª edición, Publicación del Centro de Estudios Estratégicos de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, 1994, p. 6. La traducción es nuestra.

¹³ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Derecho* (ob. cit) p. 647.

Las dos guerras mundiales provocaron un impacto muy grande en el mundo debido a los millones de víctimas de estos conflictos, los abusos cometidos, la destrucción de ciudades y pueblos, el alcance global que tuvieron, en especial la segunda de ellas, que involucró a más de setenta países. Los insospechados alcances que tuvieron ambas guerras llevaron a los Estados a crear la Organización de las Naciones Unidas, estableciendo como un principio básico de esta institución internacional el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, consagrando de manera positiva la prohibición del recurso a la fuerza. En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas las Partes Contratantes declaran su resolución a "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que por dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles".¹⁴

Dentro de los objetivos manifestados por las Partes en el artículo 1 se encuentra el aseguramiento de la paz por medio de *acciones o medidas colectivas eficaces*, es decir, a través de sanciones internacionales, si existe amenaza contra la paz, ruptura de la paz o acto de agresión. Esta idea de "medidas colectivas" se enmarca dentro de la lógica manifestada por el sistema wilsoniano de la SDN, es decir, se trata de dotar el sistema internacional de una instancia centralizada para vigilar el cumplimiento de la paz, diferente del sistema descentralizado propio del sistema de Westfalia que confiaba la seguridad o la paz al equilibrio de fuerzas entre alianzas opuestas. Se dice que deben ser "eficaces" porque se tiene el mal recuerdo de la ineficacia de las sanciones de la SDN. Esto se pretende lograr a través de las sanciones establecidas en el Capítulo VII y el poder de decisión-acción del Consejo de Seguridad (art. 24) que actúa en nombre de los Estados miembros. Las otras formas de realizar la paz son la vía diplomática y el desarme. Es por ello que se establece un sistema de solución pacífica de controversias (Capítulo VI de la Carta) y la regulación de las armas o del desarme eventual. La ONU se manifiesta partidaria de la solución por la vía de la diplomacia multilateral e institucionalizada en el seno de las organizaciones regionales, reguladas en el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas.

Además el tratado establece dentro de los principios de las Naciones Unidas, expresados en el artículo 2, dos fundamentales y a los cuales ya hemos hecho mención: en primer lugar, la prohibición no sólo de la guerra, sino que, de manera más general, del uso y amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Art. 2, párrafo 4°), ampliando de esta forma el concepto de manera importante. Dice esta norma que "los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán

¹⁴ Preámbulo Carta de las Naciones Unidas de 1945.

de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos¹⁵ de las Naciones Unidas". Es importante destacar que es en este punto que se produce un avance significativo en relación a lo establecido en el Pacto de la SDN, por cuanto, tal como lo señalamos anteriormente, ese Pacto permitía la guerra en el caso que los procedimientos de solución pacífica estuvieran agotados. En segundo lugar, se establece como contrapartida la obligación de solucionar pacíficamente las controversias internacionales creando así un sistema de seguridad colectiva en el seno de esta nueva institución que se creaba con el fin principal de mantener la paz y la seguridad internacionales. Ambos principios son considerados por la doctrina normas de carácter de *ius cogens*, es decir, normas imperativas del derecho internacional reconocidas por la comunidad internacional y que no pueden ser modificadas sino por otras normas que tengan el mismo carácter. Son reglas de carácter consuetudinario y tienen también el valor de principios generales del derecho internacional. En consecuencia, se trata de órdenes impartidas por el derecho internacional a todos los miembros de la comunidad internacional, sin excepción alguna (salvo los casos que la propia Carta determina), sea cual sea el poder nacional de los Estados, su régimen político o posición en el concierto internacional. El Capítulo VI de la Carta es el que regula este aspecto de la solución por medios pacíficos de los conflictos internacionales. El Capítulo VII, por su parte, regula la acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de ésta y los actos de agresión. La relación lógica entre ambos principios reside en el hecho que las guerras ejercen una función destinada a zanjar las diferencias. La prohibición del uso de la fuerza deja entonces una función social necesaria sin soporte obligando a buscar otra forma de llegar a una solución sin utilizar la guerra. Es por esta razón que se establece la obligación de la solución pacífica de controversias. En cuanto a esta última obligación, la Carta establece una obligación de comportamiento, es decir, ésta existe en la medida que no se llegue a un resultado, o sea, a una solución pacífica. No existe obligación de medios, porque los Estados son libres para determinar los medios jurídicos o diplomáticos puestos a su alcance. La ONU privilegia, sin embargo, los medios de las organizaciones regionales (arts. 33 y 52). La obligación de comportamiento es más que nada una simple obligación de procedimiento que será satisfecha por la utilización de estos medios, cualquiera que sea el resultado.

En consecuencia, el sistema de la Carta establece la prohibición del recurso a la fuerza (art. 2 párr. 4º) y la obligación de solución pacífica de las controversias (art. 2 párr. 3º). Sin embargo, existen situaciones excepciona-

¹⁵ La paz, la cooperación, la igualdad y el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos.

les que permiten el uso legítimo de la fuerza: la legítima defensa, sea ésta individual o colectiva (art. 51); cuando el Consejo de Seguridad lo decida (arts. 41 y 42, que lleva a la aplicación del Capítulo VII); y en el marco de la lucha anticolonial. Por razones históricas se incluye este último caso. En relación con él la Asamblea General emitió una declaración sobre el reconocimiento de la independencia de las ex colonias en 1960, lo que significó, en la práctica, dar un paso atrás al reconocer nuevamente el derecho a la guerra justa, es decir, al *ius ad bellum* prohibido por el Pacto de Briand-Kellog en 1928, que sólo autorizaba la legítima defensa. Además, existe una obligación para los Estados de asistir a la ONU en sus sanciones contra un Estado que amenaza la paz o ha cometido una agresión, y la prohibición de ayudar al Estado sancionado (Art. 2 párr. 5°).

A lo anterior debemos agregar la Declaración de Principios de 1970, que señala que “una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz” y, según la Comisión de Derecho Internacional, la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión, constituye un crimen internacional,¹⁶ que genera responsabilidad internacional. En cuanto al alcance de la expresión “fuerza”, la resolución 3.314 (XXIX) adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974, sobre la definición de la agresión, se refiere constantemente al uso de la fuerza armada, por lo que es obvio que nos estamos refiriendo a este tipo de fuerza.

2. Guerra en Irak de 2003: ¿un retroceso en el sistema de la Carta de la ONU y del derecho internacional?

Conocida ya la evolución de la reglamentación del uso de la fuerza en el derecho internacional y el sistema actual implementado por la Carta de las Naciones Unidas de 1945, pasaremos a analizar el conflicto bélico que terminó con la caída del régimen iraquí de Sadam Hussein.

Los Estados Unidos de Norteamérica, junto a una coalición de alrededor de treinta Estados, decidió comenzar el ataque unilateral contra Irak el día miércoles 19 de marzo de 2003, no habiendo recibido la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tal como lo exige el orden internacional. Luego de conocer la decisión del Presidente George W. Bush de atacar Irak sin el aval de las Naciones Unidas, no queda sino pensar en que se ha producido un retroceso en el derecho internacional. Al justificar

¹⁶ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Derecho* (ob. cit.), p. 648.

la utilización unilateral de la fuerza sin la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el derecho soberano de los Estados de asegurar la paz, se ha retrocedido décadas de avance en la regulación internacional del uso de la fuerza. La llamada Doctrina Bush o de guerra preventiva señala que Estados Unidos atacará, incluso preventivamente, no sólo a los terroristas, sino también a los Estados que los alberguen, protejan o ayuden.¹⁷ Esta doctrina estratégica adoptada por Estados Unidos viene a terminar con la anterior basada en la disuasión y que predominó en las relaciones internacionales durante el período de la Guerra Fría. Asimismo, ésta vendría a acabar con la estrategia de la contención, o también llamada Doctrina Truman.

El 1 de junio de 2002, en la academia militar de West Point, el presidente Bush había presentado esta nueva doctrina estratégica. Se trata, en realidad, de un nuevo concepto de defensa que nace como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001 y que viene a contradecir principios admitidos hasta el momento por Estados Unidos, lo que importará amplias consecuencias en la conducta de su política exterior, su organización, su comando y la doctrina de empleo de la fuerza. Habiendo cambiado las amenazas desde el punto de vista de su naturaleza y origen, la respuesta deberá cambiar también completamente.¹⁸


Asimismo, el secretario de la defensa, Donald Rumsfeld, había explicado claramente estas ideas el 31 de enero de 2003, declarando que *“la defensa de Estados Unidos requiere la prevención, la autodefensa y a veces la primera acción. Defenderse contra el terrorismo y otras amenazas emergentes del siglo XXI pueden bien exigir que se utilice la guerra en el territorio del enemigo. En ciertos casos, la sola defensa es una buena ofensiva”*.¹⁹

El Presidente Bush reafirmó estas ideas de la guerra preventiva una vez vencido el régimen iraquí. A bordo del portaaviones “A. Lincoln” expresó que *“la batalla en Iraq es una victoria en una guerra contra el terrorismo que se inició el 11 de septiembre de 2001 y que aún continúa”*... *“Cualquier persona involucrada en la comisión o planificación de ataques terroristas contra el pueblo estadounidense pasa a ser enemigo de este país y el blanco de la justicia estadounidense. Cualquier persona, organización o gobierno que apoye, proteja o refugie a los terroristas es cómplice del asesinato de personas inocentes e igualmente de los crímenes terroristas. Cualquier régimen al mar-*

¹⁷ BOB WOODWARD, *Bush at war*, citado por HERALDO MUÑOZ, *Irak, un, dos, tres*. Diario El Mercurio, domingo 20 de abril de 2003.

¹⁸ LE MONDE DIPLOMATIQUE, *Les dynamiques du désordre mondial, Ce dangereux concept de guerre préventive*, septiembre 2002, páginas 10 y 11. La traducción es nuestra.

¹⁹ LE MONDE DIPLOMATIQUE, *Les dynamiques du désordre mondial, Ce dangereux concept de guerre préventive*, septiembre 2002, páginas 10 y 11. La traducción es nuestra.



*gen de la ley que tenga vínculos con los grupos terroristas y trate de obtener o posea armas de destrucción en masa es un peligro serio para el mundo civilizado y será afrontado. Y cualquiera en el mundo, incluso el mundo árabe, que se dedique a la libertad y se sacrifique por ella cuenta con un amigo leal en los Estados Unidos de Norteamérica”.*²⁰ Por ello, la nueva doctrina afirma que *“si bien EE.UU. bregará constantemente para obtener el apoyo de la comunidad internacional, no dudaremos en actuar solos, si fuera necesario, en el ejercicio de nuestro derecho de defensa propia, con acciones preventivas contra los terroristas”.*²¹ Debemos destacar que lo anterior no se explica sino dentro del contexto del viraje de la política exterior de Estados Unidos luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001. Luego de caídas las Torres Gemelas y atacado el Pentágono, algunos analistas plantearon el cambio del mundo y de las relaciones internacionales. Ya en aquel momento sostuvimos que la historia de la humanidad no iba a cambiar por lo ocurrido ese día en el país del Norte, sino que ello vendría a acelerar un proceso de cambios que encuentran su origen en la caída del Muro de Berlín en 1989 y el desmembramiento de la Unión Soviética en 1991. Estimamos en aquella oportunidad que lo que iba a cambiar de manera significativa sería el sentimiento de seguridad de los estadounidenses y la manera de enfrentar la potencia mundial al resto del mundo. Así es como desde el 12 de septiembre de ese mismo año la Administración del Presidente Bush abandonó el aislacionismo en su relación con el exterior que había caracterizado sus primeros días de gobierno, para adoptar una posición intervencionista en los asuntos externos, especialmente en el caso del conflicto palestino-israelí. En el mismo discurso transcrito, el Presidente reconoce que la guerra en Irak se enmarca en una guerra más general contra el terrorismo y que había comenzado el 11 de septiembre de 2001.

Los fundamentos jurídicos y políticos dados por Estados Unidos para atacar Irak cambiaron constantemente desde antes del inicio de la ofensiva, algunos de los cuales resultaban claramente imposibles de verificar.

En primer lugar, se invocó la contravención por parte del régimen de Irak de las normas internacionales, más precisamente de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dictadas con ocasión de la primera Guerra del Golfo de 1991, en que se ordenaba el desarme. Se trata de 16 resoluciones de la ONU que habrían sido violadas sistemáticamente por el régimen de Sadam Hussein desde 1991. Es por esto que durante el mes de noviembre de 2002 el Consejo de Seguridad

²⁰ Discurso pronunciado el 1 de mayo de 2003. Página oficial de la Casablanca www.whitehouse.gov/news/releases/2003/05/iraq

²¹ Diario español *El Mundo*. Edición del sábado, 21 de septiembre de 2002. <http://www.elmundo.es/elmundo/2002/09/20/internacional/1032551253.html>

dictó la resolución 1441²² para conceder a Irak una última oportunidad de cumplir sus obligaciones de desarme como lo establecen las resoluciones pertinentes del Consejo; y, por consiguiente, decide establecer un régimen de inspección más amplio a fin de completar del todo y comprobar la ejecución del proceso de desarme establecido en la resolución 687 (1991) y en posteriores resoluciones del Consejo.²³

Debido a que esta resolución hace referencia a la resolución 678 (1990), que autorizaba a los Estados miembros a *emplear todos los medios necesarios* para defender y ejecutar su resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes posteriores y para restablecer la paz y la seguridad en la región, Estados Unidos y sus aliados la interpretaron en el sentido que si bien era deseable una segunda resolución del Consejo de Seguridad, no era necesaria, por cuanto la 678 ya legitimaba dicho medio. Sin embargo, desde el punto de vista político se necesitaba una nueva resolución que autorizara claramente el uso de la fuerza para legitimar la acción, sobretudo para el Primer Ministro británico Tony Blair, esto porque el líder inglés encontraba importantes resistencias al interior de su propio gobierno, partido y en la opinión pública de su país. Por nuestra parte sostenemos que en ninguna parte la resolución menciona el uso de la fuerza y no hay cláusula automática, directa o indirecta, que legitime la acción armada. Si seguimos el procedimiento establecido por la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad debía, en primer lugar, calificar la situación de amenaza, ruptura o acto de agresión, lo que no hizo en ningún momento, pues se encontraba aún esperando el informe de los inspectores de armas. Luego el Consejo disponía de una serie de medidas que podía adoptar. Según el art. 40 podía adoptar medidas de carácter provisional, como ordenar el cese del fuego, comisiones de investigación, de mediación, etc., según fuere el caso. El art. 41 lo autorizaba a recomendar o decidir medidas que no implicaran el empleo de la fuerza armada, fueran éstas de carácter económico o diplomático, como la ruptura total o parcial de las relaciones económicas, ruptura total o parcial de las comunicaciones ferroviarias, aéreas, marítimas, postales, telegráficas y por radio; ruptura de relaciones diplomáticas. Finalmente, el Consejo de Seguridad podía ordenar la ejecución de medidas de carácter militar. Pero, en nuestra opinión, de-

²² Recordando todas sus anteriores resoluciones pertinentes, en particular sus resoluciones 661 (1990) del 6 de agosto de 1990, 678 (1990) del 29 de noviembre de 1990, 686 (1991) del 2 de marzo de 1991, 687 (1991) del 3 de abril de 1991, 688 (1991) del 5 de abril de 1991, 707 (1991) del 15 de agosto de 1991, 715 (1991) del 11 de octubre de 1991, 986 (1995) del 14 de abril de 1995, y 1284 (1999) del 17 de diciembre de 1999, y todas las declaraciones pertinentes de su presidente. Recordando también su resolución 1382 (2001) del 29 de noviembre de 2001 y su intención de ejecutarla cabalmente;

²³ Resolución 1441 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de noviembre de 2002.

bido a lo excepcional del recurso de la fuerza,²⁴ éstas últimas deben ser decididas expresamente en una resolución del Consejo de Seguridad, lo que no ocurrió en este caso.

En segundo lugar y relacionado con lo anterior, Estados Unidos justificó la guerra en la presunta posesión por parte del régimen de Irak de armas de destrucción masiva que podían ser utilizadas contra ciertas poblaciones iraquíes (como había sido el caso de las armas químicas en contra de la población kurda luego del término de la guerra del Golfo de 1991), contra sus vecinos próximos o lejanos (sobretudo contra Israel) o que podrían caer en manos de grupos terroristas. Es cierto que Irak poseía dichas armas, de hecho, antes de la guerra Irak destruyó misiles Alsamouth II. Sin embargo, la ONU ya había enviado inspectores al mando de Hans Blix para verificar la existencia de estas armas y según la resolución 1441 debía esperarse el informe de esta comisión para tomar una decisión. No sólo no se esperó el informe de los inspectores, sino que a más de un mes del fin de las hostilidades aún los aliados no han demostrado la existencia de estas armas. Además, considerando los años de embargo al cual fue sometido el régimen iraquí, ¿estaría realmente capacitado para amenazar la paz de sus vecinos o de Estados Unidos?

Posteriormente Estados Unidos fijó como objetivo de guerra la caída del régimen iraquí y la captura de su líder. Reconociendo lo sanguinario, cruel, tiránico y antidemocrático del régimen de Sadam Hussein, debemos recordar que el derecho internacional no posee criterio alguno valorativo de los sistemas políticos internos. De hecho, la comunidad internacional está formada por Estados con sistemas políticos muy variados y ninguno de tales sistemas merece al derecho internacional una conceptualización superior a los demás.²⁵ No existe norma internacional que autorice a uno o más Estados arrogarse la facultad de cambiar un régimen, gobierno o sistema político por considerarlo contrario a sus propias concepciones de Estado, por muy reprobable que éste sea. Es la comunidad internacional entera, a través de la acción del Consejo de Seguridad, quien puede adoptar ciertas medidas para evitar los abusos, excesos, violaciones a los derechos humanos, amenazas que un régimen pueda importar. Éste puede hacerlo a través de la adopción de medidas claramente establecidas en la Carta de la ONU, como es el caso del embargo al que estaba sometido Irak desde 1991. Si se estimaba que esto era insuficiente, debieran haberse reforzado las medidas de presión a través de las instancias de Naciones Unidas y no haber obrado al margen de la ley internacional. Es el Consejo de Seguri-

²⁴ Recordemos que la regla es la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza, norma de carácter imperativo del derecho internacional.

²⁵ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Derecho* (ob. cit.), p. 318.

dad quien tiene la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En cuanto a la captura de Sadam Hussein, desde el punto de vista político esto se presentó siempre como un tema complejo para Estados Unidos. Ellos visualizaron tres posibles escenarios: el primero es el "escenario Mussolini", es decir, que una revuelta popular iraquí lo hubiese capturado y linchado; una segunda posibilidad era el llamado "escenario Milosevic", en que se consideraba la idea de su entrega a un tribunal internacional para que fuera juzgado por crímenes de guerra u otra causal; el tercer escenario, el más temido por Estados Unidos, era el "escenario Osama Bin Laden". Tal como se han presentado los hechos hasta el momento, al igual que el líder talibán, el paradero de Hussein aún no ha sido establecido, causando un problema político y de prestigio internacional importante para la superpotencia, por cuanto aparece como el Estado más poderoso del mundo superado por dos enemigos a los que aún no puede capturar. A lo anterior se agrega que, al no ser capturado y seguir manteniéndose la posibilidad que esté vivo, su figura se acrecienta en el imaginario colectivo de los fanáticos islamistas, reforzando sus causas de lucha contra Occidente.

En definitiva, la guerra contra Irak de 2003 es un crimen de agresión, según lo establece el derecho internacional, lo que genera responsabilidad internacional no sólo de los Estados afectados, sino también de los individuos que, de manera voluntaria y con conocimiento de causa, participan en su realización.²⁶ Así, podemos afirmar que no existe en el mundo actual ninguna norma del derecho de gentes, sea convencional o consuetudinaria, que autorice a un Estado o a un grupo de Estados a utilizar la fuerza de manera unilateral en contra de otro, ni aun bajo el pretexto de asegurar la paz internacional o de obtener el cumplimiento del mismo derecho internacional, salvo las excepciones a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza establecidas en la propia Carta de las Naciones Unidas, es decir, en el caso de legítima defensa y cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo autorice. Ninguna de estas dos situaciones se han presentado en el caso de Irak.

En cuanto a la justificación basada en la legítima defensa preventiva, debemos decir que para que proceda la legítima defensa, sea de manera individual o colectiva, según lo establece el artículo 51 de la Carta, es necesario

²⁶ En este sentido concordamos absolutamente con el llamado efectuado a las distintas autoridades mundiales de parte de más de un centenar de juristas de derecho internacional de todo el mundo en relación al uso de la fuerza contra Irak. Llamamiento que se encuentra en el website del Centre de Droit International de la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica. www.ulb.be/droit/cdi/llamamiento_iraq.html

que exista previamente una agresión armada por parte de un Estado contra otro, es decir, no se acepta bajo ningún respecto la legítima defensa preventiva. Debemos precisar que estamos en presencia de esta última cuando se utiliza la fuerza ante el temor razonable y fundado de una agresión inminente. Lo anterior fue confirmado incluso por el Consejo de Seguridad, que no aceptó la tesis de que la acción que no sea respuesta a un ataque armado constituya legítima defensa.²⁷ No pueden invocarse ni siquiera normas consuetudinarias que pretendan justificar una guerra que no responda a un ataque armado de otro Estado. Además, podemos citar lo establecido por el Tribunal de la Haya en el sentido que tanto la legítima defensa individual como la colectiva "no puede ser ejercida más que si el Estado interesado ha sido víctima de un ataque armado".²⁸ El fundamento que inspira esta institución es el dar la posibilidad a un Estado de defenderse utilizando la fuerza cuando está siendo víctima de una agresión armada por parte de otro Estado. Lo anterior, según la lógica de la Carta, se autoriza hasta tanto que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 51). Por lo tanto, se trata de una autorización provisional del ejercicio de este derecho. Otro requisito de la legítima defensa es que la respuesta al ataque sea inmediata y proporcional al ataque recibido, lo que evidentemente no se cumple en el caso en comento, por cuanto nunca hubo un ataque armado por parte del régimen de Sadam Hussein. En el caso en análisis, Irak no emprendió ninguna acción bélica en contra de Estados Unidos, Gran Bretaña u otro país vecino. La vinculación hecha por Estados Unidos entre el movimiento terrorista AlQaeda, supuesto autor de los ataques de septiembre de 2001, y el régimen de Irak no sólo no ha sido probada, sino que es improbable, por cuanto ambos líderes representan movimientos antagónicos y enemigos. Debemos recordar que en el caso de la Guerra del Golfo de 1991 Irak había invadido y anexado por medio de la fuerza a Kuwait, Estado independiente y vecino de Irak, lo que constituía claramente una violación al derecho internacional.²⁹ En esa oportunidad el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó una resolución donde decidía la utilización de la fuerza según las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta con la finalidad de poner fin a dicha violación, es decir, hasta terminar la anexión forzada de un país independiente. En este sentido, el anterior conflicto militar en el Golfo Pérsico contó con una triple legitimidad: por una parte legal, por cuanto la resolu-

²⁷ G. FISCHER, *Le bombardement par Israël d'un reacteur nucléaire irakien*, en *Annuaire Français de Droit International*, 1982, pp. 147 y siguientes.

²⁸ *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra Estados Unidos de América*, CIJ, Recueil, 1986, p. 103.

²⁹ Irak, desde 1961, luego de la independencia de Kuwait, reivindica este territorio como una de sus provincias.

ción 678 del 29 de noviembre de 1990 del Consejo de Seguridad lo autorizó expresamente. En segundo lugar, una legitimidad occidental, puesto que se obtuvo la participación de contingentes británicos, franceses, italianos, estadounidenses, y, en tercer lugar, una legitimidad árabe, con la movilización tanto de regímenes moderados, pro occidentales, como de Siria, uno de los voceros del nacionalismo árabe. En aquella oportunidad Hussein sólo recibió el apoyo de Libia y de la OLP.³⁰

Tal como lo señalamos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según el sistema de la Carta, es quien tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales. Sólo él puede ordenar la utilización de la fuerza, siendo necesario para ello el voto favorable de nueve de los quince miembros, dentro de los cuales deben necesariamente estar los cinco Estados permanentes.³¹ En el caso en cuestión, al no haber logrado el consenso necesario para votar favorablemente una resolución que ordenara el ataque contra Irak, Estados Unidos retiró el proyecto de resolución presentado junto a Gran Bretaña y España, prescindiendo ilegalmente de esta autorización y adoptando la decisión de atacar sin el aval de las Naciones Unidas. Al respecto debemos hacer notar que se ha afirmado que luego de la caída de la Unión Soviética y de los socialismos reales de los países del este europeo, Estados Unidos se ha transformado en la hiperpotencia mundial desde el punto de vista militar, político y económico, pudiendo imponer su voluntad sin contrapeso. Sin embargo, pese a que compartimos la afirmación que Estados Unidos es la superpotencia militar, creemos que desde el punto de vista político y económico nos encontramos más que en un mundo unipolar, en un sistema multipolar en el que existen contrapesos más o menos fuertes a los Estados Unidos. Es así como, pese al innegable poder estadounidense, éste no pudo obtener los votos favorables necesarios para hacer adoptar una resolución en el Consejo de Seguridad. Dentro de los cinco miembros permanentes, tres de ellos se opusieron a una resolución de tal carácter: Francia, Rusia y China. Por su parte, los países no permanentes también estuvieron divididos: los países latinoamericanos, Chile y México, tampoco dieron su apoyo a la utilización de la fuerza contra Irak, tal como lo pedía Estados Unidos. Lo anterior no deja de ser menor si tomamos en cuenta los lazos de ambos Estados con la potencia del Norte. México es parte del NAFTA y Chile se encontraba finalizando un complejo proceso de negociaciones de doce años destinado a obtener un acuerdo de libre comercio. Países como Bulgaria y España se manifestaron partidarios de la adopción de la fuerza. Otros Estados miembros no permanentes, sin embargo, optaron por una

³⁰ PHILIPPE MOREAU DEFARGES, *Relations Internationales. 1. Questions régionales*. Tercera edición, Éditions du Seuil, París, Francia, 1997, p.144. La traducción es nuestra.

³¹ Estados Unidos, Rusia, Gran Bretaña, Francia y China.

posición diferente, principalmente los países africanos. Ninguna norma internacional autoriza a Estados Unidos y sus aliados a pasar por sobre el Consejo de Seguridad. Ellos tenían y tienen la obligación de solucionar pacíficamente las controversias con Irak y someterse a los mecanismos colectivos establecidos que se encuentran a disposición del Consejo de Seguridad. En consecuencia, y siguiendo el planteamiento del profesor uruguayo Jiménez de Aréchaga, todo uso de la fuerza, salvo en legítima defensa, es incompatible con el propósito fundamental de las Naciones Unidas y, por tanto, prohibido en el artículo 2, párrafo 4º.³²

3. Conclusiones

En atención a todo lo anteriormente expuesto, estimamos que la guerra en Irak viene, desde el punto de vista político, a reafirmar la nueva estrategia de seguridad de la administración Bush en sus relaciones con el exterior. Es la aplicación del principio manifestado por el Presidente estadounidense al señalar que “o se está con Estados Unidos o se está contra él”. El golpe recibido por la superpotencia el 11 de septiembre de 2001 caló hondo en el sentimiento americano, afectando lo más íntimo de la nación del norte: su convicción de estar fuera del alcance de los ataques externos en su territorio. Se dieron cuenta que el hecho de estar protegidos por dos grandes océanos y limitar al norte y al sur con dos naciones amigas ligadas a través del NAFTA; de ser la potencia militar, económica y política del mundo, no era suficiente. El sentimiento de vulnerabilidad y de miedo que afecta a los estadounidenses determina su política exterior, la que, por su acción en Irak, ha venido a debilitar el derecho internacional y el accionar de organismos como las Naciones Unidas y sus agencias especializadas y la OTAN. Durante todo el conflicto, Estados Unidos manifestó abiertamente su intención de relegar a un rol eminentemente humanitario a las Naciones Unidas, restándole un rol político determinante en la reconstrucción de Irak. Sin embargo, pese a lo golpeada que ha resultado la ONU y a las intenciones expresadas por autoridades estadounidenses, ésta ha logrado, en alguna medida, hacerse presente en el concierto internacional.

Tal como lo señalamos, pese al poder de Estados Unidos, la mayoría de los países miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la ONU en general se manifestaron contra la guerra, en nombre de la defensa de principios reconocidos por el derecho internacional y universalmente válidos. Para Estados Unidos y sus aliados, especialmente España y el Reino Unido, es fundamental seguir contando con el respaldo de la ONU

³² EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 113.

para la gestión de crisis internacionales. Estados Unidos sabe que existen conflictos que solo no puede enfrentar y que es necesario que se regulen a través o con apoyo de las instancias internacionales. El conflicto entre Pakistán e India por Cachemira, las amenazas nucleares de Corea del Norte contra Japón o Corea del Sur, el conflicto palestino-israelí y el mismo caso del terrorismo internacional, el narcotráfico, los problemas de la inmigración ilegal, no serán resueltos si no se recurre a la cooperación internacional y a la vía multilateral.

Si bien se ha atentado contra una de las bases fundamentales del derecho internacional contemporáneo, como lo es la regulación de la fuerza en las relaciones internacionales, no por esto podemos afirmar que haya muerto o esté en vías de extinción. El derecho internacional, entendido como el conjunto de reglas y principios que regulan las relaciones de los sujetos de derecho internacional, principalmente de los Estados, sigue absolutamente vigente y es respetado por los países. Él regula nuestras fronteras y nuestras relaciones comerciales con el exterior; reglamenta nuestros mares y otros espacios físicos; ha logrado que los ordenamientos internos protejan adecuadamente en muchos casos los derechos fundamentales de las personas, entre otros muchos aspectos más. En cuanto a la ONU, ésta también ha resultado afectada y demostró su ineficacia en la regulación de crisis internacionales cuando se opone a la voluntad de Estados Unidos, pero debemos recordar que no es la primera vez que esto ocurre. Muchos conflictos internacionales se han gestionado dejando fuera de la solución a esta organización internacional. Así fue el caso de la guerra en Indochina, la crisis de Berlín o el mismo caso de la guerra de Kosovo en 1999, en que la UE y la OTAN intervinieron, sin que el Consejo de Seguridad haya autorizado dicha utilización de la fuerza. Frente a esto debemos decir que, como organización intergubernamental que es, no es más que lo que los propios Estados quieren que sea. Al no tratarse de una organización supranacional, la ONU se encuentra limitada a la voluntad de los Estados. Pese a lo anterior, se trata del esfuerzo mayor de consenso internacional que existe y que, pese a sus limitaciones evidentes, cumple funciones importantes que no siempre se le reconocen. El problema mayor de esta organización, al igual que lo que ocurre con la OTAN, es que se encuentra alejada de la realidad en cuanto a su estructura. Como institución que es, ésta fue creada para cumplir con una función social internacional determinada por el momento histórico en que nació. Ella responde a la lógica del período de posguerra de 1945. Pero estamos en el año 2003 y el mundo ha cambiado: los países vencidos de la Segunda Guerra Mundial se han insertado en el concierto internacional (Japón y Alemania); la Unión Soviética ya no existe y su continuadora, Rusia, no es la superpotencia que fue la U.R.S.S.; Estados Unidos se ha fortalecido desde todo punto de vista luego del tér-

mino del sistema bipolar; muchos Estados han surgido luego del período de descolonización, etc. Hoy el Consejo de Seguridad y sus cinco miembros permanentes no responden a la actual arquitectura mundial y, por lo tanto, se ven absolutamente superados por las circunstancias internacionales. Lo mismo podemos decir de la OTAN. Cuando se creó en 1949 se hizo respondiendo a la necesidad de seguridad colectiva occidental frente a la amenaza del bloque soviético y cuyo enemigo se encontraba al otro lado de la cortina de hierro. Sin embargo, luego de la disolución de la Unión Soviética y del término del Pacto de Varsovia, su objetivo primordial ya no existe. Además, esta organización ha ido incluyendo miembros que formaron parte del antiguo Pacto de Varsovia, llegando a celebrar un tratado de asociación con la misma Rusia. Evidentemente al cambiar los fundamentos que llevaron a su creación, ella se debe adaptar a estos cambios. Pero lo anterior no será posible, ni en el caso de la ONU ni de la OTAN, en la medida que los Estados, sobre todo los más poderosos, no lo deseen.

Aceptar la doctrina Bush implicaría reconocer una tercera excepción a la prohibición del recurso de la fuerza, excepción que se encontraría sin consagración positiva en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, los riesgos claros y la falta de fundamento que presenta la aceptación de la tesis americana de la guerra preventiva nos llevan a rechazarla con fuerza. No sólo porque podría ser utilizada por Estados Unidos contra todo Estado, grupo o persona que presente un peligro para los intereses estadounidenses (como sería el caso de los países del "Eje del Mal", sobre todo Corea del Norte e Irán), sino porque en base a ese principio cualquier país que se viera amenazado en sus intereses por otro Estado, principalmente vecinos, podría utilizar legítimamente la fuerza de manera unilateral, lo que nos llevaría a un estado de naturaleza internacional en que la principal preocupación sería la seguridad, impidiendo el desarrollo de las relaciones internacionales en otros ámbitos. Si bien las normas del derecho internacional regulan el "deber ser" de la sociedad internacional, el poder de la fuerza, sea ésta militar, económica o política, puede a veces contrariar estas normas. Pero el "ser" de la vida internacional no puede determinar la justicia o injusticia de los actos pues, de lo contrario, la ley del más fuerte se impondría, perdiendo en absoluto vigencia los principios y valores que deben regir nuestra convivencia internacional.

La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional



Fernando Gamboa Serazzi

Profesor de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A través de mis clases en diversas universidades chilenas he sostenido ante mis alumnos que el ataque angloamericano a Irak constituyó una flagrante violación del derecho internacional.

Constato con tristeza que la actividad de dos potencias permanentes del Consejo de Seguridad, como son EE.UU. y el Reino Unido, ambas naciones que dieron origen a un nuevo orden en el mundo después de la 2ª Guerra Mundial, contribuyendo con sus ideas, su dinero y su ánimo de paz y seguridad a crear la organización de Naciones Unidas, hayan procedido a violar los principios que ellos mismos contribuyeron a incluir en la Carta de la nueva organización.

Antes de entrar a analizar la violación misma del derecho, deseo hacer algunas consideraciones que han sido las causantes de esta actitud angloamericana.

Después del término de la Guerra Fría, los EE.UU. quedaron como la única potencia capaz de imponer sin contrapeso su voluntad a nivel mundial. El imperio comunista había caído de improviso y la amenaza que constituyó desde 1946 al mundo occidental democrático se había desvanecido con una rapidez que jamás los estrategas y politólogos pudieron pensar.

El equilibrio nuclear entre las grandes potencias, que mantuvo en cierto modo el terror a iniciar una Tercera Guerra Mundial durante la segunda mitad del siglo XX, dio paso a un poder sin contrapeso de los Estados Unidos.

Algunos ingenuos creyeron que con ellos el mundo occidental y capitalista consolidaría para mucho tiempo el sistema de vida preconizado por los EE.UU. y otras potencias de Occidente, a las cuales debían agregarse las naciones que formaron parte de la antigua Unión Soviética, sus satélites y la propia Rusia, regida ahora por un hombre fuerte como Putin, pero que necesita como nunca del apoyo occidental.

La paz mundial, fuera de las guerras locales, que jamás se han terminado, se ha visto amenazada por un fenómeno que nunca existió con la magnitud de ahora. Me refiero al terrorismo de Estado dirigido por algunos gobiernos, generalmente encabezados por dictadores, pero también por organizaciones de carácter terrorista destinadas a combatir el sistema occidental democrático o cualquier orden que no permita el desarrollo de sus actividades.

El terrorismo vasco desatado por la ETA en España: las acciones terroristas de grupos guerrilleros, como las FARC en Colombia, Sendero Luminoso en Perú; el Ira en Irlanda del Norte, etc., han constituido elementos peligrosos y desestabilizadores en diversas regiones del mundo. Sin embargo, el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington, cometido por el grupo terrorista Al Qaeda, dirigido por el aristócrata saudita Osama Bin Laden, que utilizando como armas suicidas aviones comerciales americanos, con la muerte de varios miles de inocentes ciudadanos, produjo terror e indignación no sólo en los Estados Unidos, sino en el mundo entero.

En atención a esta barbarie, se produjo en el seno del gobierno americano una política que no siempre había contado con el apoyo de los gobiernos del Partido Republicano en Washington. El Presidente George W. Bush, con el apoyo mayoritario del pueblo americano, adoptó una política de Estado consistente en atacar a las sectas terroristas dondequiera se encontraran, y amenazó con atacar además a todas aquellas naciones que les dieran apoyo, ya sea con armas, dinero o permitiendo que estos grupos, varios de ellos suicidas, se internaran en sus territorios. Los llamó el Eje del Mal, e incluyó en esta denominación a Afganistán, Irak, Irán, Corea del Norte, Siria y Libia.

El primero en sucumbir ante el castigo fue Afganistán, en esos días gobernado por un grupo llamado Los Talibanes, los cuales habían dado refugio y preparación a los miembros de Al Qaeda. Una violenta invasión americana, que contó con el apoyo, más que material, de algunas naciones, arrasó con ese pobre país, tremendamente dividido por diversos grupos y tribus, pero que en ese momento sufría el predominio talibán.

Si bien la derrota afgana permitió a los EE.UU. creer que su triunfo ayudaba a extirpar a los grupos terroristas, no pudo ser ubicado hasta ahora el hombre más buscado, que era Bin Laden, uno de sus máximos colaboradores.

Allí la desesperación norteamericana buscó continuar su lucha antiterrorista y encontró que la vía más próxima debería ser la eliminación del régimen de Sadam Hussein en Bagdad, a quien acusaba de apoyar y recibir en su

territorio a grupos terroristas de Al Qaeda, construir armas no convencionales y especialmente armas químicas para guerras o acciones terroristas de agresión no sólo a los EE.UU., sino a otras naciones de Occidente y del propio mundo árabe, Israel incluido.

En un principio EE.UU. creyó que contaría con el apoyo de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y creyó además no tener problemas para convencer a las naciones no permanentes, como México y Chile, que sustentaran su petición de atacar a Irak.

Ya el padre del actual mandatario americano había en 1990 liderado el ataque a Irak a raíz de la invasión de este último a su vecina Kuwait. En esa oportunidad, EE.UU. y sus aliados, entre los que se contaban Gran Bretaña, Francia, Italia, Arabia Saudita y otras naciones, actuaron con la autorización del Consejo de Seguridad, el cual se apoyó en el capítulo 7° de la Carta de Naciones Unidas, arts. 42 y siguientes, para castigar (guerra sanción) al invasor iraquí. En estas circunstancias la acción americana y de sus aliados, bajo la bandera de Naciones Unidas, logró expulsar de territorio kuwaití a las fuerzas invasoras, para continuar luego con la invasión del propio Irak para derrotar a las fuerzas de Sadam Hussein.

Quizás por un error de apreciación, los líderes del Pentágono decidieron no derribar el régimen del dictador iraquí, pensando en que manteniéndolo en el poder, se tendría un factor de equilibrio con la amenaza de un Irán sometido a la dictadura de los ayatolas, que constituía un peligro desestabilizador para el Medio Oriente.

A la larga, constituyó un error, porque en ese momento los EE.UU. estaban actuando bajo el mandato de Naciones Unidas. Se habría evitado con ello la matanza genocida de más de 200.000 iraquíes chiítas del sur de Irak, que creyeron tener el apoyo inglés una vez finalizada la guerra.

Ahora, en marzo de 2003, cuando EE.UU. decidió atacar a Irak para destruir su régimen, lo primero que hizo fue buscar el apoyo del Consejo de Seguridad.

Se basó en que Irak seguía constituyendo un peligro para la paz y que las inspecciones de científicos enviados por Naciones Unidas podrían demostrar que Irak había seguido desarrollando armas no convencionales, posiblemente algunas de carácter nuclear, y además las biológicas para atacar a sus enemigos. De las nucleares existían dudas, pero de las biológicas estaban las pruebas de su uso contra Irán y luego contra los chiítas del sur iraquí y de los kurdos en el norte de su propio país.

Debemos recordar que la fabricación de armas nucleares fue interrumpida por el ataque sorpresivo y en violación de la Carta de Naciones Unidas, en su artículo 5, que hizo Israel en 1981, destruyendo los lugares de fabricación de un arma nuclear que sería seguramente empleada contra el propio Israel.

La acción israelita en esa oportunidad violó el art. 51 de la Carta, que sólo permite la legítima defensa después de un ataque de agresión sin tomar siquiera la medida adecuada, esto es, contar con el apoyo del Consejo de Seguridad.

Respecto a las armas químicas, las primeras usadas por Irak tenían su origen en ventas hechas por naciones occidentales para que se defendiera de Irán. Luego, haría fabricación propia con la asesoría de científicos extranjeros, especialmente europeos.

Diversas resoluciones del Consejo de Seguridad desde 1991, entre las que cabe contar la 661, 678, 686, 687, 688, 707, 715, 986, 1284, como asimismo la Resolución 1382, de 29 de noviembre de 2001, instaban a Irak a destruir las armas de destrucción masiva y misiles de gran alcance, por constituir una amenaza a la paz.

A raíz de ellas, el Consejo de Seguridad, comprobando el incumplimiento por parte de Irak de las exigencias que le fueron hechas, aprobó la Resolución 1441, el 8 de noviembre de 2002, y apoyándose en el capítulo VII de la Carta determinó que Irak incumplía sus resoluciones y obligó a Irak a proporcionar a los órganos especiales creados por el Consejo para el problema iraquí, la UNMOVI y el propio OIEA, en un plazo de 30 días, una declaración exacta, cabal y completa de todos los aspectos de sus programas para el desarrollo de armas químicas, biológicas y nucleares, misiles balísticos y otros sistemas vectores, como vehículos aéreos no tripulados y sistemas de dispersión diseñados para ser utilizados en aeronaves, incluidas todas las existencias y ubicaciones y la labor de sus instalaciones de investigación, desarrollo y producción, así como de todos los demás programas químicos, biológicos y nucleares, incluidos aquellos que, según afirme, obedecen a fines no relacionados con material para armamentos o la producción de armamentos.

Entre las otras decisiones contenidas en esta resolución estaba el que tanto la UNMOVI y el OIEA, que por su expulsión de Irak no habían proseguido en la búsqueda de las armas antedichas y verificado su destrucción, deberían nuevamente reiniciar sus actividades en territorio iraquí, pudiendo en-

trar y salir, entrevistar científicos, tener facilidades de acceso a lugares sospechosos y tener el apoyo de colaboraciones de las autoridades de Irak para el cumplimiento de sus obligaciones.

Irak aceptó esta iniciativa resuelta por el Consejo de Seguridad. El grupo fue presidido por el inspector Hans Blink. Debemos recordar que pese al arduo trabajo realizado no se pudieron encontrar las armas que EE.UU. decía que poseía Irak, pero sí pudieron verificar que algunos misiles de alcance mayor a los 150 km habrían sido destruidos

Los investigadores alegaron la cortedad del tiempo para realizar su misión.

En vista de que el informe provisorio de los inspectores no satisfizo a los EE.UU., esta potencia junto al Reino Unido pretendieron que el Consejo de Seguridad aprobara una resolución que les autorizaba para atacar Irak, por el peligro que esta nación constituía para la paz internacional.

En las gestiones cabe destacar el rechazo de Francia, Rusia y China a aprobar dicha nueva resolución. Junto a estas grandes potencias se agregaba la negativa también de Alemania, que junto a naciones como Chile y México tampoco estaban por aprobarla en el Consejo

El veto de cualquiera de las Grandes Potencias y el que el quórum de 9 votos no se alcanzara por la votación de miembros no permanentes, como Chile, México y otros, indignó al Gobierno americano. El Primer Ministro británico Blair intentó buscar una fórmula de mayor plazo. Fórmula parecida presentó el gobierno chileno.

En vista de lo anterior, el Presidente Bush, apoyado por Tony Blair, decidió entonces invocar la propia Resolución 1441 y no presentar una nueva autorizándolos a atacar, en vista del posible veto en el Consejo.

Para EE.UU. tenía gran valor la advertencia contenida en la aludida resolución, que decía "Recuerda, en ese contexto, que ha advertido reiteradamente a Irak que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se **expondrá a graves consecuencias**".

El ataque angloamericano vino a fines de marzo de 2003 y ya sabemos su resultado. En un plazo menor al pensado por algunos y mayor para otros, en una destrucción violenta y masiva de sus ciudades, el régimen de Sadam Hussein fue derrotado, pero la desaparición del líder y

varios de sus secuaces ha quedado en la incógnita, al igual que la desaparición de Osama Bin Laden.

¿Cómo calificar la acción norteamericana e inglesa?

Desde luego, queda confirmado que ambas potencias no se adecuaron a lo que decidiera el Consejo de Seguridad. Por tanto, no se cumplió con lo establecido en el capítulo VII de la Carta. No hubo un mandato del Consejo para constituir un ejército de Naciones Unidas para castigar a Irak.

Fue violado además, en especial, el artículo 51 de la Carta, el cual sólo acepta la legítima defensa en caso de agresión. Aquí no hubo agresión iraquí. La actitud angloamericana se transformó así en una agresión de ellos a Irak, conforme a las disposiciones vigentes de la Carta.

EE.UU. no tuvo la paciencia de esperar una ampliación del plazo a los inspectores, alegando que el cambio climático ya comenzaba a afectar la acción militar en el terreno.

Si hubiera aceptado la ampliación, y viendo las demás potencias que Irak no demostraba en forma fehaciente que había destruido las armas prohibidas, podría haberse obtenido una resolución unánime, o a lo mejor con el quórum requerido, que no hubiera desatado una guerra tan sangrienta y destructiva como la que causaron ambas potencias con su intervención. Incluso cabía la posibilidad de que con una inspección más prolija y profunda, se hubiesen encontrado los lugares y las armas denunciados, con lo cual las demás naciones del Consejo habrían apoyado la petición angloamericana.

EE.UU. enarboló, en su defensa jurídica, una interpretación del principio de legítima defensa. Argumentó que aquí procedía la "legítima defensa preventiva", parecida o igual a la que alegó Israel, sin sanción, en 1981.

Esta tesis resulta peligrosa, ya que de ser aceptada, contradice el espíritu y la letra del artículo 51 de la Carta. Peligrosa, además, porque puede ser aprovechada por cualquier nación para quebrantar la paz, argumentando un peligro de agresión. Este peligro lo puede contrarrestar el Consejo.

La defensa angloamericana, fuera de apoyarse en la Resolución 1441, ha pretendido apoyarse además en las Resoluciones 1368 y 1373 de 2001, de las cuales desprenden que todo Estado que se vea en la necesidad de atacar el terrorismo queda autorizado por ellas, incluso actuando preventivamente antes del ataque (agresión).



A mi juicio, pese a que esas resoluciones establecen que los actos terroristas, como el de las Torres Gemelas, "constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales", no establecen expresamente una autorización para realizar un acto de agresión contra un Estado presuntamente culpable o cómplice. Para ello, y conforme al artículo 51 de la Carta, debe previamente haberse producido un acto de agresión del presunto Estado terrorista y será el Consejo quien dictará las medidas pertinentes, las cuales conforme al capítulo VII de la propia Carta autorizan solo a Naciones Unidas para una guerra sanción. La legítima defensa proclamada en el artículo aludido sólo permite actuar al agredido hasta cuando el Consejo decide tomar las medidas de sanción.

En efecto, el artículo 51 establece: "ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, **en caso de ataque armado** contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán de manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

¿En qué situación ha quedado el prestigio de Naciones Unidas con esta violación de EE.UU. y el Reino Unido al capítulo VII de la Carta?

Para algunos, el derecho internacional ha demostrado su debilidad e incluso creen ver en el ataque a Irak el nacimiento de un nuevo orden internacional, en el cual el rol de los EE.UU. aparece como el de un imperio de carácter mundial.

Quizás mucha razón tienen los que así piensan. Los intereses políticos han superado los principios emanados de un derecho positivo. No obstante, debemos reconocer que el costo, especialmente para los EE.UU. y los gobiernos que lo apoyaron, ha sido bastante caro. La opinión pública mundial ha reaccionado negativamente, incluso gran parte de sus propios ciudadanos.

Se ha despertado más temor y rabia contra EE.UU. que simpatía por haber destruido la nefasta dictadura de Sadam Hussein.

Sin embargo, los intereses políticos y económicos también ejercen su influencia. Aquellos que se atrevieron a negarse a apoyar a los EE.UU. en el

Consejo de Seguridad están ahora en la etapa de buscar entendimientos con el régimen del presidente Bush, el cual ha manifestado su malestar por no haber encontrado el apoyo de quienes creía serían sus fieles aliados, entre ellos nuestro país y México.

Más aún, el Consejo de Seguridad, el 22 de mayo del presente año, ha aprobado la Resolución 1480 por unanimidad, en la cual este organismo ha accedido a cooperar con las potencias ocupantes de Irak para vigilar el cumplimiento del uso del petróleo y la reconstrucción del país, pasando por la constitución de un régimen iraquí aceptable para Naciones Unidas, esto es, respetuoso de los principios que deben regir a la comunidad internacional.

Finalmente, ¿en qué queda el ejemplo de EE.UU. y el Reino Unido para respetar el orden internacional aprobado por la Carta de Naciones Unidas? Es de esperar que el mundo no se vea en el futuro ante un enfrentamiento de civilizaciones o ante un cambio violento del actual orden impuesto a la fuerza después de la guerra contra Irak. Asimismo, es de esperar que un terrorismo a gran escala no derrumbe el sistema económico occidental.

Una modificación de la Carta de Naciones Unidas, como pretenden algunas naciones para afrontar la nueva situación internacional, cambiando la composición del Consejo de Seguridad, ampliando la representación de los Miembros Permanentes a otros grandes Estados, como la India, Brasil, Alemania o Italia y Japón o España; el término del derecho a veto de las Potencias Permanentes, o cualquier modificación de este estilo, en nada favorecería un mejor funcionamiento de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Tenemos que tomar conciencia de que la crisis en Irak no significa el término del derecho internacional. Históricamente, crisis como la actual ya las ha vivido la humanidad, y mucho más graves. Ello sólo ha significado cambios en las reglas del juego, pero el mundo necesita la existencia del derecho, caso contrario, viviríamos en el caos permanentemente.

España y el Segundo Conflicto del Golfo

Eugenio Pérez de Francisco

Profesor Titular de Derecho Internacional
UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

I

El día de San José, había llegado el momento. Los primeros misiles lanzados por las fuerzas norteamericanas surcaban distintas rutas, camino de sus objetivos previamente asignados, por todo el territorio iraquí. A nadie le cogió por sorpresa; la ofensiva estaba anunciada y los idus de marzo volvían a ser una fecha que haría parar el aliento a la humanidad, por lo menos a aquella parte que tiene televisión.

Pero esta vez habría menos similitudes de las que se esperaban respecto del conflicto habido doce años antes: no hubo una fuerte ofensiva de destrucción de objetivos en tierra por la aviación, ni una fuerte barrera de artillería, ni Turquía había permitido el despliegue de tropas norteamericanas desde su territorio, ni se había podido formar una coalición internacional de casi cincuenta países, sino de cinco, ni había unanimidad en la Unión Europea (UE) ante el conflicto, ni tampoco en las Naciones Unidas, ni había armas químicas, ni siquiera era demasiado útil la televisión para seguir el conflicto, ante la censura de imágenes... La verdad es que en común sólo había un objetivo: Iraq, representado en el régimen baaz.

Por parte de los atacantes, nuevamente la "caballería" norteamericana era desplegada en el desierto, junto con las "ratas del desierto" británicas, habituales compinches en estas lides; militarmente eran los de siempre, pero, en el campo del apoyo político y diplomático, España saltó al ruedo internacional como aliado incondicional de la coalición. ¿Qué movió al gobierno de España a dar ese paso? Pensemos en la gravedad de la decisión per se y en las consecuencias que podría traer: el Partido Popular, gobernando con mayoría absoluta, pasaba por momentos de escaso apoyo social, más bien, en caída libre desde nueve meses antes y con los inciertos resultados de unas elecciones locales y autonómicas previstas para mayo. El gobierno tuvo que lidiar el incidente de la Isla del Perejil, al que luego aludiré; en noviembre, el hundimiento del petrolero "Prestige", que derramó 50.000 toneladas de *fuel* pesado en las costas de Galicia, y para terminar, el apoyo a los Estados Unidos en un conflicto en el que más del 80% de la población española estaba en contra de la intervención militar en Iraq.

II

Las razones, por más profundas que sean, del alineamiento político de Aznar con las tesis norteamericanas, desde mi punto de vista, y entre otras, son las siguientes:

1. El conflicto de Perejil

Cuando en julio del 2002, de forma sorpresiva, un grupo de militares marroquíes tomaron un peñón despoblado, con una extensión superficial de un campo de fútbol y situado en el Estrecho de Gibraltar, de innegable soberanía española, pero a sólo doscientos metros de la costa marroquí, España en su conjunto palideció.¹ De ahí que la prudencia imperara y que

¹ Los hechos fueron los siguientes. En la tarde del 10 de julio, un grupo compuesto por once gendarmes marroquíes al mando de un comandante desembarcaron en la impropriadamente conocida como Isla del Perejil, islote situado en el norte de Marruecos, con una extensión similar a la de un campo de fútbol y a doscientos metros de su costa. Tras su arribada y una vez que izaron dos banderas marroquíes en unos improvisados mástiles, se acomodaron lo mejor que pudieron, en una destartalada tienda de campaña, según hemos podido ver gracias a los reporteros gráficos. Una patrullera de la Guardia Civil, tras percatarse en el islote de las fuerzas alaitas, se aproximó y les requirió para que abandonaran el lugar de forma inmediata, a cuyo ruego, evidentemente, no atendieron. Al momento llegaron como refuerzo un par de patrulleras de la Armada española, que se limitaron a la mera observación de los gendarmes marroquíes. Aunque es cierto que el peñón perteneció a Portugal hasta la unificación con la Corona de Castilla, tras su separación en 1668, dicho territorio como la ciudad de Ceuta continuaron en poder de ésta. Hay numerosos documentos a lo largo de la historia que prueban la soberanía de España sobre la roca, aunque la presencia militar española cesó a mediados de la década de los sesenta, sin perjuicio de que España ha continuado ejerciendo el control en la zona para la prevención del narcotráfico y la inmigración ilegal. Tan pronto como la noticia de la ocupación marroquí llegó al Gobierno español, éste publicó una nota de prensa y una nota verbal a la embajada marroquí en Madrid en la que se rechazaba la actuación del país vecino. Ante la protesta española, desde el gobierno marroquí se justificó la actuación no en base a una reclamación territorial (entiéndase de soberanía), sino para instalar un puesto de vigilancia para la represión de la inmigración ilegal y el terrorismo. Junto a estas acciones diplomáticas, España envió una fragata de última generación, al tiempo que hizo los contactos con la Unión Europea y la OTAN para evitar la política marroquí de los hechos consumados. Ante la falta de solución, España envió más unidades navales a la zona, mientras que la diplomacia marroquí intentaba encontrar apoyos entre países árabes, justificando su actuación como una acción en contra del colonialismo europeo. En la madrugada del 17 de julio (una vez que había sido informado, al menos por la parte española, el Secretario de Estado norteamericano Powell), un grupo de operaciones especiales del Ejército de Tierra y de la Legión iniciaba la operación Romeo-Sierra a las 6.15 horas. Los soldados marroquíes son requeridos para que depongan las armas y no ofrezcan resistencia. La toma de la isla se produce sin lucha tres minutos después del inicio de la operación y se iza la bandera española. Tomada la posición, inmediatamente fueron reemplazados por fuerzas del Tercio Duque de Alba, II de la Legión y los prisioneros, entregados a miembros de la Guardia Civil destacados en Ceuta, que tras servirles el desayuno y ofrecerles asistencia sanitaria, fueron entregados a Marruecos (junto con sus armas reglamentarias) en la frontera, todo ello cumpliendo, aunque no se haya dicho, las previsiones de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I relativos al Derecho Humanitario Bélico. Ese mismo día, se celebró un Consejo de Ministros de Marruecos en el que se condenó "la agresión española contra el territorio marroquí, el despliegue militar frente a las costas de Marruecos... La decisión de desplegar fuerzas de ocupación sobre el islote constituye una agresión flagrante contra Marruecos". Fuera más o menos comprensible la posición del Ejecutivo español para ordenar la intervención militar, pero muy fácilmente de contrario venderla como una acción colonizadora.

España retirara las tropas desplegadas, una vez que retomó el control sobre Perejil, y que Marruecos prometiera que no volvería a ocuparla. El garante, que no mediador de este acuerdo político, era el Secretario Powell, quien en defensa de los legítimos intereses de su país actuaba preferentemente en la sombra, para que dos aliados suyos no se enzarzaran en un conflicto armado y, de paso, reafirmar su poder en la zona del Estrecho de Gibraltar, punto estratégico del Mediterráneo (la base de utilización conjunta de Rota es la más importante del Mediterráneo Occidental y punto absolutamente imprescindible para la VI Flota) y se propició un encuentro entre los Ministros de Asuntos Exteriores, el 22 de julio, cuya nota oficial conjunta, con la que se ponía fin al contencioso, rezaba:

“Los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y del Reino de Marruecos han confirmado formalmente el acuerdo para restablecer y mantener la situación respecto de la isla Perejil/Toura que existía con anterioridad al mes de julio de 2002, tal como ha sido interpretado por el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, señor Colin Powell, el día 20 de julio de 2002. Las actuaciones de ambas partes en este asunto no prejuzgarán sus respectivas posiciones en relación con el status de la isla. Ambas partes aplicarán este entendimiento de buena fe. Ambas partes han acordado también abrir un diálogo franco y sincero con objeto de reforzar las relaciones bilaterales. Con este fin, ambos ministros han decidido reunirse en Madrid en septiembre de 2002”.

Nadie discute hoy que sin la intervención norteamericana, el contencioso con Marruecos no se hubiera resuelto de la forma tan limpia como se hizo. Incluso hubo rumores de que la tecnología norteamericana se había puesto al servicio español, “iluminando” objetivos militares en el continente africano, en el caso de no aceptar dicho país el statu quo de la roca. En consecuencia, apostaron claramente por las tesis españolas, mientras que la PESC de la Unión Europea demostró nuevamente su fragilidad, en esta ocasión por las presiones de Francia (el mayor inversor en Marruecos), por lo que el conflicto se entendió desde París como un intento para fortalecer la posición española en el Magreb. Nuestros socios europeos, digámoslo claramente, hicieron poco por defender las tesis españolas, cuando habiendo puesto en marcha o simplemente habiendo anunciado el riesgo de que esa actitud podría poner en marcha la imposición de sanciones comerciales en el seno de la UE, a un cliente tan privilegiado como es Marruecos, hubiera hecho reflexionar al gobierno del país africano.

Lo mismo que la OTAN, sacando una nota de prensa el primer día del conflicto diciendo que la isla del Perejil no se encontraba dentro del paraguas de la Organización (lo que es rigurosamente cierto, por encontrarse

geográficamente en África), para matizar esta posición, en los días siguientes y ante la presión española, sosteniendo desde entonces que España no había solicitado formalmente la ayuda de la Organización (lo que también era cierto) y en consecuencia, la Organización se mantendría al margen del conflicto.

2. La cuestión del Sahara Occidental

El Sahara Occidental, territorio ilegalmente detentado por Marruecos,² sigue siendo un punto caliente de la política exterior española, precisamente por defender la autodeterminación del territorio frente a las tesis marroquíes e incluso frente a otros países europeos, de tal forma que sean sus recursos naturales más fácilmente controlables. Lo cierto es que, frente a las tesis dominantes en la zona, España intenta frenar las ansias marroquíes y para ello vuelve a necesitar a los Estados Unidos, o al menos, dado sus intereses, su mayor "neutralidad" posible.

3. El ingreso de España en el G-8

Durante la primera legislatura del Gobierno Aznar, se sondeó la posibilidad de que España entrara a formar parte del selecto club del G-7, al que se luego se añadió Rusia, no tanto por su PIB, sino por los miles de cabezas nucleares de sus arsenales. Se dice de Aznar que es una persona tenaz y que ha vuelto a sondear esa posibilidad de ingreso, esta vez con el

² El territorio del Sahara está situado en el continente africano, en su costa atlántica y frente a las Islas Canarias; tiene fronteras con Mauritania, Argelia y Marruecos, es un territorio de pocos recursos económicos: la agricultura es prácticamente inexistente, salvo la que se desarrolla en los escasos oasis; la ganadería es de tipo extensiva y de subsistencia, exclusivamente con cabañas ovinas y caprinas, aunque las reservas pesqueras en el banco canario sahariano son uno de sus mayores potenciales económicos. Colonia española y convertida en los años setenta en provincia, como forma de intentar atajar los movimientos secesionistas. Pero desde la década anterior, ya había mostrado su interés en que el pueblo saharauí pudiera mostrar su posición sobre su autodeterminación. Pero el difícil momento político por el que atravesaba España con el estado delicado de salud de Franco y su posterior fallecimiento, el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia y la acción marroquí de la "Marcha Verde", invasión de civiles marroquíes del territorio, hicieron que el 16 de febrero de 1976 el Ministro Areilza declarara conclusa la administración española. Se cuentan por ciertos las resoluciones que la Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado para que el pueblo saharauí pueda expresar libremente su voluntad de continuar bajo la administración de facto que desde entonces mantiene Marruecos sobre el territorio e incluso el propio Consejo de Seguridad se ha venido pronunciando sobre la materia desde 1990 [res. 658 (1990)], en la que se hizo eco del principio de acuerdo de alto el fuego entre administradores y administrados, a fin de que se pudiera celebrar el referéndum en el que los saharauis pudieran expresar su voluntad. Pero, donde ha existido y sigue existiendo el desacuerdo es en la determinación de quién puede votar. En 1974 España había hecho un censo de los habitantes y, desde entonces Marruecos ha propiciado que nacionales suyos afines se hayan asentado en el territorio y que, por tanto, tengan derecho de voto también. Pero ni la MINURSO (Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sahara Occidental), ni los Informes del Secretario General (como el S/1995/779), ni sus enviados personales, como el ex Secretario de Estado Baker, han podido desbloquear la cuestión.

apoyo norteamericano. Pero España sigue teniendo en cuenta muchos factores en su contra, como su relativamente bajo PIB frente a otros posibles candidatos: la India, como ejemplo, lo triplica. Pero, por otra parte, España sigue siendo preceptor neto de ayudas procedentes de la Unión Europea, fondos que tiene garantizado, a pesar de la ampliación de diez nuevos Estados (todos ellos con menor riqueza) hasta el 2006. En estas condiciones, no podemos los españoles dejar de sostener que somos una mediana potencia, traje que, por muchas razones, nos viene a la medida, siempre que nos mantengamos dentro de parámetros de una política exterior realista y alejada de aventuras intervencionistas a las que tanta afición tienen algunas potencias, según se han comportado desde el primer conflicto de Iraq.

4. El problema del terrorismo

Como es sabido, desde los años setenta, España está sufriendo el azote del terrorismo separatista, que ha causado unos mil muertos. Durante décadas, España estuvo aislada internacionalmente en este tema y pocos países aceptaban colaborar con ella. Sin embargo, los hechos del 11 de septiembre han favorecido el aumento de la colaboración. Se dice que España ha contado con todo el apoyo norteamericano sobre la materia desde entonces; la última muestra ha sido la inclusión de algunos grupos nacionalistas en las listas norteamericanas de grupos terroristas o ligados a éstos. No se puede pedir más. Pero España ahora podrá ser objetivo también del terrorismo integrista de signo islámico, al que evidentemente no está preparada para combatir. El primer ejemplo ha llegado mientras se redactaba esta colaboración: el 17 de mayo fue volada la Casa de España en Casablanca (Marruecos), con más de cuarenta muertos y heridos. De todas formas, hay que reconocer que Aznar (quien ya sufrió en el pasado los efectos de un coche bomba en sus propias carnes) tiene muy claro el tema de la lucha contra el terrorismo y es en uno de los pocos campos donde se muestra intransigente.

5. La propia reconstrucción de Iraq

Aun antes de que se hubiera terminado el conflicto, en todos los medios de comunicación social comenzaron a plantearse la cuestión de la reconstrucción de Iraq. Los intereses, como lo fueran en 1991, son altos. Hasta el 20% de los ingresos procedentes del crudo extraído durante unos veinte años deberán ser destinados a la reconstrucción, que correrá en su mayoría, como ocurriera desde 1991 en Kuwait, a cargo de empresas norteamericanas... y de sus aliados. Parece que el gobierno español no quiere dejar de recibir esta vez una gran parte del pastel. Pero esta es una

posición arriesgada, ya que parte de la premisa de que las potencias ocupantes, en terminología del Convenio IV de Ginebra, deben conseguir primero una total pacificación de Iraq, cosa que está por verse, y que posibilite la susodicha reconstrucción. Pero si no se consigue un control efectivo del territorio, como actualmente sigue ocurriendo en Afganistán, el tiro saldrá por la culata y España deberá asumir el papel elegido de potencia ocupante, con todo lo que le es propio. Recomiendo en este sentido leer las previsiones del Convenio IV de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977.

III

Pero que a lo largo del conflicto y en los meses anteriores Bush reciba a Aznar y que hayan sido públicos sus numerosos contactos telefónicos, ¿deben entenderse como signos de amistad entre dos pueblos o simplemente como palmaditas en la espalda de un aliado circunstancial?

Pues es difícil saberlo, evidentemente. Es cierto que si la "coalición" hubiera estado compuesta por más Estados, Bush hubiera tenido que repartir los abrazos entre más dignatarios y, en consecuencia, Aznar hubiera recibido menos. Pero no es menos cierto que desde que se normalizaron las relaciones bilaterales, con la visita de Ike a Franco, en la década de los cincuenta, y el establecimiento de numerosas y estratégicas bases militares en España, la colaboración en plano militar de ambas potencias ha sido bastante franca, si excluimos alguno que otro incidente. De hecho, más de doscientos mil soldados norteamericanos utilizaron el puente aéreo establecido desde Estados Unidos-Madrid-Golfo Pérsico, utilizándose para ello la base de utilización conjunta de Torrejón (en las proximidades de Madrid), donde se dejaba unos días a los soldados aclimatándose a los rigores del desierto en España, al tiempo que esta nación también contribuía al esfuerzo con distintas unidades navales para apoyar el embargo (aunque en la práctica era un bloqueo) autorizado por el Consejo de Seguridad contra Iraq. Y todo ello bajo el gobierno socialista que gobernaba España entonces.

Pero tal vez Estados Unidos se ha visto tentado de utilizar, por si acaso la cuestión de Iraq no salía del seno del Consejo de Seguridad, a España en su condición de miembro no permanente durante los años 2002 al 2004 y que ésta influyera, hasta donde fuera posible, sobre otros miembros no permanentes del Consejo, como eran Chile y México, para haber apoyado las tesis norteamericanas en el seno de la organización. También, por qué no decirlo, las tradicionales buenas relaciones que España mantiene con los países árabes en su conjunto podían ser muy útiles.

Con unos y con otros, España podía llegar más lejos que los propios Estados Unidos, quien despierta grandes recelos en el seno de todos ellos.



IV

Pero si el alineamiento de España con los Estados Unidos presentaba muchas ventajas, también podía suponer graves inconvenientes al alejarnos de las posiciones europeas. Como se sabe, la UE no consiguió establecer una posición común respecto del conflicto. Ello fue debido a la debilidad de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), lo que bloquea constantemente que la UE tenga una única voz en las relaciones internacionales y que nos hace parecernos al Imperio Austro-Húngaro a comienzos del siglo XX, es decir, un gigante con pies de barro, pero por otra parte no podemos olvidar que la UE, y más en el ámbito PESC, se comporta de forma bastante intergubernamental y en consecuencia, analizando la posición que mantuvieron algunos de los Estados Miembros, nos encontramos desde la posición británica, absolutamente intervencionista y alineada con los Estados Unidos y que en el caso de Iraq ha estado vigilando (y bombardeando cuando era menester) las zonas de exclusión aérea decretadas unilateralmente y sin norma que la sostenga, en una operación conocida como "*Provide comfort*", hasta las mantenidas por Francia y Alemania, claramente en contra. ¿Cómo es posible llegar a un acuerdo unánime en este contexto? ¿No acabarán reprochando los demás socios comunitarios las posturas británicas (a quienes importan poco los reproches en el seno de la UE, como tenemos ocasión de ver) y españolas en el conflicto? ¿Nos puede llevar nuestra posición a un relativo aislamiento en el seno de la UE? Piénsese, en este sentido, para finalizar, que España necesita de muchos apoyos dentro de la UE para conseguir unos mínimos de seguridad en temas tan sensibles para nosotros como los fondos estructurales, las ayudas a la agricultura, o en otros muchos ámbitos, y que el turismo, mayoritariamente europeo, siga fluyendo hacia España, su principal recurso, por la que pasan anualmente hasta 60 millones de personas.

V

1. En definitiva, si Estados Unidos ha hecho una guerra contra Iraq (perdón, debo decir una intervención humanitaria contra el régimen de Sadam) en defensa, entre otras muchas cosas, del acceso al crudo iraquí, las consecuencias van a ir más allá de lo meramente económico. Un nuevo orden mundial ha comenzado a consolidarse y que fue iniciado tras el conflicto de Kosovo (iniciado por la OTAN con escaso apoyo jurídico) y que se ha

consolidado con las intervenciones militares en Afganistán, acusado de alentar el terrorismo internacional, y ahora contra Iraq. En ambos casos, al margen del derecho. Cuando menos, algunas partes del derecho internacional van a necesitar una profunda revisión.

2. En esta situación, el derecho internacional se seguirá respetando siempre que no contravenga los intereses de la potencia hegemónica, o bien habrá que reformular alguno de sus aspectos, como el *ius in bello*, viendo lo que ha ocurrido en ambos conflictos, o el *ius ad bellum*, ya que no son suficientes las dos causas que legitiman hoy el uso de la fuerza (la legítima defensa y la autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en base al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas), de tal suerte que el traje se retoque para que el propietario se sienta cómodo dentro de él.

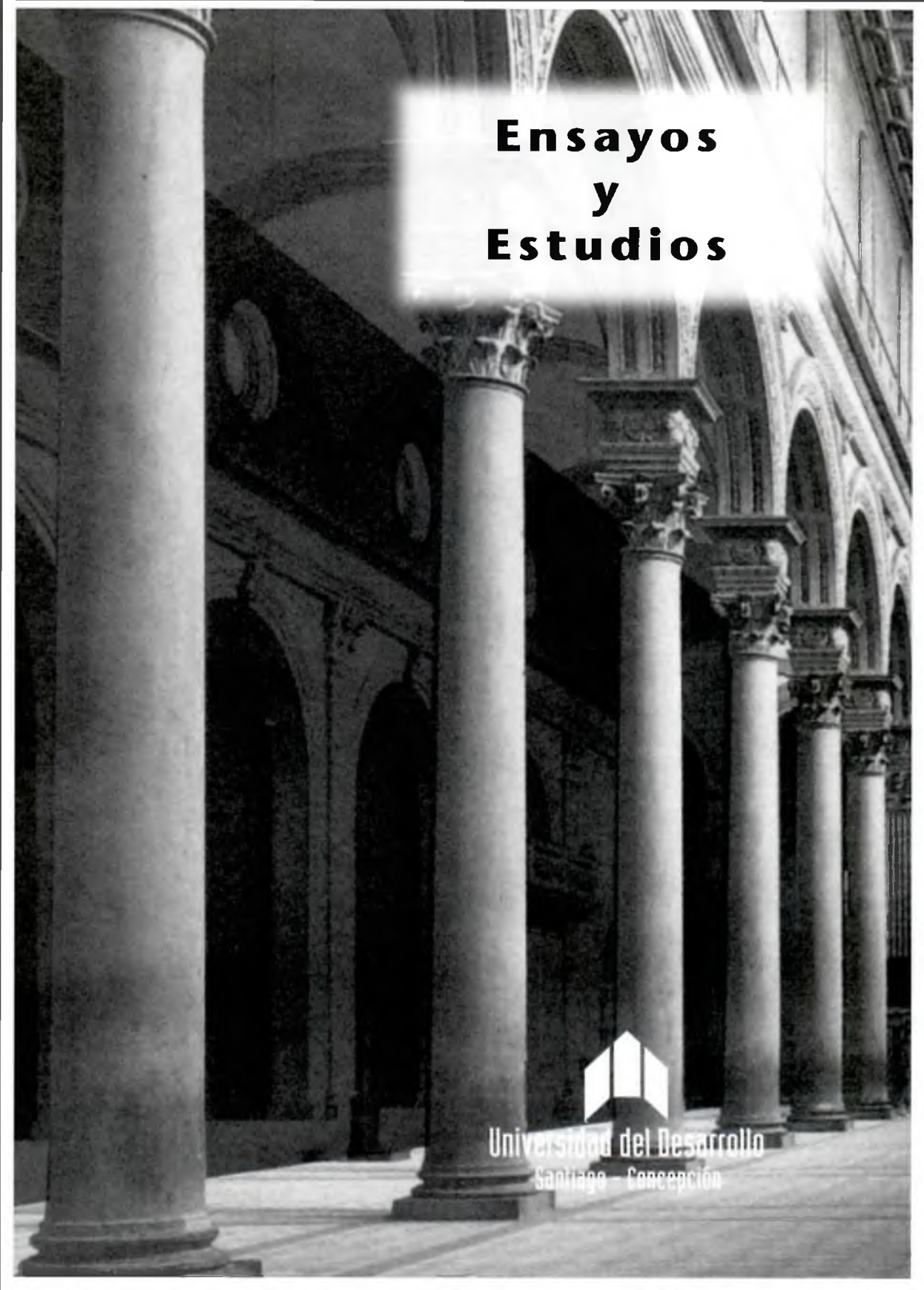
Consecuentemente, el unilateralismo imperante otorgará a otros actores menores, en tanto se alineen con él, ciertos beneficios. Este particular podrá verse por parte de los mandatarios de éstas, como un ejemplo de *realpolitik* (a fin de cuentas, la alianza sólo puede reportar beneficios frente a los pocos sacrificios impuestos de contrario).

Y, por último, las Naciones Unidas deben reconsiderar en profundidad su papel en la sociedad internacional, ya que no valdrá que nos diga su Secretario General (como lo dijo también su predecesor Pérez de Cuellar, con ocasión del primer conflicto del Golfo) que ésa no era la guerra de las Naciones Unidas. Cuando comenzó el conflicto, muchas voces dijeron que Naciones Unidas serían una ONG más en el entramado de relaciones internacionales. A la vista de los acontecimientos, creo que augurar este papel futuro de Naciones Unidas es muy optimista. Sí, naturalmente, algunas de sus numerosas agencias y organismos especializados seguirán siendo muy útiles siempre que dispongan de fondos suficientes para cumplir su misión. Pero en su conjunto y especialmente órganos como el Consejo de Seguridad, han perdido todo tipo de credibilidad.

3. Por otra parte, si bien es claro que, gobierne quien gobierne en Gran Bretaña, ningún partido británico pondrá en duda el estrecho vínculo geoestratégico con los Estados Unidos, extremo que se ha demostrado a lo largo de todo el siglo XX y lo que va del siguiente por la práctica de todos los conflictos internacionales en los que se han visto implicadas ambas potencias, ¿es comparable con el caso español? Evidentemente, no. No creo que cualquier otro jefe de gobierno español que no hubiera anunciado por activa y por pasiva que no volverá a presentarse a un nuevo mandato, se hubiera alineado con las tesis norteamericanas tan a ultranza como lo ha hecho Aznar, por muchos beneficios que esta posición nos reporte.

España es, desde nuestras derrotas en Cuba y Filipinas (por cierto, contra los Estados Unidos), claramente neutralista o, al menos, no beligerante en todos los conflictos habidos en el siglo XX y ahora tenuemente intervencionista, aunque se disfrace nuestra posición bajo el paraguas del humanitarismo.³

³ Sostengo esta afirmación en puntos como el siguiente. Cuando estalló el conflicto, el gobierno de España anunció el envío del buque "Galicia" (con fines exclusivamente humanitarios), escoltado por una fragata y un buque petrolero de apoyo. Se dijo que se trataba de un buque hospital que asistiría a los previsibles heridos, tanto civiles como militares. Se trata, se quiera o no, de un buque militar de transporte y no hospital, como se nos ha dicho. Como es sabido, los buques hospitales, de acuerdo con el Convenio II, arts. 43 y siguientes, deben cumplir numerosos requisitos, como ir pintados de blanco, llevar pintada la cruz roja en los costados, ir completamente desarmados, emitir una señal que identifique su posición, notificar a las potencias beligerantes el envío del buque y que éste figure en un registro habilitado al efecto en Ginebra. Con todas estas condiciones, actualmente sólo navegan dos buques de estas características y son de pabellón norteamericano. Pero el gobierno de España ha sostenido, por activa y por pasiva, que el buque "Galicia" se trataba de un buque hospital, cuando de verdad se trataba de un buque de guerra dedicado a labores humanitarias. Como este destalle, son muy numerosos los actos del gobierno español para disimular o camuflar nuestra presencia en el Golfo, aunque esté limitada a la zona del único puerto iraquí.



Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido

Algunas precisiones fundamentales respecto
de su ámbito de aplicación

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

A. DISTINCION ENTRE OBLIGACIONES PRINCIPALES Y SECUNDARIAS Y CONSECUENCIAS DE TAL DISTINCION EN RELACION CON LA RESOLUCION DE UN CONTRATO BILATERAL

1. La "causa" y los contratos bilaterales. La interdependencia y reciprocidad de las obligaciones correlativas de las partes.

Antes de abordar la materia específica de estas notas, creemos indispensable recordar algunas nociones básicas en torno al fundamento y justificación de la denominada "condición resolutoria tácita" que reglamenta el artículo 1489 de nuestro Código Civil. Lo anterior, no sólo debido a la necesidad de fijar el contexto dentro del cual habrá de desarrollarse nuestro razonamiento, sino que en vista a las particulares consecuencias a que conduce la aplicación de tales nociones a la hora de interpretar un contrato.

Suele afirmarse por la mayoría de la doctrina –aunque quizás no siempre se haya profundizado suficientemente en ello– que el principal fundamento de la llamada *condición resolutoria tácita* descansa en la relación de interdependencia en que se hallan las obligaciones que del contrato bilateral emanan para las partes que han concurrido a su celebración. Es sabido, asimismo, que para la doctrina tradicional –inspirada en las enseñanzas de *Domat* y *Pothier*– en esta categoría de contratos la causa de la obligación de cada parte consiste en la obligación correlativa de la otra; así, por ejemplo, tratándose, v.gr., de una compraventa, la causa de la obligación del comprador de pagar el precio es la obligación que asume el vendedor de entregar la cosa, y la causa de la obligación que contrae, a su vez, este último consiste en la obligación que el mismo contrato le impone a su

contraparte en orden a pagar el precio. De este modo, se dice, las obligaciones que ambas partes asumen en virtud de un contrato bilateral se sirven recíprocamente de causa, en cuanto cada una de ellas justifica o explica el porqué se haya contraído la correspondiente obligación correlativa. De ahí también que las "vicisitudes" (para emplear una expresión tan afín a la moderna doctrina alemana e italiana) que atravesase o sufra la obligación de una de las partes puedan afectar o incidir en la suerte que habrá de correr la obligación de la otra.

A propósito de este planteamiento, no han faltado quienes, haciéndose eco de las críticas que en su momento formulara *Planiol* respecto de la concepción expuesta, la hayan pretendido descalificar aduciendo que repugnaría a la lógica. Ello, dado que si las obligaciones surgidas de un contrato bilateral nacen a un mismo tiempo, mal podría entonces una de ellas servir de causa a la otra, desde el momento que la causa, por definición, debe ser anterior al efecto. En realidad, una tal objeción resulta más bien superficial, toda vez que la doctrina que con ella se pretende combatir no estructura su tesis a partir del concepto de "causa eficiente" (que sí designa al elemento que precede al efecto), sino que en torno a la noción de "causa final", es decir, considerando la representación o motivación jurídica que tiene cada parte como justificación para contraer la pertinente obligación.¹ Así las cosas, resulta por tanto innecesario incluso plantearse el momento en el cual se originan las obligaciones que nacen del contrato bilateral, siendo lo esencial la presencia de una contraprestación cuya consideración aparece como basamento de la obligación asumida por cada contratante.

La réplica con la cual se ha hecho frente a la crítica anticausalista sirve, a su vez, para poner de manifiesto cuál es la base de la posición que adoptan las doctrinas tradicionales en relación con la causa, y que no es otra que la "*consideración*" de existir la correspondiente obligación correlativa. Dicho en otras palabras, en la raíz de la concepción causalista, y ante la pregunta *¿por qué una parte se obliga en virtud de un contrato bilateral?*, la respuesta se halla en el hecho de que la contraparte del mismo también contrajo una obligación o, dicho de otro modo, en razón que el otro contratante asumió, a su turno, un cierto compromiso. Y nótese que tal concepto no sólo es útil para explicar la noción de causa en esta categoría de actos jurídicos, sino que también respecto de los otros tipos contractuales que distingue la doctrina tradicional. De esta manera, en los contratos *reales*, por ejemplo, la obligación que contrae la única parte que resulta obligada por ellos también encuentra su causa en la *consideración* de una *contrapartida*, con-

¹ En este sentido puede verse MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, págs. 298 y sgtes.

sistente en el beneficio que le procuró la otra parte al hacerle previamente entrega de una cosa (v.gr. en el comodato o el mutuo). Incluso la consideración de una contrapartida como fundamento o explicación de la "causa" puede hacerse extensiva a convenciones no contractuales, cuyo es el caso del "pago", donde la justificación o causa se hallará en la consideración de una ventaja anterior al acto jurídico denominado pago, la cual se hace ahora necesario "compensar" a través de este medio.

En lo que hace a nuestro Código Civil, nadie duda que, al menos en relación con la causa de la obligación, su autor siguió los postulados de la doctrina tradicional francesa, de lo cual dan cuenta elocuente los propios ejemplos y referencias que se han incluido en las normas atinentes a esta materia (art. 1467, inc. 1°).² Así, por ejemplo, al señalar que la *pura liberalidad puede ser causa suficiente* de un contrato no hace sino reproducir, casi literalmente, el planteamiento de *Pothier* a propósito de la causa de los contratos gratuitos y, al prevenir que *la obligación de dar algo en pago de una deuda inexistente carece de causa*, precisamente está aplicando el efecto que se sigue de la falta de una *contrapartida* o de una *contraprestación* (y por tanto "causa") que legitime el pago.³

En síntesis, y para dejar desde ya sentada una premisa esencial que permita avanzar en nuestro análisis, cabe concluir que el factor o aspecto determinante al momento de indagar por la causa en un contrato bilateral se relaciona, indisolublemente, con la **consideración de una contraprestación**. Asimismo, y teniendo presente que tales contratos se caracterizan por el hecho de que ambas partes resultan obligadas (art. 1439), la referida *consideración* –o si se quiere, la *causa* de las obligaciones que contrae cada una de ellas– se traduce también en que exista una cierta relación de *reciprocidad* entre ambas obligaciones.

Las ideas recién expuestas son, sin embargo, por sí solas insuficientes para explicar la relación que existe entre la noción de "causa" y la llamada "condición resolutoria tácita". Tanto debido al hecho que el concepto de causa adoptado por nuestro legislador no se agota en la noción comentada, como en atención a que la "reciprocidad" de las obligaciones emanadas de un contrato bilateral no constituye una fórmula aritmética, el tratamiento del tema exige realizar algunas precisiones adicionales.

² Las menciones que se hacen a determinados artículos, salvo indicación en contrario, deben entenderse referidas a nuestro Código Civil.

³ A propósito de lo dicho, una notable contribución para nuestra tesis viene dada por la aguda distinción que formula el profesor *Vial del Río* respecto de la causa del "contrato" y la causa de la "obligación", arribando, mediante la exégesis de nuestro Código Civil, a las mismas conclusiones que alcanzara la jurisprudencia francesa; pero, a diferencia de ella, con el auxilio de un texto legal expreso. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995.

2. La "causa" y la resolución de los contratos bilaterales. Obligaciones principales y secundarias. Contratos típicos e innominados. Interpretación de los contratos. Jurisprudencia reciente.

En el número anterior ya se expuso, en líneas generales, acerca del concepto de causa, enunciando, al mismo tiempo, la *reciprocidad* que cabe predicar respecto de las obligaciones que para cada parte emanan de un contrato bilateral. Sin embargo, dicho análisis no basta para explicar otros aspectos de singular importancia para el asunto propuesto.

Por de pronto, es menester advertir que así como lo dicho hasta ahora no explica la proyección que tiene la causa en cuanto a la *validez* del acto jurídico (lo que se vincula con el problema de la *licitud* de la causa), la sola mención a la *reciprocidad* de las obligaciones correlativas no permite, por sí sola, representarse adecuadamente las consecuencias que tiene para *cada* obligación el destino o suerte que puede haber corrido la otra durante la vigencia del contrato. Ambos factores exigen, pues, abordar el tema de la causa desde la perspectiva de las *motivaciones* que animan al autor del acto unilateral o a las partes de una convención; cuestión que, como se verá más tarde, no sólo resulta relevante en función de analizar los efectos que se siguen de infringir una obligación contractual, sino que, además, se intrinca de un modo insoslayable con los aspectos referidos a la interpretación de un contrato. Aun más, bajo ciertos respectos podría incluso decirse que el punto central del asunto radica, más que en la "causa" del contrato, en el *consentimiento* que le da origen, toda vez que en el contrato sinalagmático el *consensus* no recae *separadamente* sobre cada obligación, sino que sobre ambas obligaciones *conjuntamente*.⁴

A diferencia de su modelo francés, nuestro Código define la causa y, al hacerlo, entiende por tal *el motivo que induce al acto o contrato* (art. 1467, inc. 2°). Conforme a ello, pueden los jueces entrar a averiguar por las consideraciones personales que impulsaron a las partes a celebrar un contrato y contraer las obligaciones correlativas, no sólo para efectos de pronunciarse sobre la licitud de los móviles, sino que también para establecer cuál fue la efectiva voluntad de las partes (causa "real") al convenir una determinada cláusula o, incluso, el contrato considerado como "un todo". De esta manera, la conceptualización de la causa como *motivo* de la contratación permite, por una parte, que la moral "penetre" el campo del derecho, como ocurre, v.gr., con las disposiciones referidas a la licitud de los

⁴ DABIN, Jean, *La Teoría de la Causa*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 71.

móviles y, por la otra, que la representación que las propias partes de un contrato hayan hecho en cuanto a la finalidad que se quiere satisfacer con él se constituya en un factor relevante para la aplicación de determinadas instituciones. Y esto último es, precisamente, lo que ocurre al abordar la interpretación del artículo 1489 que nos ocupa.

Según decíamos, en los contratos bilaterales la causa de la obligación que asume cada parte viene a ser la obligación correlativa de la otra o, dicho en otros términos, la causa de la obligación en este tipo de contratos consiste en la *consideración de la prestación* de la contraparte. De este modo, apuntábamos, existe una mutua influencia entre cada una de las obligaciones que engendra el contrato o, como expresan algunos, una relación de *interdependencia* entre ambas obligaciones. Ello, a su turno, determina que si alguna de tales obligaciones resulta en el futuro incumplida por un contratante, ello *pueda* afectar la subsistencia de la obligación correlativa de su contraparte. Si tal cosa efectivamente sucede, nos hallaremos –como anota Santoro Passarelli– en presencia de un *defecto funcional* de la causa que impide que ésta se realice por hechos sobrevinientes a la celebración del negocio jurídico.⁵

No obstante, el examen no puede detenerse en este punto. En efecto, si se afirmara, sin más, que la relación de interdependencia entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral determina que la infracción de *cualquiera* de ellas *necesariamente* implica la extinción del contrato por la vía de su resolución, ni siquiera podría plantearse el instituto que estudiamos. En efecto, **la ausencia de una mayor precisión en la materia conduciría a estimar que ante el supuesto de incumplimiento de una parte, la resolución del contrato surgiría como una consecuencia forzosa, ya que en tal evento la obligación del contratante diligente dejaría de tener causa o, si se prefiere, que la consideración de la contraprestación no podría seguir justificando o fundando su propia obligación. Así las cosas, resultaría impensable consagrar –como lo hace el artículo 1489– un derecho alternativo o facultad en orden a que se pueda optar por la resolución “o” el cumplimiento forzado o, incluso más, no sería posible que al tiempo de contratar las partes pudieran renunciar a la acción resolutoria.**

Como se comprenderá fácilmente, una apreciación superficial de la relación de *interdependencia* o *reciprocidad* de las obligaciones que surgen del contrato bilateral nos lleva peligrosamente al absurdo o, al menos, a respuestas incompatibles con la regulación legal de este instituto. Cosa dis-

⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 218 y 237.

tinta, en cambio, es evaluar la relación entre las obligaciones correlativas a la luz de la intención o finalidad perseguida por las propias partes al tiempo de contratar, lo cual, a su vez, nos conduce nuevamente a la consideración de la "causa" en tanto *motivo* que tuvieron en vista las partes al asumir las diversas obligaciones que emanan de un contrato, principalmente a través de la calificación que éstas puedan haber hecho respecto de la naturaleza o entidad de aquéllas.

En el contexto planteado, el examen o aproximación a los *motivos* que se hubieren representado las partes obliga, primeramente, a distinguir cuál es el carácter que los contratantes, o en su caso la misma ley, han atribuido a las diversas obligaciones que nacen de un contrato bilateral. Ello en razón que las vicisitudes que experimente alguna de tales obligaciones durante la vida del contrato puede, en definitiva, ser distinto –en cuanto a sus efectos o consecuencias– según cuál sea la relevancia de la pertinente obligación a la luz del ordenamiento jurídico y de la propia voluntad de los contratantes. Ocurre, pues, que enfrentados en concreto a un determinado contrato bilateral, el análisis de su contenido específico podría llevarnos a estimar que alguna de sus obligaciones tienen un carácter *principal* o *sustancial* y otras, en cambio, una naturaleza *secundaria* o *accidental*. Como se verá enseguida, la distinción anotada no puede ser indiferente a la hora de estudiar los efectos que produce la infracción de uno u otro tipo de obligación.

Para los propósitos de identificar cuáles obligaciones emanadas de un contrato bilateral revisten un carácter *principal* y cuáles son *secundarias*, una primera consideración exige determinar si nos hallamos en presencia de un acto jurídico *nominado* o *innominado*. Tratándose de los primeros, es sabido que la propia ley, de un modo directo, explicita tanto sus elementos como sus efectos (obligaciones) *esenciales* y *naturales*, dejando entregada a la voluntad de las partes la especificación de sus elementos y efectos *accidentales* (art. 1444). Así, por ejemplo, en la compraventa, la ley tipifica las obligaciones *esenciales* o *sustanciales* del contrato, entendiendo por tales, de un lado, la obligación del vendedor de entregar la cosa y, del otro, la obligación del comprador de pagar el precio, el cual, para que efectivamente configure una compraventa, debe hallarse estipulado en dinero. Relativamente a sus efectos u obligaciones *naturales*, también es la ley directamente la que, a falta de pacto expreso en contrario, coloca de cargo del vendedor la obligación de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios.

Ahora bien, cuando el legislador atribuye directamente determinados efectos a un contrato que considera socialmente relevante –como ocu-

re en los nominados (v.gr. compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad, mutuo, hipoteca, etc.)– junto con determinar los elementos esenciales que le otorgan su configuración típica (*sin los cuales, por tanto, “no produce efecto alguno o degenera en un contrato diverso”*), establece sus *efectos naturales*; y al hacerlo, toma en cuenta cuál es la *voluntad presunta* de unos contratantes razonables, regulando sus intereses conforme al criterio del *hombre medio* colocado en la misma situación de éstos. Dicho de otra manera, mediante un proceso de abstracción la ley se sitúa en la misma posición en que se encontrarían las partes al celebrar el respectivo contrato y se representa qué estipularían ellas en condiciones normales o usuales. De este modo, por ejemplo, el legislador presume, *interpretando o subentendiendo la probable voluntad de las partes*, aquello que comúnmente convendrán frente a un determinado tipo de contrato (v.gr., en una compraventa, que el vendedor se haga responsable de la evicción o del saneamiento de los vicios redhibitorios). Con todo, y dado que nos movemos en el ámbito del derecho privado, salvo que exista un interés público comprometido –cuyo es el caso, por ejemplo, de las normas referidas a la nulidad de un acto–, las partes tienen la posibilidad, en ejercicio de su autonomía privada, de modificar los efectos que a priori, y de forma no imperativa, ha reglamentado el legislador bajo la figura de un *elemento de la naturaleza*, “derogando” así contractualmente aquello que éste asumió como probable al tipificar la pertinente relación jurídica.⁶

La situación, sin embargo, difiere o puede ser diversa cuando nos encontramos en presencia no ya de un acto jurídico típico, sino que de un contrato *innominado*. En efecto, dado que en este tipo de convenciones el legislador no ha previsto una regulación especial, la determinación de prácticamente la totalidad del contenido negocial queda entregada al arbitrio de las partes; serán, pues, éstas quienes configurarán directamente los elementos que constituyen la materia u objeto del contrato –entre ellos las obligaciones que son *esenciales* y *secundarias*– con la limitación obvia de no contravenir el orden público, la moral y las buenas costumbres.⁷

Por otra parte, si nos preguntamos por la procedencia y ámbito de vigencia de la denominada “condición resolutoria tácita” en un contrato *innominado*, concluiremos que siendo ésta un *efecto de la naturaleza del contrato bilateral*, la determinación de sus alcances ante una concreta situación no puede prescindir de cuál haya sido efectivamente la voluntad de las

⁶ Como es obvio, ello no se extiende a los denominados elementos *esenciales* del contrato, toda vez que a falta de éstos el acto no llegará a existir o bien degenerará en uno distinto.

⁷ Por lo mismo, en los contratos *innominados* no cabe hablar de elementos “esenciales” –o “cosas de la esencia”– en el sentido en que los toma el artículo 1444 de nuestro Código Civil, salvo, naturalmente, en lo relativo a los elementos *comunes* o requisitos de todo acto jurídico.

partes al tiempo de contratar. Desde esta perspectiva, también resulta esencial recordar que la resolución del contrato, como consecuencia de la infracción de una obligación, no constituye un efecto necesario, en cuanto puede ser excluido en virtud de una estipulación contractual, ora porque las partes simplemente renuncian –*expresa* o *tácitamente*– a la acción resolutoria, ora porque asignan una sanción o efecto distinto al de la resolución para el supuesto de incumplimiento (por ejemplo, estipulan únicamente la obligación de pagar una *multa* o *pena*).

En razón de lo dicho, si las partes convienen excluir la resolución como efecto derivado de la infracción a un contrato –posibilidad cierta sobre cuya legitimidad nadie discute–, tampoco podría decirse que la obligación del contratante diligente carece de “causa”, toda vez que la *consideración de la contraprestación correlativa* que existió al momento de celebrarlo –y que constituye precisamente su causa– ya cumplió y continúa cumpliendo su función en tanto justificación o fundamento de la obligación, independientemente de que por un hecho posterior (el incumplimiento) no se satisfaga por el contratante negligente la prestación específica que se tuvo en vista al momento de contratar.⁸ Lo anterior ratifica lo que señalamos más arriba, en cuanto a que si bien las obligaciones recíprocas que emanan de un contrato bilateral se encuentran en una relación de *interdependencia*, tal relación en modo alguno implica que la suerte o destino de una de ellas *necesariamente* derive en una ineficacia o extinción de la otra o bien del contrato en general.

Por lo demás, algo similar a lo recién comentado ocurre también con otro elemento del acto jurídico, como lo es el *objeto*. Así, por ejemplo, si al tiempo de celebrarse el contrato una parte se obligó a entregar una cierta cosa o ejecutar un determinado hecho y, después, la cosa perece (incluso por un hecho voluntario del deudor que no es culpable ni doloso) o el hecho se hace imposible de ejecutar debido a culpa o dolo de la parte obligada, el contrato sigue vigente, aunque *varíe su objeto*, el que pasa a ser reemplazado por el precio de la cosa y/o la indemnización de perjuicios, según el caso.

Sobre la base de las consideraciones que se han expuesto, se colige, primeramente, que si bien existe una *interdependencia* entre las obligaciones surgidas a partir de un contrato bilateral, ello no significa que el incumplimiento de una de ellas **necesariamente** produzca como efecto la extinción de la otra y menos aún la resolución del contrato. En segundo térmi-

⁸ En torno a la *influencia continuada* de la “causa” en los contratos, puede verse DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 313 y sgtes.



no, se concluye también que para los fines de determinar si la resolución es procedente como sanción para el evento de incumplimiento de una obligación en este tipo de contratos –particularmente si éste tiene la calidad de *innominado*– será menester indagar por la real voluntad de las partes (art. 1560) y, en especial, establecer si en un determinado caso concreto éstas quisieron asignar un efecto diverso para el caso de contravención del contrato, lo cual, a su vez, podrá conducir a estimar que los contratantes –o uno de ellos– formularon una renuncia expresa o tácita a la acción resolutoria.⁹

Si nos preguntamos, ahora, por las normas a que deberá recurrirse a objeto de determinar cuál fue la voluntad real de los contratantes, deberá estarse, como es obvio, a las disposiciones que gobiernan la materia y, de un modo preferente, a los preceptos contenidos en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. En esta tarea, sin duda que un factor relevante será considerar cuál es la naturaleza o carácter que cabe atribuir a la obligación que resulta infringida, particularmente si se trata de un contrato *innominado*. **Por lo mismo, nos parece evidente que el examen referido a la intención de los contratantes en materia de inclusión o exclusión de la acción resolutoria, exige, en primer lugar, determinar si la pertinente obligación se pactó como *principal o esencial* o, por la inversa, con carácter *accesorio o secundario*.** Lo anterior, dado que no resultaría razonable para el intérprete concluir que la infracción de una obligación meramente accidental –salvo que las partes hubieren pactado lo contrario– deba necesariamente sancionarse con la resolución del contrato.¹⁰ Por igual motivo –y según veremos más tarde– tampoco sería dable concluir que cualquiera que sea la gravedad de la infracción o naturaleza de la obligación incumplida se podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*.

Frente a la consideración anotada, alguno podría replicar que el artículo 1489, al no hacer la referida distinción entre obligaciones principales o secundarias, determina que a falta de una estipulación contractual que establezca un efecto diverso al de la resolución, dicha sanción operará cualquiera que fuere la entidad de la obligación que resulta infringida. De he-

⁹ Con respecto a esto último, resulta necesario recordar que en el derecho privado –salvo norma especial en contrario– la manifestación de voluntad “expresa” tiene el mismo valor y eficacia que la “tácita”.

¹⁰ Es también por esta razón que no resulta en estricto rigor acertado definir el “pacto comisorio” como la *condición resolutoria tácita expresada*. En efecto, tal definición no comprendería el caso en el cual se pacta respecto del incumplimiento de *obligaciones* accesorias, como tampoco la hipótesis en que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, estipulan que frente a un incumplimiento determinado (incluso de una obligación *principal*), el contrato se resolverá *ipso iure* o de pleno derecho, es decir, asignándole a la infracción los mismos efectos que una condición resolutoria *ordinaria*.

cho, algunos connotados autores, sin más explicación que el “argumento de no distinción”, así lo han sostenido.¹¹

No obstante, si atendemos al panorama general que nos ofrecen tanto la doctrina y derecho comparados, como aquellos autores nacionales que han profundizado en el tema, veremos que existe una importante corriente que se inclina por la opinión contraria.

Entre los autores extranjeros, cabe citar, por vía ejemplar, a *Ripert y Boulanger*, para quienes *la determinación acerca de si el incumplimiento de una obligación accesoria es causa de resolución del contrato constituye una cuestión de hecho que corresponderá a los jueces establecer; atendiendo, para ello, tanto a la voluntad probable de las partes como a la importancia que, en concreto, aquéllas han concedido a las obligaciones accesorias.*¹² *Gaudemet*, por su parte, enseña que la resolución será procedente sólo en la medida que el incumplimiento recaiga en un punto que las partes hubieren considerado esencial.¹³ *Messineo*, a su turno, se pronuncia derechamente en el sentido que *la buena fe contractual conlleva el rechazo de la resolución como sanción en el caso de incumplirse una prestación accesoria, añadiendo que esta regla se aplica también a la prestación principal si el incumplimiento es de leve entidad.*¹⁴ Por último, y de no menor importancia dado el influjo que sus doctrinas tuvieron en el Código Napoleón y, por lo mismo, en nuestro propio Código, cabe reproducir el pensamiento de *Pothier* en la materia. Sobre este particular, al tratar del contrato de compraventa y luego de referirse a las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio, escribió: “*en orden a las demás obligaciones, ora del vendedor, ora del comprador, sólo por las circunstancias puede deducirse si la falta de cumplimiento en ellas debe dar lugar a la rescisión del contrato. Deberá decidirse así siempre que lo que se prometió a alguno sea tal, que sin ello no habría querido contratar.*”¹⁵

¹¹ Tal es el caso, v.gr., de ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Versiones Taquigráficas de las Clases de don Arturo Alessandri Rodríguez*, T. II, Imprenta Cisneros, Santiago, 1930, pág. 180. No obstante, en otra obra (*Curso de Derecho Civil*, T. I, Vol. I, Vodanovic, Antonio, Editorial Nascimento, Santiago, 1961, pág. 148) se consigna la opinión del mismo autor en orden a que el “argumento de no distinción” es efectivo si la ley no distingue ni en su letra ni en su espíritu; “*pero puede suceder que no distinga en aquélla y sí en éste*”, en cuyo caso no cabe aplicarlo.

¹² RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, T. IV, Vol. I, La Ley, Buenos Aires, 1988, págs. 325, 329 y 330.

¹³ GAUDEMET, Eugene, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 443.

¹⁴ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 348. En otra de sus obras (*Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 523) el jurista italiano escribe: “*En cuanto al contrato con prestaciones recíprocas, en el que, como se ha señalado, hay interdependencia entre las prestaciones, se dispone el remedio de la resolución, en virtud de demanda y en beneficio de aquella de las partes respecto de la cual el contrato –a causa del comportamiento de la contraparte, o por otra razón objetiva– venga a ser motivo de sacrificio patrimonial, soportando sin compensación, o sin compensación adecuada, en lugar de ser el instrumento para la consecuencia de la finalidad que la parte se había propuesto.*”

¹⁵ POTHIER, *Tratado del Contrato de Compra y Venta*, Imp. y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1841, pág. 240.

Relativamente a la doctrina nacional, tal vez el mejor exponente de la posición que aquí defendemos sea *Claro Solar*, para quien no es aceptable “la opinión que no admite distinción alguna entre la inejecución total o parcial, ni entre la inejecución total o parcial de una obligación principal y de una obligación accesoria o secundaria; y creemos que para declarar la resolución el juez debe determinar si no se ha cumplido lo pactado, es decir, lo que constituye el contrato en sí mismo y ante las estipulaciones de las partes que no habrían seguramente contratado si no había de ejecutarse por el demandado lo que éste quedó obligado a prestar”.¹⁶ Sustentando la misma opinión, *Fueyo Laneri* expresa que “la resolución no puede proceder siempre, cualquiera que sea la importancia, entidad o trascendencia de lo incumplido”; agregando, más adelante, que “La solución, sin embargo, no podría darse concretamente a priori: se trata, como nunca, de un problema de caso. Corresponderá al juez apreciarlo con sujeción a las reglas sobre la reciprocidad de las obligaciones y atendiendo, más que nada, a la repercusión económica –y aun moral– de lo que se ha dejado de cumplir”.¹⁷ Finalmente, *Abeliuk*, si bien no se manifiesta en términos categóricos respecto de la improcedencia de la resolución tratándose de incumplimientos parciales de la obligación “principal”, no vacila en excluir su aplicación si nos hallamos ante la infracción de una obligación contractual de naturaleza “secundaria” o “accidental”. Sobre este particular, el citado autor nos dice: “En cambio, no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución. En primer lugar, porque no puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y enseguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc.”.¹⁸

Si examinamos, ahora, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, veremos cómo, desde hace ya un largo tiempo, se han dictado fallos acogiendo la interpretación que exponemos. Así, por ejemplo, se ha fallado que: “la falta de cumplimiento de las demás obligaciones accesorias mencionadas [...], no es bastante para determinar la resolución del contrato, por más absolutos que parezcan los términos en que está concebida la disposición del artículo 1489 del Código Civil, dado que tratándose de una materia tradicional como es ésta, que es regida por la equidad antes que por el dere-

¹⁶ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pág. 193.

¹⁷ FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil, de las Obligaciones*, Vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 124.

¹⁸ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*, Editores López-Viancos, Santiago, 1971, pág. 331.

cho, o, mejor dicho, en la cual las disposiciones legales que la rigen aparecen inspiradas únicamente en principios de equidad natural, debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella, según sean las circunstancias de la causa; circunstancias que, en este caso, inducen a negar lugar a la acción resolutoria en razón de que, habida consideración a la poca o ninguna influencia de esas obligaciones en los fines prácticos del contrato [...], es de presumir que aun sin ellas el comprador lo habría celebrado".¹⁹ Según veremos al tratar del artículo 1552 del Código Civil, nuestra Corte Suprema –a través de jurisprudencia más reciente– ha aceptado, en términos explícitos, la doctrina del fallo citado en cuanto distingue entre obligaciones *principales* y *secundarias* a fin de establecer si un contratante puede oponer la mora de su contraparte como excepción para cumplir con su propia obligación.

Como se deduce a partir de lo comentado, establecer si el incumplimiento de alguna de las obligaciones que emanan del contrato bilateral produce la resolución del mismo o bien constituye una causal para obtener que se declare judicialmente, exige, por parte de los jueces, analizar diversos factores y elementos. Entre ellos, el principal aspecto lo ocupa la determinación de la real voluntad o intención de los contratantes, particularmente si el contrato es innominado. En efecto, dado que en esta categoría de actos son las propias partes las que configuran tanto su contenido esencial como accidental, serán también ellas las que atribuyan a ciertas obligaciones un carácter sustancial o principal y, a otras, una naturaleza accidental o secundaria. Consecuencialmente, la admisibilidad de la resolución como sanción por incumplimiento supone examinar no sólo si la pertinente acción no ha sido objeto de renuncia, sino que **determinar si ante un caso concreto –y atendidas sus particulares circunstancias– la obligación infringida es de tal entidad que sea presumible que, sin ella, las partes no habrían contratado.**²⁰ Si bien algunas de las opiniones que se han citado discurren sobre la base de que tal conclusión deriva de la equidad natural o se impone simplemente por razones de justicia, en nuestro concepto su

¹⁹ Corte de Apelaciones de Talca, 12 de noviembre de 1920, *Gaceta de los Tribunales* de 1919, Causas Civiles, Fallo N° 142, pág. 616.

²⁰ Sobre este particular, cabe también destacar que conforme con la opinión de *Claro Solar* que citamos en la nota N° 16 y la doctrina del fallo aludido en la nota anterior, el art. 1489 no está referido al incumplimiento de las obligaciones *individualmente consideradas* sino que a la infracción "*de lo pactado*", lo que se ve confirmado por el hecho que la sanción contemplada por esa norma afecta al contrato y no a las obligaciones. Por lo mismo, la determinación acerca de si una obligación es esencial o principal supone preguntarse si, de haberse ésta omitido, igualmente se habría celebrado el contrato, todo lo cual nos conduce, nuevamente, a la consideración de la causa en cuanto motivo de las partes para contratar. Consecuente con ello, *Hernández Gil* hace ver que "*a efectos del cumplimiento, no ha de reputarse indivisible todo el contenido del contrato*" (HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983, pág. 335); de lo cual se sigue que no se aplican, en este ámbito, principios que sí rigen tratándose del incumplimiento de las obligaciones, v.gr., la *indivisibilidad* e *integridad* del pago.



justificación obedece, también, a consideraciones jurídico-técnicas que forman parte de la estructura misma del contrato bilateral y que, según pretendimos demostrar, se explican en función de la "causa" en tanto *motivo* de la contratación y, más específicamente, de la *consideración que tiene una parte respecto de la obligación correlativa de la otra*.

Adicionalmente a las argumentaciones ya consignadas, confirma nuestra posición el hecho que la relevancia de la obligación incumplida o, en términos aun más generales, de los motivos que han inducido a contratar, sean frecuentemente considerados por el legislador al momento de regular otros efectos o sanciones diversas a la resolución. En este sentido, por ejemplo, pueden mencionarse las normas relativas al error, en cuanto vicio del consentimiento, el cual, si recae en una *calidad accidental* de la cosa sobre que versa el contrato, no permite demandar su rescisión, a menos que la consideración de tal calidad haya sido *el motivo principal* para contratar y ello sea, a su vez, conocido de la otra parte (art. 1554, inc. 2°). Lo propio puede decirse respecto del error que recae en la persona de la contraparte, la cual por regla general será intrascendente para la validez del contrato, salvo que la consideración de esa persona sea la *causa principal* del contrato (art. 1455).

Por otra parte, tratándose de los contratos *típicos* o *nominados*, la ley ha procedido, en más de una ocasión, a tomar en cuenta la relevancia de las obligaciones infringidas a fin de admitir o rechazar determinados efectos, v.gr. nulidad o resolución, como sanción asociada al incumplimiento. **Todavía más, cuando el legislador ha querido que el incumplimiento de obligaciones secundarias comprometa la subsistencia del contrato, así lo ha dicho de un modo explícito y preciso.** Tal es el caso, por ejemplo, de las hipótesis de evicción parcial de la cosa comprada o existencia de vicios ocultos en ella (arts. 1852, inc. 4° y 1868) y los supuestos de deterioros culpables o falta de cuidado de la cosa arrendada (arts. 1939, inc. 2°; 1972, inc. 2°; y 1979); en todos los cuales se admite, por la vía de la excepción calificada, que la infracción de una obligación *no esencial* a la compraventa o el arrendamiento determine, no obstante, la rescisión o resolución del contrato, según el caso. **Consecuencialmente, si la regla general del artículo 1489 fuera el que la acción resolutoria puede intentarse cualquiera que fuere la magnitud del incumplimiento o naturaleza de la obligación infringida, no tendría entonces sentido el que se hayan debido contemplar normas legales expresas que, como las citadas, confirieran explícitamente este derecho ante una infracción de obligaciones que no son relevantes o esenciales al contrato de que se trata.**

Sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, creemos que es posible arribar a conclusiones similares a las aquí postuladas si abordamos el asunto no ya desde la perspectiva “estructural” del contrato sinalagmático –y consecuentemente de la “causa”–, sino que únicamente desde la óptica del **consentimiento** que da vida al negocio jurídico. Según expresamos, en cualquier conflicto en el cual se trate de determinar el sentido y alcance que corresponde atribuir a determinada estipulación contractual y, por lo mismo, a la infracción de la misma, la labor interpretativa encomendada a los jueces obliga a éstos a indagar y establecer cuál ha sido la *voluntad real* de las partes (art. 1560). Si consideramos, a su vez, que el incumplimiento de la obligación que emana del contrato bilateral constituye, al menos para nuestro legislador, una “condición”, sería por tanto menester aplicar las disposiciones legales que reglan la forma o manera de interpretar esta clase de modalidades. Y dentro de aquellas, estimamos que el precepto relevante para el tema en análisis viene a ser el **art. 1483**, conforme al cual *“La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes”* (inc. 1º). Aplicando la citada norma al punto que interesa, y dado el obvio supuesto de no existir una voluntad clara, pensamos que ella exige al intérprete **examinar si la concreta infracción de obligación que se reprocha por una parte a la otra, se ajusta o no a criterios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación tales que permiten entender cumplida la condición resolutoria y declarar extinguido el contrato**. Así, por ejemplo, creemos que no sería *razonable* –y se apartaría por ende de la regla que fija el precepto legal aludido– que un tribunal estimara que cualquier incumplimiento, por leve que fuera, o la infracción de cualquier obligación, aún accesoria, hiciera procedente acoger una demanda de resolución de contrato.

Ahora bien, es importante considerar que la opinión que sustentamos en orden a rechazar la admisibilidad de la acción resolutoria para las hipótesis en que se esté en presencia de incumplimientos que, en el contexto de la concreta y particular relación jurídica, no revisten caracteres de relevancia, **ha sido recientemente acogida, y en términos explícitos, por nuestra Excma. Corte Suprema.**²¹ Conociendo de un recurso de casación en el fondo, nuestro más alto tribunal expresó:

²¹ El fallo pertinente (31.03.03) fue pronunciado en la causa *“Incomin con Enami”*, en la cual nos correspondió actuar como informante en derecho.

*“La fundamentación de este medio de defensa en una **inejecución de escasa entidad** puede atentar contra un principio rector en la ejecución de los contratos, como es la buena fe... La pretendida defensa de ENAMI, fundada en el **incumplimiento parcial** de “INCOMIN S.A.” respecto de las obligaciones que, en el contexto global del contrato, presentan una envergadura menor, no constituía un motivo suficientemente serio que la excusase de satisfacer su compromiso principal y básico para la ejecución del contrato como era aquél de entregar a “INCOMIN S.A.” la cantidad acordada de mineral en bruto para el procedimiento de lixiviación...” (Considerandos 47° y 48°). Más adelante, la misma sentencia señala: “Que, por consiguiente, los jueces de fondo no cometieron los errores de derecho denunciados en el recurso y que se relacionan con infracciones al principio de la “mora purga la mora”, al apreciar de la manera como lo hicieron, el incumplimiento por parte de ENAMI de la principal obligación que le exigía el contrato de maquila y **declarar la resolución de éste**, ordenando el pago de una indemnización a favor de la otra contratante, “INCOMIN S.A.” (Considerando 49°. Los destacados son nuestros).*

Para terminar, cabe señalar que así como el análisis que realicen los jueces frente a una determinada situación les permitirá rechazar la resolución como efecto del incumplimiento de una obligación accidental, existirán situaciones en las cuáles la infracción de una obligación, *aparentemente* secundaria, autorice ejercer la acción resolutoria. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de un cine en el cual se estipula, entre otras muchas, la obligación del arrendatario de “sanitizar” el recinto con la periodicidad que establece la respectiva ordenanza municipal. Supongamos, asimismo, que la falta de sanitización, conforme a dicha ordenanza, constituye una causal de revocación definitiva de la autorización que habilita para operar como cine. Ante un caso como el planteado, creemos que concurren circunstancias *particulares* que permiten atribuir a la obligación de sanitizar que contrajo el arrendatario (aunque no sea de la *esencia* del contrato de arrendamiento conforme al art. 1444) el carácter de una prestación principal o sustancial cuya infracción autorizaría declarar la resolución (o, más propiamente, “terminación”) del pertinente contrato.

B. ALCANCES DEL ARTICULO 1552 DEL CODIGO CIVIL RESPECTO DE LA RESOLUCION DE UN CONTRATO CON MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES PARA AMBAS PARTES.

1. Nuestra interpretación del artículo 1552. La excepción que contempla sólo se aplica en el evento que lo demandado sea la indemnización de perjuicios y no se extiende a los supuestos en que se pretenda la resolución del contrato o su cumplimiento forzado.

De acuerdo con lo prevenido por el artículo 1552 de nuestro Código Civil *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.²²

Pensamos que el referido precepto legal en realidad no contempla la mencionada *excepción* o, si se quiere, que sus alcances difieren con mucho del sentido que se le atribuye en otros ordenamientos jurídicos y, en todo caso, de la interpretación que desde antiguo se ha seguido entre nosotros.

Como es sabido, conforme a una generalizada opinión de nuestra doctrina, la *“excepción de contrato no cumplido”* obsta a que el contratante que está en mora pueda exigir tanto la *resolución* del contrato bilateral como el *cumplimiento* de la obligación de la otra parte, operando así como una causal legal que habilita para suspender la extinción de la convención o la ejecución de una obligación mientras quien reclame el cumplimiento no cumpla, a su vez, la suya, o no se allane a cumplirla. **Nuestra apreciación de la materia difiere radicalmente de la expuesta, estimando que dicha excepción no impediría demandar la resolución ni la ejecución forzada que reconoce el artículo 1489 del Código, aun cuando quien demanda se encuentre, a su vez, en mora o retardo de cumplir con su propia obligación.**

Para razonar de este modo nos basamos en las siguientes consideraciones:

a) Una simple lectura de los Códigos Civiles que nos exhibe el derecho comparado induce a pensar que el legislador nacional, al establecer la norma del art. 1552, no pretendió establecer aquello que doctrinariamente se

²² Todo indica que el precepto transcrito fue redactado sobre la base del art. 1907 del Código de Luisiana, conforme al cual *“En los contratos conmutativos en los que las obligaciones recíprocas deben cumplirse al mismo tiempo, o inmediatamente una después de las otras, la parte que desea constituir a la otra en mora, debe en tiempo y lugar expresados en el contrato o que resultan implícitamente de él, ejecutar u ofrecer ejecutar la obligación a la que se ha comprometido por su parte, según el contrato lo prescriba, de otra manera la otra parte no se constituirá en mora”*.

conoce como *exceptio non adimpleti contractus*. Según se demostrará enseguida, los ordenamientos jurídicos que consagran explícitamente tal excepción lo hacen directamente y sin ambages y, muchos de ellos, incluso en forma adicional al efecto que reglamenta nuestro artículo 1552.

En este sentido pueden citarse, por vía ejemplar, los siguientes cuerpos legales:²³ El Código Civil alemán de 1900 establece en su artículo 320: “*Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta que se efectivice la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectivización de toda la contraprestación... Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, la contraprestación no puede ser negada, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contraria a la fidelidad y buena fe*”. El artículo 1460 del Código italiano de 1942 previene: “*En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rehusar cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubieran establecido o que de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. Tampoco puede rehusarse a la ejecución, si, teniendo en cuenta las circunstancias, el rechazo fuera contrario a la buena fe*”. El Código Civil polaco de las obligaciones (año 1934) señala en su artículo 215: “*I) Las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en virtud de convenciones sinalagmáticas, deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que lo contrario resulte de la convención o de la naturaleza de la obligación. II) Cada una de las partes puede abstenerse de ejecutar su prestación mientras la otra parte no ejecute la suya*”; agregando en su artículo 217 que: “*La inexecución de una parte insignificante de la prestación no autoriza a rechazar la ejecución de la prestación recíproca, a menos que tal rechazo sea justificado por las circunstancias*”. El artículo 428 del Código Civil portugués establece: “*Si en los contratos bilaterales no hay plazos diferentes para su cumplimiento, cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación hasta que el otro no efectúe la que le corresponde o no ofrezca su cumplimiento simultáneo*”. El Código Civil argentino expresa, en su artículo 1201: “*En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo*”; disponiendo, en su artículo 510: “*En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva*”. El Código Civil boliviano, en su artículo 573 preceptúa: “*I) En los contratos de prestaciones recíprocas cual-*

²³ Sobre este particular, GASTALDI, José María, y CENTANARO, Esteban, *Excepción de Incumplimiento Contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

quiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. II) La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido sólo parcialmente su obligación; pero no podrá oponerla y no deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contraria a la buena fe". El Código Civil brasileño dispone en su artículo 1902: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes antes de cumplir su obligación puede exigir el cumplimiento de la que le incumbe al otro...". El Código Civil paraguayo de 1987 en su artículo 719 dispone: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación".

A partir de lo reseñado se podrá apreciar que, a diferencia de nuestro Código Civil y de aquellos que lo tuvieron de modelo –p. ej. colombiano y ecuatoriano– los ordenamientos que han optado por establecer la *exceptio non adimpleti contractus*, coinciden, con mayores o menores matices, en un mismo factor o elemento; a saber: explicitan claramente que tratándose de un contrato bilateral una de las partes no puede exigir el cumplimiento a la otra sino en los casos en que califique como contratante *diligente*, esto es, que haya cumplido lo que a su vez debe en virtud del contrato o que esté llano a cumplirlo.

De la sola lectura de nuestro artículo 1552, se infiere que su contenido, si bien puede aparecer inspirado en los mismos fundamentos de la excepción en análisis, se ha redactado en términos sustancialmente diversos de los observados por las legislaciones que sin duda alguna contemplan la referida excepción. Aun más, en algunas de ellas, v. gr. el Código Civil argentino, se establece una norma similar a la contenida en el art. 1552, de modo absolutamente *independiente* de otra disposición que sí consagra la "excepción de contrato no cumplido".

b) A nuestro juicio, el solo tenor del artículo 1552, por lo demás claro, permite determinar su sentido y alcance sin necesidad de recurrir a otros preceptos ni a posición doctrinaria alguna. En efecto, el precepto únicamente expresa que en un contrato bilateral ninguno de los contratantes se entiende en *mora* por el hecho de infringir su obligación si el otro, a su vez, no ha cumplido la suya o no se allana a cumplirla en el tiempo y la forma debidos. En consecuencia, en el ámbito que aquí interesa, es evidente que el legislador nacional sólo consideró la naturaleza bilateral del contrato y, por lo mismo, la eventual ruptura de la reciprocidad de las obligaciones que engendra, para un *único y preciso objeto*: determinar si

una de las partes está o no constituida en *mora* en el supuesto que incumpla la obligación.

Así las cosas, corresponde ahora preguntarse *¿y para qué efectos se regula la constitución en mora –o ausencia de ella– a que alude esta disposición legal?* Creemos que a la luz de las normas que fijan el contexto del precepto en estudio la respuesta se impone claramente: **con la finalidad de establecer si es o no procedente la indemnización de perjuicios que se deriva de un incumplimiento contractual.** Nada más ni nada menos.

No podemos desconocer el hecho que los fundamentos y razones que justifican la “excepción de contrato no cumplido” son análogos o, incluso, bajo determinados respectos, los mismos que sirven de basamento a la norma que impide a un contratante incumplidor constituir en *mora* a su contraparte. Pero de ahí a sostener que el art. 1552 dice algo que ni remotamente se deduce de sus términos, nos parece que existe un abismo que no es posible cruzar con el solo auxilio de una disquisición doctrinaria, por lógica y consistente que ésta sea en sí misma.

c) A primera vista, alguno podría reprocharnos que la argumentación anterior implica una visión “formalista” del derecho, que por lo mismo niega eficacia a los principios generales y, en definitiva, a la equidad que debe presidir toda labor hermenéutica. Por nuestra parte, estimamos que la interpretación expuesta, apreciada en conjunto con otras instituciones y principios generales del derecho, armoniza plenamente con las razones de justicia que podrían inspirar una apología de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Primeramente, creemos que la aceptación de esta “excepción”, con los caracteres asignados a ella por la doctrina y legislación que la admiten, implican atribuirle la naturaleza de un *modo de extinguir obligaciones*. En efecto, si se recuerda que lo esencial de este medio de defensa viene dado por la imposibilidad de exigir de la contraparte la ejecución forzada de su obligación en ausencia de un cumplimiento de la propia obligación, fácil será deducir que ello equivale a consagrar una nueva forma de extinguir obligaciones. Dicho en otros términos, si ambos contratantes han sido negligentes, dado que ninguno de ellos puede exigir del otro el cumplimiento de la obligación, no queda más que entender que sus obligaciones recíprocas se han extinguido. Incluso más. Atendido que tampoco se podría reclamar de la otra parte la pertinente indemnización de perjuicios, la infracción de las obligaciones por este “modo” extinguidas, ni siquiera sería susceptible de sustitución a través de la reparación pecuniaria del daño.

Adicional al hecho de entender nosotros que Bello jamás pensó consagrar la norma del art. 1552 como un modo de extinguir obligaciones, se abren también nuevas interrogantes: ¿no resultaría acaso inicu, o a lo menos incoherente, que el ordenamiento jurídico permitiera que los particulares incumplan sus obligaciones sin ninguna ulterior consecuencia por el mero hecho de que ambos han incurrido en la infracción? Semejante “solución” legislativa ¿no viene a recordarnos la “Ley del Talión” o la “autotutela” que los juristas modernos se jactan de haber dejado ya hace mucho tiempo en el pasado? ¿No se nos ha enseñado desde siempre que los contratos se celebran para ser cumplidos?

d) Lo probable es que una eventual refutación de nuestra tesis se presente vinculada con la “injusticia” que encierra una posición que permite a un contratante que ha infringido su obligación demandar el cumplimiento de su contraparte, la cual, de esta suerte, podría verse expuesta a satisfacer su prestación sin recibir aquello que a su vez se le debe en virtud del contrato.

Frente a ésta u otra similar observación, no vacilamos en responder que el propio ordenamiento jurídico contempla los medios necesarios para prevenir o remediar situaciones que, como la expuesta, puedan revelarse inicuas e indignas de tutela. Por de pronto, cabe recordar que sin necesidad alguna de echar mano de la *exceptio non adimpleti contractus*, es posible que frente a la acción de ejecución que deduzca un contratante que no ha cumplido a su vez lo suyo, el deudor reconvenido podría reaccionar a través de una *demanda reconvenional*. De esta manera, y supuesto que efectivamente ambas partes hayan incurrido en infracciones que les son imputables, por la vía de acoger ambas demandas o, si fuera del caso, declarar una *compensación judicial*, se arribaría a la solución que en justicia procede. En tal hipótesis, además, estimamos que la solución propuesta sería más equitativa que aquella resultante de simplemente “extinguir” el contrato en virtud de una autotutela fundada en un quebrantamiento recíproco de las normas legales y de la palabra empeñada. Ello queda particularmente de manifiesto, por ejemplo, cuando las obligaciones correlativas consisten en pagar una determinada cantidad de dinero, donde la respuesta ofrecida por la “excepción de contrato no cumplido”, al operar una suerte de extinción de las obligaciones correlativas, impide discriminar la cuantía que, a la época de oponerse, representa cada una de ellas; en cambio, mediante el expediente de la *compensación*, la extinción de las obligaciones necesariamente será la adecuada o proporcionada –y por ende la “justa”– puesto que las mismas se extinguirán hasta concurrencia de la de menor valor.

Un ejemplo ayudará a explicar mejor estas ideas. Supongamos que se celebra una compraventa por la cual se estipula el precio de 100. La mitad del



precio se paga de contado al momento de convenirse el contrato, quedando pendiente de pago el saldo restante, así como la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa comprada, pactándose, para el cumplimiento de ambas prestaciones, el plazo de seis meses. Una vez vencido el plazo estipulado para cumplir las pertinentes obligaciones, y sin que éstas se hayan ejecutado por causas imputables a negligencia de las propias partes, el comprador demanda el cumplimiento forzado del contrato, exigiendo al vendedor la entrega de la cosa.

De aceptarse la interpretación tradicional que se ha dado al art. 1552, el tribunal se vería obligado a rechazar la demanda, dado que, en razón del incumplimiento del comprador de pagar el saldo de precio pactado, el vendedor no puede entenderse constituido en mora y no le es exigible por tanto su propia obligación. Así las cosas, y de mantenerse la situación en el tiempo (ya que el comprador no estaría dispuesto a pagar el saldo de precio mientras no se proceda a la entrega), se llegaría a una situación evidentemente inícuca: el vendedor experimentaría un enriquecimiento injusto a expensas del comprador, el cual, por su parte, habría desembolsado un porcentaje significativo del precio, sin obtener contraprestación alguna por ello.

El resultado, en cambio, sería distinto en el evento de negar la procedencia de este medio de defensa, pudiendo cualquiera de las partes exigir el cumplimiento de su prestación a la otra; en el ejemplo planteado, ante la acción intentada por el comprador, el vendedor podría deducir demanda reconventional y, de este modo, ambas partes se hallarían en posición de ver satisfechos sus créditos, obteniendo del derecho una solución coherente con aquello que puede esperarse de éste al momento de convenir una cualquiera obligación.

e) Si no se aceptara la tesis aquí expuesta, particularmente tratándose de los contratos de *tracto sucesivo*, creemos que podría llegarse a soluciones absurdas, cuando no francamente inconvenientes para la estabilidad y coherencia de las relaciones jurídicas. En efecto, su rechazo supondría que ante la infracción de *ambas* partes en un contrato bilateral –dado que no es posible a ninguna de ellas demandar el cumplimiento ni tampoco la resolución o indemnización de perjuicios compensatoria– **no quedaría más “remedio” que mantener la relación contractual indefinidamente o hasta el infinito, perpetuando, de un modo forzado, la subsistencia de las obligaciones que aquella engendró.** Ello nos parece a todas luces un contrasentido, atentatorio, por lo demás, de la *seguridad* y la *certeza* que cabe reclamar de cualquier tipo de vinculación jurídica privada; estimando, en cambio, que frente a tales hipótesis, lo natural y razonable sería al menos permitir que se declare la terminación del contrato, desligando así

a las partes de una relación cuya permanencia en el tiempo no encuentra ya ninguna justificación lógica ni racional.

f) Junto con advertir que no tenemos noticia de que una opinión como la postulada por nosotros haya sido planteada hasta estos extremos ante la justicia ordinaria, hacemos sin embargo presente que ésta ha sido acogida al menos por un tribunal arbitral. En este sentido, estimamos digna de elogio la sentencia recaída en un importante litigio en el cual se expone, con singular lucidez, acerca de la que estimamos debe ser la acertada inteligencia del comentado artículo 1552.²⁴

De acuerdo con el tenor del fallo mencionado, *“No comparte el tribunal el alcance que atribuye a esta excepción la demandante, cuando dice que al deudor le asiste el derecho de negarse al cumplimiento de su obligación si el acreedor no cumple o no se allana a cumplir lo que debe, a su vez; y cree, por el contrario, que demandado el deudor por el acreedor que exige el cumplimiento de la obligación, aquél no puede esgrimir como excusa, para evitar dicho cumplimiento, que su contraparte también ha infringido la obligación correlativa; sin perjuicio de que pueda demandar recíprocamente al acreedor, lo que se logra por el procedimiento de la reconvencción. Ahora bien; la imputación de mora tiene relevancia cuando, como ocurre en la especie, se demanda indemnización de perjuicios, toda vez que la constitución en mora del deudor es uno de los elementos que la hacen a aquélla procedente”* (Considerando 50°. El destacado es nuestro).

2. Relevancia de la distinción entre obligaciones “sustanciales” y “secundarias” en los supuestos en que se invoque la excepción consagrada en el artículo 1552.

En el acápite precedente examinamos la relación que existe entre la *causa* como elemento o requisito del contrato bilateral, y el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones correlativas que nacen de esta clase de convenciones. Asimismo, analizamos de un modo especial la relevancia que surge de distinguir entre aquellas obligaciones que tienen un carácter *principal* y aquellas de naturaleza *secundaria* o *accidental*, principalmente con miras a determinar la influencia que la infracción de una u otra produce en relación con la *resolución* del contrato. De esta manera, concluimos que el factor o elemento esencial a considerar al momento de admitir o no la resolución como efecto asociado a una infracción contractual consiste,

²⁴ Sentencia pronunciada por el señor árbitro don VICTOR VIAL DEL RIO, con fecha 30 de junio de 1999, en la causa *“Minera Escondida con Norgener S.A.”*.

en último término, en la determinación de la real voluntad de las partes y cómo ésta debe proyectarse frente a las hipótesis de incumplimiento futuro. Por lo mismo, decíamos, únicamente en la medida que las *circunstancias particulares del caso concreto* sometido al conocimiento de un tribunal permitan atribuir a una obligación el carácter de principal o sustancial –y siempre que no se haya renunciado expresa o tácitamente a la acción resolutoria– su infracción permitirá demandar la resolución del contrato (o la “terminación”, si se trata de un contrato de *tracto sucesivo*).

Si examinamos, ahora, el artículo 1552, encontraremos que son aplicables las mismas nociones y argumentaciones expuestas en el capítulo anterior de estas notas. En efecto, si se tiene presente que al igual que la resolución, la excepción que estudiamos encuentra su fundamento en la *reciprocidad* de las obligaciones emanadas del contrato bilateral, todo lo que ya se dijo respecto de la influencia de la causa como justificación de la acción resolutoria –o de la inadmisibilidad de la misma– frente a las hipótesis de incumplimiento será también predicable a su respecto. De igual modo, cabe insistir en el hecho que la referida reciprocidad de las obligaciones no se traduce ni consiste en una fórmula aritmética o en una ecuación que opere de una manera automática. Por lo demás, un criterio distinto se hallaría en pugna con la noción más primaria del derecho, la cual indica que éste se vincula con *lo adecuado o lo justo*, según una cierta *proporción* o igualdad.

Incluso quienes aceptan que nuestro artículo 1552 permite enervar la acción destinada a exigir la ejecución forzada del contrato, rechazan que cualquier incumplimiento, v.gr. la infracción de una obligación *secundaria*, haga procedente esta excepción, debiendo, para que ésta sea acogida, hallarse referida a una obligación de una entidad o importancia suficiente o *adecuada* como para motivar en la contraparte un cambio o modificación sustancial en la *consideración* –es decir, en la “causa” o “motivo”– que se tuvo en vista al asumir la obligación *correlativa*. Conforme con esta doctrina, es precisamente tal circunstancia la que justifica o explica que el contratante diligente pueda *suspender* el cumplimiento de su propia obligación ante la infracción de su contraparte. No entenderlo así implicaría infligir una herida mortal a los requerimientos que impone la noción de la *buena fe contractual* (art. 1546). Refiriéndose a este mismo punto, *Claro Solar* nos dice: “Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos no puede resistirse a ejecutar su prestación fundándose en la inexecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíproca necesarias en la ejecución de los contratos”; agregando, más adelante, que “Si el principio de que deriva la excepción de inexecución reposa en la buena fe y en la lealtad con que deben cumplirse los contratos, debe estar de acuerdo con ella. El Código no contiene disposición

*especial que lo diga con referencia a esta excepción, cuyo nombre tampoco figura en su texto; pero no puede vacilarse en deducir de la regla general expresada en el art. 1546 las consecuencias que de tal regla se desprenden cuando se trata de prohibir, como cuando se trata de permitir, la invocación de la exceptio non adimpleti contractus".*²⁵

El predicamento expuesto ha sido expresamente aceptado por nuestro más alto tribunal de justicia, el cual ha fallado que "...la excepción de contrato no cumplido sólo se refiere al incumplimiento de las obligaciones propias de la esencia o de la naturaleza del contrato, **pero no a las accidentales**. Si quisiera aplicarse esta norma a las obligaciones accidentales, sería necesario que las partes lo hubiesen pactado expresamente".²⁶ Profundizando en esta línea argumental, la misma sentencia razona en los siguientes términos:

"Que si bien es cierto que el artículo 1552 referido dispone que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", es indudable que este efecto o sanción se está refiriendo únicamente, como norma o principio general de la materia, a las obligaciones propias de la esencia y de la naturaleza del contrato, pero no a las accidentales que sólo pueden ser establecidas por las partes y cuyos efectos serán, por consecuencia lógica, los que las partes establezcan... Que en el caso de las compraventas esta conclusión resulta más clara si se tiene en cuenta que la ley ha sido consecuente con este principio al sancionar expresamente ciertas obligaciones de las partes, pero sólo en casos que se refieren a obligaciones propias de cosas de su esencia o de su naturaleza, como son los casos que contemplan los artículos 1824, 1827 y 1871 del Código Civil al referirse, el primero, a las obligaciones del vendedor de la entrega y saneamiento de la cosa vendida y, los otros dos, a las obligaciones del comprador de recibir la cosa y de pagar el precio... Que las obligaciones que el ejecutado alega como incumplidas –referidas en el considerando cuarto– aun en el caso de ser efectiva su ocurrencia son cosas accidentales del contrato materia de la demanda, de modo que no podría tener el efecto que contempla el artículo 1552 del Código Civil, a menos que las partes lo hubieren pactado expresamente, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues si bien establecieron las obligaciones que se consignan en las cláusulas transcritas en el fundamento tercero, no les atribuyen en parte alguna del contrato el efecto que sobre la mora contempla dicha disposición legal, que, como se dijo, sólo puede referirse al incumplimiento de las obligaciones propias de la esencia o de la naturaleza del contrato, pero no a las accidentales" (Considerando N° 2. El destacado es nuestro).

²⁵ CLARO SOLAR, op. cit., pág. 790.

²⁶ Corte Suprema, 1985, *Gaceta Jurídica* N° 59, pág. 27.

En el mismo sentido del fallo comentado se ha pronunciado la doctrina extranjera, y así, por ejemplo, *Messineo* enseña que: “La excepción de incumplimiento –que puede hacerse valer solamente en el contrato con prestaciones recíprocas y no en el contrato con prestación de una sola parte ni tampoco en el contrato llamado sinalagmático imperfecto– consiste en la posibilidad de que un contratante se abstenga (legítimamente) de cumplir (es decir, suspenda) la prestación, si el otro no cumpliera (o no ofreciera cumplir) simultáneamente la suya, salvo que para el cumplimiento de ambas prestaciones las partes hubiesen establecido términos distintos o que éstos resultaran de la naturaleza del contrato. Sin embargo, entre un incumplimiento y el otro debe existir un nexo de causalidad; más aún, de recíproca influencia o dependencia”.²⁷ Igual opinión merece el tema a *Gastaldi* y *Centanaro*, para los cuales la materia “se vincula necesariamente con la relevancia del incumplimiento del excepcionado y debe tenerse en cuenta que no debe violarse la buena fe contractual”. Los mismos autores añaden: “La inexecución para que autorice la deducción de la *exceptio non adimpleti contractus* requiere que se refiera a la obligación principal y resulte suficientemente grave: en la falta de cumplimiento a una obligación accesoria, o en la inexecución de una parte mínima, de poca importancia, no puede fundarse la defensa. Lo contrario implicaría violar la lealtad y buena fe contractual...”.²⁸ Confirmando, por último, la misma tesis, los *Mazeaud* escriben: “No sería posible que un contratante pretextara un incumplimiento sin gravedad para negarse a su propia prestación”.²⁹

En suma, el principio general de la buena fe que preside toda la vigencia de la relación contractual, desde su inicio y hasta su término, por una parte, y la relación existente entre las obligaciones recíprocas que surgen del contrato bilateral, por la otra, exige que la obligación del contratante que opone la excepción contemplada en el artículo 1552 sea *adecuada* o *proporcionada* a los fines que el legislador tuvo en vista al consagrar tal institución.³⁰ Ello determina, a su vez, que la referida excepción deba ser rechazada si pretende fundamentarse en la infracción de una obligación *secundaria* o en un incumplimiento *menor* imputable al contratante contra quien se hace valer.

²⁷ MESSINEO, *Doctrina ...*, págs. 431 y 432.

²⁸ GASTALDI, op. cit., pág. 104.

²⁹ MAZEAUD, op. cit., pág. 376.

³⁰ Incluso para quienes admiten la procedencia de esta “excepción” en los supuestos en que se demanda el cumplimiento del contrato, entienden que dicha “adecuación” o “proporcionalidad” constituye también el fundamento de otra excepción –de la cual goza el contratante que demanda la ejecución y respecto de quien se hace valer el derecho consagrado en el artículo 1552–, la que se conoce con el nombre de “*exceptio non rite adimpleti contractus*”. Mediante tal excepción el acreedor que no ha cumplido con exactitud sino que *imperfectamente* su propia obligación, puede, no obstante ello, demandar la ejecución forzada de la obligación de su contraparte, ya que no existe la referida *adecuación* o *proporcionalidad* entre las infracciones imputables a ambos contratantes.

Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria

(Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*

Bruno Caprile Biermann

Magíster (D.E.A. Droit Privé Général)

UNIVERSIDAD DE PARIS II, FRANCIA

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCION

1. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha dictado las circulares N° 3.195, de fecha 4.10.2002, y N° 3.199, de 21.10.2002, que modificaron la Recopilación de Normas de esa Superintendencia en lo relativo a la Boleta Bancaria de Garantía e introdujeron la denominada "Carta de Garantía Interbancaria", respectivamente.¹

2. **Las circulares antes referidas importan una modificación del criterio que hasta ahora había sustentado la Superintendencia en cuanto a la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía.** En efecto, mientras el tenor anterior daba pie para entender que la Superintendencia estimaba que la boleta era un depósito irregular unido a una estipulación en favor de otro que daba lugar a una prenda de dinero en favor del beneficiario, hoy día parece evidente que se la califica como una garantía a primer requerimiento, con lo que se recoge el planteamiento que en tal sentido hiciéramos en otro trabajo anterior a la reforma.²

3. **Las mismas circulares modificaron también el ámbito de aplicación de la boleta bancaria, que se extiende considerablemente,** lo que naturalmente incrementará el uso de esta garantía y, consiguientemente, los litigios a que da lugar.

* Estando este trabajo en prensa, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras dictó la Circular N° 3224, de 27 de mayo de 2003, que modificó la normativa de la Carta de Garantía Interbancaria, que pasó a denominarse Carta de Garantía Interfinanciera.

¹ El tenor de las circulares puede consultarse en la página web de la Superintendencia: www.sbif.cl.

² En nuestro trabajo titulado *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento* (Editorial Jurídica de Chile, agosto 2002), publicado con anterioridad a las circulares 3.195 y 3.199, sostuvimos precisamente que la naturaleza jurídica de la boleta bancaria era la de una garantía a primer requerimiento. En el mismo sentido se pronunció Joel GONZÁLEZ (GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *La boleta bancaria de garantía: garantía a primer requerimiento*, Lexis Nexis, Conosur, 2002).

4. Finalmente, la circular N° 3.199 introdujo la denominada “Carta de garantía interbancaria”, institución hasta ahora desconocida en nuestro medio, y que según la circular citada no es sino una “variante de la boleta bancaria de garantía”. Interesa por tanto describir someramente la institución y sus particularidades que justifican que se la distinga como una variante de la boleta bancaria.

5. En los párrafos que siguen analizaremos sucintamente cada una de las tres cuestiones centrales que acabamos de enunciar:

I. LA SUPERINTENDENCIA MODIFICA SU CRITERIO Y RECONOCE QUE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA ES UNA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO

6. Debemos recordar que, en el derecho nacional, se han formulado diversas doctrinas destinadas a explicar la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía, las que analizamos en detalle en nuestro trabajo sobre la materia.³ La más difundida y aceptada por la doctrina nacional⁴ es aquella que postula que la boleta es un depósito de dinero que efectúa el tomador en las arcas del banco emisor, unido a una estipulación en favor de otro, esto es, en favor del beneficiario, que daba lugar a una prenda de dinero otorgada por el tomador al beneficiario.

Para los partidarios de esta tesis, el tomador efectúa un depósito de dinero en las arcas del banco emisor; como lo depositado es dinero, cosa fungible y consumible, el depósito tiene el carácter de irregular (art. 2221 C.C.). Agregan que el depositante *estipula en favor de un tercero*, el beneficiario, quien no participa en la convención (art. 1449 C.C.). En virtud de esta estipulación, el beneficiario adquiere un derecho propio y directo en contra del banco emisor, aun antes de su aceptación: el derecho personal a exigir la restitución de la suma depositada. Terminan señalando que de esta forma se configura entre el tomador y el beneficiario una garantía que se califica de *prenda de dinero*.

En resumen, las relaciones del tomador con el banco emisor se rigen por el contrato de depósito; las del banco con el beneficiario, por la estipulación

³ CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento*, Editorial Jurídica de Chile, agosto 2002, N° 52 y s.

⁴ En tal sentido VARELA VARELA, Raúl, comentario a Cas. fdo. 11/01/1947, RDJ 1948, I, 120; GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel, *La boleta bancaria de garantía*, Memoria, U. Católica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1962, N° 182; SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 1999, T. II., N° 415 a 424, págs. 446 a 453; y “Las garantías a primer requerimiento. Situación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 198, julio-dic. 1995, N° 197.



a favor de otro; y entre el tomador y beneficiario se configura una prenda de dinero.

7. Pero dicha doctrina estaba lejos de ser la única. Así, don Alvaro PUELMA entiende que se trata de un negocio fiduciario;⁵ se imputa a don Pedro RODRIGUEZ GONZALEZ⁶ la afirmación de que su naturaleza sería la de una prenda que recae sobre un crédito. Para don Raúl VARELA MORGAN⁷ se trata de un título de crédito y para don Rodrigo WINTER IGUALT⁸ debe calificársela como un mandato o comisión mercantil conferido por el tomador al banco, que da origen a la emisión de un título de crédito por este último, existiendo un contrato innominado de garantía entre el tomador y el beneficiario.

8. La doctrina mayoritaria parecía contar con el favor de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, toda vez que el capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de esa Superintendencia, que regula precisamente la boleta bancaria de garantía, parecía abanderizarse por esa teoría. Pese a que ignoramos las fuentes que la Superintendencia tuvo a la vista al dictar las circulares N° 3.195 y 3.199,⁹ del examen de las modificaciones se colige inmediatamente el cambio de criterio, para concluir que hoy día, según la Superintendencia, la boleta bancaria de garantía debe calificarse como una garantía a primer requerimiento. En los numerales que siguen procuraremos demostrar esa afirmación.

9. El capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N° 3.195, disponía que "La boleta de garantía es, en forma genérica, un *depósito de dinero* que constituye en un banco, el depositante o tomador, a favor de un beneficiario". Más adelante se leía "El *depósito de garantía* origina la emisión, por parte del banco, de la llamada "boleta de garantía". El tomador de la boleta puede enterar el correspondiente *depósito en dinero efectivo o bien mediante un préstamo*

⁵ PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Estudio Jurídico sobre Operaciones Bancarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 1971, N°s 58 a 62, págs. 64 a 69; y N°s 113 a 123, págs. 87 a 97.

⁶ RODRIGUEZ GONZALEZ, Pedro, *Dinero y Obligaciones de Dinero*, Editorial Jurídica de Chile, 1941, N° 78, págs. 85 y s.

⁷ VARELA MORGAN, Raúl, "Apuntes taquigráficos de clase sobre Boleta de Garantía", en *Cursos de Derecho Bancario* organizados por la Universidad Católica de Chile y por ICARE, inédito, citado por GONZALEZ SAAVEDRA, Miguel, ob. cit., N° 103 y 104.

⁸ WINTER IGUALT, Rodrigo, *Boleta de Garantía*, Serie Estudios Financieros-Legal, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, Geser Impresores Ltda., 1995, págs. 86 y s.

⁹ En la circular N° 3.195 se lee que "Esta superintendencia ha resuelto modificar algunas de las disposiciones relativas a la emisión de boletas de garantía, sobre la base de la experiencia recogida en el uso de este instrumento y de las consultas que se han recibido sobre diversos aspectos atinentes a sus aplicaciones y condiciones". Lamentamos que, pese a nuestros reiterados requerimientos, no nos fue posible obtener de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras mayores precisiones acerca de las fuentes citadas.

que le puede otorgar para ese fin la institución bancaria". En otro párrafo se disponía: "De acuerdo con lo dispuesto en el N° 10 del artículo 83 de la Ley General de Bancos –hoy artículo 69 N° 13–, la boleta de garantía representa una caución y *la institución con la que presenta mayor semejanza es con la prenda de dinero que se deposita en poder de un tercero*".

10. Un estudio detenido de las modificaciones introducidas por la circular N° 3.195 permite deducir que éstas inciden en los siguientes aspectos:

11. a) Se abandona la calificación tradicional de depósito irregular unido a una estipulación en favor de otro que da lugar a una prenda de dinero, al suprimirse las frases que permitían fundar esa teoría, y se reconoce que la boleta bancaria es una caución.

En efecto, en el N° 1.1 del capítulo 8-11, se reemplazó la frase "La boleta de garantía es, en forma genérica, un *depósito de dinero*", por otra que reza "La boleta de garantía es una *caución*".

En el mismo sentido, se suprime la frase "la institución con la que presenta mayor semejanza es con la *prenda de dinero* que se deposita en poder de un tercero", supresión que elimina la referencia a otro de los pilares fundamentales de la teoría tradicional.

Finalmente, se suprime la frase del numeral 1.2, que disponía "el plazo que tiene el banco para restituir la cantidad depositada, después de haber sido requerido para ello". Esta modificación ataca el tercer pilar de la teoría tradicional, a saber, la existencia de una estipulación en favor de otro. Así, la doctrina tradicional sostenía que el tomador efectuaba un depósito irregular en las arcas del banco unido a una estipulación en favor del beneficiario, en virtud de la cual este último adquiriría la calidad de depositante. En ese contexto, era natural sostener que cuando el banco pagaba el importe de la boleta al beneficiario, no hacía sino "restituir la cantidad depositada". Hoy día parece claro que el banco emisor, al pagar la boleta, no está restituyendo depósito alguno, sino que cumple una garantía a la que se había obligado.

En síntesis, las modificaciones introducidas por la circular N° 3.195 eliminan los tres pilares de la doctrina tradicional: el depósito irregular, la prenda de dinero y la estipulación en favor de otro.

12. La utilización de la expresión "caución" es técnicamente correcta. Debe recordarse que, si bien las expresiones "caución" y "garantía" suelen

emplearse como sinónimas, la doctrina más entendida las distingue, con una relación de género a especie. "Se entiende por *garantía* todo acto o cualidad que se le agrega a un crédito, y por *caución* una *obligación* cuya función es asegurar el cumplimiento de otra"¹⁰ (art. 46 C.C.). En esa acepción, son garantías y no cauciones, por no ser obligaciones contraídas para asegurar el cumplimiento del crédito: la excepción de contrato no cumplido (art. 1552 C.C.), el derecho legal de retención (arts. 662, 756, 914, 1937, 2162 C.C. y 545 a 548 C.P.C.), los privilegios (art. 2470 C.C.), la cláusula de reserva de propiedad (arts. 680 y 1874 C.C.). La boleta bancaria de garantía es propiamente una caución, por ser una obligación que asume el banco emisor para asegurar el cumplimiento de otra obligación asumida por el tomador.

13. Nótese también que no todas las cauciones son accesorias, como ocurre precisamente en el caso de la boleta bancaria de garantía. Las garantías a primer requerimiento, entre las que se cuenta la boleta bancaria de garantía, tienen precisamente la característica de ser autónomas o independientes del negocio garantizado, por lo que no existe un vínculo de accesoriedad con éste. La solidaridad es también una caución que no puede ser calificada de accesoría y que, por lo mismo, escapa a la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

14. b) Entre las diversas cauciones, la boleta bancaria es una de aquellas que la doctrina conoce como garantía a primer requerimiento.

Nos parece que la modificación introducida por la circular N° 3.195 es clara en tal sentido, al disponer que el banco "se compromete *incondicionadamente* a su pago *a solo requerimiento* del beneficiario". Más adelante agrega que "la obligación de pagar la boleta será siempre *incondicionada* para el banco". Los términos empleados son inequívocos, ya que se utiliza precisamente la expresión con que se designan estas garantías: "a primer requerimiento". La modificación recoge entonces el planteamiento central que hicieramos en nuestro trabajo sobre la materia, que se evocaba incluso en el título del mismo "La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento".¹¹ Tampoco debe olvidarse que los artículos 30 y 227 de la Ley 18.045, sobre mercados de valores, ya disponían expresamente que el banco emisor debía pagar la boleta a "simple requerimiento".¹²

¹⁰ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones*, Departamento de Derecho Privado, 1995, T. II, vol. I, pág. 57.

¹¹ Cf. supra nota al pie N° 2.

¹² Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 149 y s., págs. 120 y s.

15. **Se han definido las garantías autónomas como una “obligación de pagar una suma determinada, tomada en consideración a un contrato base y para garantizar su ejecución, pero constitutiva de una obligación independiente del contrato garantizado y caracterizada por la inoponibilidad de las excepciones derivadas de ese contrato”.**¹³

16. **Entre los diversos tipos de garantías autónomas, la boleta bancaria es, por regla general, una garantía a primer requerimiento.**¹⁴ En éstas, el principio de inoponibilidad de excepciones se aplica con especial vigor, toda vez que tales garantías deben ser pagadas a primer requerimiento y el cobro de la garantía es, para el beneficiario, discrecional, siempre que intervenga durante el período de vigencia previsto en el contrato y que no aparezca como manifiestamente abusivo... En esta situación, el garante y, a través suyo, el tomador, quedan totalmente entregados a la buena fe del beneficiario, bajo reserva de un hipotético recurso contra este último en caso de cobro injustificado”.¹⁵ En definitiva, el cobro de la garantía queda entregado a la “simple declaración de voluntad del beneficiario”.¹⁶

17. **La calificación como garantía a primer requerimiento es trascendental, toda vez que de ella depende el estatuto jurídico aplicable a la boleta.** En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las garantías tradicionales, las normas legales que regulan la boleta bancaria son escasas: el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos (L.G.B.), complementado por el capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia. En ese contexto, cobra particular importancia la calificación que se atribuya a la institución, ya que de su naturaleza jurídica dependerá el estatuto que le será aplicable. Así, **si se admite que se trata de una garantía a primer requerimiento, entonces se rige por el principio de inoponibi-**

¹³ Cf. SIMLER, Philippe, *Garanties Autonomes*, Juris Classeur Civil, App. art. 2011 à 2043, fasc. 10, N° 2 (traducción libre). Del mismo autor puede consultarse *Cautonnement et garanties autonomes*, LITEC, 3ª ed., 2000. Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N°s 135 y s., págs. 109 y s.

Se ha dicho también que son un “contrato por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario mismo y, por regla general, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantizado, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño” SESTA, Michele, *Pagamento a prima richiesta*, en *Contratto e imprese*, Cedam, Padua, 1985, N° 3, pág. 939, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las garantías a primera demanda*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, N° 2, 1993, N° 2, pág. 94.

¹⁴ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N°s 151 y s., págs. 121 y s.

¹⁵ SIMLER, Philippe, *Garanties Autonomes*, Juris Classeur Civil, ob. cit., fasc. 10, N° 62 (traducción libre).

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las garantías a primera demanda*, ob. cit., N° VIII, pág. 104.



lidad de excepciones, en virtud del cual el garante no puede excusarse de pagar invocando excepciones o defensas derivadas del contrato garantizado. De ahí deriva que la extinción por cualquier causa de contrato garantizado, su nulidad o resolución, no liberan al banco emisor de la obligación de satisfacer la garantía. Por lo mismo, el incumplimiento del contrato base por el beneficiario e incluso el cumplimiento cabal del mismo por el tomador son, en principio, insuficientes para impedir o retardar el pago de la boleta.¹⁷

18. **El rigor del principio de inoponibilidad de excepciones tiene un límite: se puede oponer al beneficiario el fraude o abuso manifiesto que resulte de prueba líquida.** En las garantías autónomas es perceptible una constante tensión entre la aplicación estricta del principio de inoponibilidad de excepciones, indispensable para la eficacia de la garantía, y la necesidad de impedir los excesos en que puede derivar, particularmente en el caso de las garantías a primer requerimiento. La doctrina y jurisprudencia comparada han sentado, después de una larga evolución no exenta de ciertos movimientos pendulares, que el rigor del principio sólo cede en caso de fraude o abuso manifiesto que resulte de prueba líquida.¹⁸

19. **c) En la boleta bancaria es el banco emisor (no el tomador) el que asume el rol de garante.**

La doctrina tradicional considera que es el tomador el que otorga la garantía, ya que es éste quien constituye una "prenda de dinero" en favor del beneficiario. Esta concepción encontró acogida entre los operarios de la garantía, quienes suelen razonar sobre la base de que es precisamente el tomador el constituyente de la garantía. Un examen más detenido demuestra que, en realidad, es el banco emisor el que asume el rol de garante, pues es el mismo banco el que constituye una garantía personal para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del tomador para con el beneficiario. Este criterio fue recogido por la circular N° 3.195, que sustituyó la frase "La boleta de garantía es, en forma genérica, un depósito de dinero que constituye en un banco el depositante o tomador, a favor de un beneficiario" por la siguiente: "La boleta de garantía es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el "Tomador" a favor de otra persona llamada "Beneficiario". Nos parece claro que hoy día el constituyente de la garantía ya no es el tomador, sino el banco emisor.

¹⁷ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 164 y s., págs. 129 y s.

¹⁸ Para mayor detalle acerca del principio de inoponibilidad de excepciones, su límite (el fraude o abuso manifiesto), y los mecanismos procesales para detener el pago de la boleta puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 238 y ss.

20. d) La modificación reafirma que la calificación de garantía a primer requerimiento es valedera tanto para las denominadas boletas “contra efectivo” como para las que se emiten “contra crédito”.

El capítulo 8-11, en su tenor anterior a la circular N° 3.195, distinguía claramente entre el “depósito de garantía”, en que el tomador enteraba en forma efectiva el importe de la boleta en las arcas del banco emisor, y la “boleta de garantía”, en que el tomador obtenía un crédito en el mismo banco emisor, documentado generalmente mediante un pagaré, con el cual se entendía que enteraba el depósito necesario para la emisión de la boleta.¹⁹ Como es natural, la distinción sirvió para fundar la teoría del depósito irregular: se afirmaba que el tomador obtenía un crédito del banco emisor y luego depositaba el dinero recibido en las arcas del mismo banco para obtener la emisión de la boleta de garantía. La distinción se fundaba en los mismo términos del art. 69 N° 13 de la L.G.B., que alude a “depósitos o boletas de garantía”.

La modificación introducida por la circular N° 3.195 constituye un avance, pues el “depósito de garantía” y la “boleta de garantía” dejan de ser percibidas como instituciones distintas, para afirmarse que no son sino “dos maneras” de obtener que el banco emita una boleta bancaria, que “*en ambos casos el banco emite un documento llamado “boleta de garantía”*”.²⁰

21. Creemos que la circular N° 3.195 pudo haber ido más allá y reconocer derechamente que estas modalidades no inciden en la calificación de la boleta, sino en las garantías que preconstituye el banco emisor para recuperar el importe de la boleta, para el caso que sea obligado a pagarla.

¹⁹ En el N° 1.1 del Capítulo 8-11 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N° 3.195, se leía: “Cuando el depósito se constituye en forma efectiva por el tomador, se le llama propiamente “depósito de garantía”, y cuando el tomador obtiene un crédito en el mismo banco emisor, que se documenta generalmente mediante un pagaré, se le denomina “boleta de garantía”, sin que esta distinción produzca efectos prácticos para el beneficiario”. Más adelante se agregaba que “El tomador... obtiene la emisión de la boleta mediante un depósito en dinero efectivo o un préstamo que la institución bancaria le otorga para tal fin”.

²⁰ La circular N° 3.195 dispuso que “Existen *dos maneras* de obtener que un banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco”. “Aun cuando en el primer caso se llamaría propiamente depósito de garantía, en realidad, en ambos casos el banco emite un documento llamado “boleta de garantía”, en el que se compromete incondicionadamente a su pago a solo requerimiento del beneficiario. La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco.”

Tal como sostuviéramos en nuestro trabajo sobre la materia,²¹ las modalidades de boleta “contra efectivo” o “contra crédito” sólo interesan para precisar los efectos entre el tomador y el banco emisor y, más precisamente, la forma en que el banco emisor recupera los fondos pagados al beneficiario en el caso que la boleta sea cobrada. El N° 1.1 del capítulo 8-11 dispone expresamente que esta distinción “no produce efectos prácticos para el beneficiario”.

Antes de emitir la boleta, el banco puede exigir al tomador garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación de restitución para el caso en que la boleta se haga efectiva. La obligación garantizada es, en la especie, la del tomador de restituir al banco lo que deba pagar al beneficiario en caso que este último presente la boleta a cobro. Así, es frecuente que el banco exija, además de la suscripción de un pagaré por el importe de la boleta, un garante que avale dicho pagaré, e incluso la constitución de garantías hipotecarias o prendarias. La garantía más perfecta será la entrega de una cantidad de dinero equivalente al importe de la boleta, cantidad que quedará en poder del banco para el caso en que ésta se haga efectiva. Creemos que esta entrega de dinero no puede ser calificada de “depósito”, sino como una garantía fiduciaria, es decir, como la transferencia fiduciaria de la propiedad del dinero que efectúa el tomador al banco a título de garantía.²² Evidentemente, si la boleta es cobrada, el banco se pagará con la garantía en dinero, debiendo procederse a ajustar los eventuales saldos, lo que no es más que la forma natural de realización de las garantías fiduciarias.

22. e) Dado que se trata de una garantía, la boleta bancaria no puede cederse conforme a las normas de derecho común que rigen la cesión de créditos nominativos (arts. 1901 y s. C.C. y arts. 162 y s. C.CO.).

El capítulo 8-11, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N° 3.195, disponía que “Por otra parte, como la Ley 18.092 sobre letras de cambio y pagaré, en su artículo 18, permite el endoso aun cuando el documento no esté a la orden, conviene agregar en las boletas de garantía el término “no endosable”, que el mismo artículo establece *para que sea aplicable la transferencia conforme a los preceptos que rigen los créditos nominativos*, permitiendo sin embargo el endoso en comisión de cobranza, todo lo cual se aviene con la naturaleza jurídica de este especial documento”.

²¹ Ob. cit., N° 156, pág. 124.

²² Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N°s 75 y s., págs. 69 y s.

La frase en cursiva, que fue suprimida por la circular N° 3.195, razonaba sin lugar a dudas bajo los postulados de la teoría tradicional. Así, si bien el documento "boleta de garantía" no podía circular por endoso translaticio de dominio, puesto que en él se incorporaba la mención "no endosable", no era menos cierto que el tomador había efectuado un "depósito irregular" en las arcas del banco, y el crédito que adquiriría el tomador contra el banco por el mismo "depósito" podía circular conforme a las normas del derecho común que rigen la cesión de créditos (arts. 1901 y s. C.C. y arts. 162 y s. C.CO.). En otras palabras, si bien el tomador no podía endosar la boleta bancaria, nada le impedía ceder a un tercero el crédito de que disponía contra el banco por el dinero "depositado".

Se trata de uno de los tantos inconvenientes a que conducía la teoría tradicional, al entender que existía un verdadero depósito irregular.²³ Ya dijimos que, a nuestro juicio, en la boleta de garantía no existe tal depósito. Tratándose de las conocidas como "boletas contra crédito", no existe tal depósito, toda vez que no se vislumbra la entrega, elemento esencial de ese contrato real. En las "boletas contra efectivo", en cambio, el dinero entregado por el tomador al banco emisor no es sino una garantía fiduciaria para asegurar la obligación de restitución del mismo tomador para con el banco para el caso que el beneficiario cobre la boleta.

La supresión de la frase referida manifiesta claramente que las normas de la cesión de créditos nominativos no son aplicables y constituye un argumento más para desechar la teoría tradicional en pro de la que la califica como una garantía autónoma.²⁴

²³ Otra de las grandes dificultades de la idea del depósito era la posibilidad de que el dinero "depositado" por el tomador en las arcas del banco pudiera ser embargado por un acreedor del mismo tomador, lo que generó la consagración expresa de la inembargabilidad que prevé el art. 69 N° 13 de la L.G.B. Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N°s 8 y 9, págs. 20 y 21, 96 y s., págs. 84 y s.

²⁴ Para mayor detalle acerca de la validez de la transferencia o transmisión de la garantía, tanto de la boleta bancaria como de garantías autónomas que no sean boletas bancarias de garantía, puede consultarse nuestro trabajo sobre el tema, ob. cit., N°s 166 y s., págs. 130 y s.

II. LA EXTENSION DEL AMBITO DE APLICACION DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTIA

23. La circular N° 3.195 extendió notablemente el ámbito de aplicación de la garantía, no sólo en cuanto a los sujetos que pueden requerir al banco la constitución de la garantía (1), sino también en cuanto a las obligaciones que pueden ser garantizadas (2).

1. La extensión en cuanto a los sujetos que pueden requerir al banco el otorgamiento de la garantía.

24. La circular N° 3.195 dejó claramente establecido que el tomador de la boleta puede requerir su emisión sea para garantizar obligaciones propias o de un tercero. En efecto, la citada circular modificó el N° 1.1 del capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas, disponiendo que la boleta bancaria de garantía puede tener por objeto "garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída *por el tomador o un tercero* a favor del beneficiario". Más adelante, al describir las partes que intervienen en la operación, agregó: "el tomador de la boleta de garantía, que puede ser depositante o deudor del importe de la misma y que *no necesariamente será el que contrajo la obligación que cauciona la boleta*".

Nótese que la redacción anterior a la modificación permitía cuestionar la validez de la boleta emitida para asegurar el cumplimiento de la obligación de un tercero, ya que el capítulo 8-11 disponía que el tomador requería la boleta "en garantía del buen cumplimiento de una obligación asumida por *aquél* ante ese beneficiario". Además, al describir al tomador, preceptuaba que "el tomador de la boleta de garantía es aquella persona que necesita garantizar el cumplimiento de una obligación principal".

2. La extensión en cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento puede garantizarse mediante la emisión de una boleta bancaria de garantía.

25. La circular N° 3.195 extendió también el ámbito de aplicación de la boleta bancaria de garantía en cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento puede asegurarse mediante esta caución. El segundo numeral del capítulo 8-11 dispone hoy día que "Las empresas bancarias pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de *obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea para cumplir su objeto o la indemnización de perjuicios* por el incumplimiento, *con exclusión de las obligaciones de crédito de dinero* defi-

nidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Dentro de este concepto se comprenden las que tengan por objeto garantizar la *devolución de los anticipos* recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer”.

26. Las modificaciones introducidas por la circular N° 3.195 al texto anterior²⁵ inciden en los siguientes aspectos:

27. a) La boleta, que antes sólo podía garantizar el cumplimiento de obligaciones de hacer, puede hoy día asegurar obligaciones de dar, hacer o no hacer, con la sola exclusión de las operaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010.

Con anterioridad a la circular N° 3.195, “las empresas bancarias sólo podían emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de las *obligaciones de hacer*, esto es, para caucionar obligaciones que no sean de crédito de dinero”. No obstante, se permitía emitir boletas que garantizaran la devolución de anticipos (que sin lugar a dudas es una obligación de dar) siempre que éstos hubieren sido recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer.

Hoy día se permite a los bancos emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de *obligaciones de dar, hacer o no hacer*, con la sola exclusión de las obligaciones (debiera decir operaciones) de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Se mantiene la posibilidad de emitir boletas que garanticen la devolución de anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer.

La modificación es sustancial. **Mientras antes de la circular N° 3.195 las obligaciones que podían ser garantizadas mediante la boleta bancaria**

²⁵ El N° 2 del capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N° 3.195, disponía: “Las empresas bancarias sólo pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, esto es, para caucionar obligaciones que no sean de crédito de dinero. Dentro de este concepto se comprenden también las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer. Las que se requieran a favor de organismos del sector público, se sujetarán a lo señalado en el N° 3 de este capítulo”.

“Asimismo, se encuentran comprendidas dentro de los fines para los cuales pueden emitirse, las boletas de garantía que se otorguen para caucionar el fiel desempeño del cargo de director de una sociedad anónima, cuando los estatutos de la sociedad así lo contemplen, y para garantizar el correcto y cabal cumplimiento de las obligaciones de los Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, en virtud de las disposiciones legales expresamente contenidas en la Ley 18.045 de 1981”.

Por su parte, el N° 3 del mismo capítulo, referido a las “Boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público”, disponía que “Los bancos podrán emitir boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público para garantizar obligaciones que representen la entrega diferida de una suma de dinero, cuando la exigencia de otorgar tales boletas emane de la institución a cuyo favor se extiendan los referidos documentos”.

eran más bien excepcionales, hoy día se constituyen en la regla general. En rigor, hoy día toda obligación puede ser garantizada mediante una boleta bancaria, salvo las operaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Nótese que las únicas exceptuadas son las operaciones de crédito de dinero, de modo que las obligaciones de dinero que no son operaciones de crédito de dinero,²⁶ tales como el saldo de precio de una compraventa,²⁷ la obligación de pagar la renta de arrendamiento, etc., pueden ser objeto de esta caución. Más adelante veremos que excepcionalmente se admite que ciertas operaciones de crédito de dinero puedan ser garantizadas mediante una variante de la boleta bancaria: la carta de garantía interbancaria.²⁸

28. b) La boleta no sólo puede asegurar el cumplimiento en naturaleza de las obligaciones antes referidas, sino también el cumplimiento por equivalencia o indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de las mismas.

La circular N° 3.195 permitió expresamente que la boleta pueda asegurar no sólo el cumplimiento en naturaleza de las obligaciones referidas en el numeral precedente, sino también “la indemnización de perjuicios por el incumplimiento”.

Hay que tener presente que una cosa es que la boleta pueda garantizar “la indemnización de perjuicios por el incumplimiento” y otra distinta es la forma en que se determinarán esos perjuicios. En rigor, si se estipula en la boleta que ésta asegura el pago de los perjuicios, pero las partes no previeron la forma en que se avaluarán los perjuicios, no quedará más remedio que recurrir al juez para su determinación.

El punto se relaciona con otro que analizamos detenidamente en nuestro trabajo sobre la materia,²⁹ a saber, las diferencias que normalmente se producirán entre el monto de la boleta bancaria de garantía y el de los perjuicios efectivos que haya sufrido el beneficiario, ya sea porque el monto de la boleta excede el de los perjuicios, ya sea porque es inferior a éstos. En ese texto expusimos que, a nuestro juicio, el otorga-

²⁶ Para la distinción entre obligación de dinero y operación de crédito de dinero puede consultarse ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1993, N° 359, pág. 299; RAMOS PAZOS, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1999, N° 52, pág. 63.

²⁷ El art. 26 de la Ley 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, hace aplicables las reglas de los arts. 2º, 8º y 10 de la misma ley a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles. En consecuencia, para los demás efectos legales, la obligación de pagar el saldo de precio de una compraventa es una obligación de dinero y, por lo mismo, su pago puede ser caucionado mediante una boleta bancaria de garantía.

²⁸ Cf. infra N° 35.

²⁹ Ob. cit., N°s 231 y s., págs. 171 y s.

miento de una boleta bancaria de garantía no importa por se la estipulación de una cláusula penal, de modo que, a falta de ésta, si el monto de la boleta excede al de los perjuicios efectivos, el beneficiario debe restituir la diferencia al tomador. Asimismo, en el caso inverso, el beneficiario tiene derecho a demandar al tomador el pago de los perjuicios no cubiertos por la boleta. Por lo mismo, subrayamos la conveniencia para el acreedor de estipular una pena cuyo monto fuera igual o superior al de la boleta. Así, producido el incumplimiento, al beneficiario le basta cobrar la boleta y luego compensar el monto de ésta con el de la cláusula penal, haciendo definitivamente suyos los fondos.

29. c) Finalmente, la circular N° 3.195 unificó el tratamiento de las boletas de garantía emitidas en favor de privados y aquellas en favor de instituciones, empresas u organismos del sector público.

La circular N° 3.195 suprimió el N° 3 del capítulo 8-11, que regulaba las “boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público”, unificando el tratamiento con aquellas que se emiten en favor de agentes del sector privado, reguladas en el N° 2 del mismo capítulo 8-11. Por lo mismo, incorporó la mención de que “se encuentran comprendidas dentro de los fines para los cuales pueden emitirse, las boletas de garantía que se otorguen para caucionar el pago de impuestos, derechos de aduana u otras cargas pecuniarias a favor de entidades del sector público o privado”.

III. LA CARTA DE GARANTIA INTERBANCARIA: UNA VARIANTE DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTIA

30. La circular N° 3.199, de 21 de octubre de 2002, modificó la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, incorporando el capítulo 8-12 sobre “Cartas de garantía interbancarias. Movilidad de garantías”.³⁰

La misma circular define la carta de garantía interbancaria como una variante de la boleta bancaria de garantía, por lo que la relación entre ambas instituciones es evidente. En efecto, en la circular N° 3.199 se lee que “La carta de garantía interbancaria es un documento que, como una variante de la boleta bancaria de garantía, se reconoce como

³⁰ Como se dijo, el tenor de la circular puede consultarse en la página web de la Superintendencia: www.sbif.cl.

un instrumento válido para caucionar obligaciones que un deudor tenga en una institución financiera distinta de aquella que la otorga". Por lo mismo, todas las propiedades y características de la boleta y, en especial, el principio de inoponibilidad de excepciones, son aplicables a la carta de garantía interbancaria. La obligación perentoria de pagar la carta de garantía "de inmediato y sin más trámite", contenida en el N° 2 letra b) de la circular, reafirma que se trata de una garantía a primer requerimiento.

31. La aplicación de la carta de garantía interbancaria está limitada a las dos finalidades específicas que la misma circular N° 3.199 establece y que, dado que se trata de una institución desconocida hasta ahora, nos atrevemos a transcribir :

"a) Servir de garantía del cumplimiento de una obligación asumida por un cliente en otra institución financiera. Para este efecto, el banco emisor deberá contar con la provisión de fondos correspondiente o bien otorgar un crédito que le permita cumplir con la garantía otorgada. La aplicación más frecuente en estos casos, será aquella que ha motivado el uso de la carta de resguardo a que se refiere el capítulo 9-5 de esta recopilación, esto es, la asunción por parte de un banco de la obligación de pagar una suma de dinero a otra institución financiera, cuando éste se ha allanado a alzar una hipoteca o una prohibición que garantice cualquier obligación de que sea titular. En este caso el banco pagador, emisor de la carta de garantía, se compromete a pagar cuando se haya inscrito una hipoteca o prohibición a su favor. El otorgamiento de esta carta de garantía no irroga la obligación del banco de contabilizarla como un crédito al cliente. Una vez emitida, compromete pura y simplemente al emisor frente a la institución beneficiaria, independientemente de las relaciones que aquel tenga con el solicitante".

"b) Garantizar a otro banco la obligación de un cliente que le ha otorgado garantías reales. Ej.: Un cliente del Banco A ha constituido hipoteca a su favor sobre una propiedad que está tasada en \$ 100.000.000 y le ha otorgado una línea de crédito de \$ 25.000.000. El cliente quiere obtener otro crédito en el Banco B, pero no dispone de otra garantía.

Le pide entonces al Banco A que le otorgue una carta de garantía interbancaria por \$ 20.000.000 a favor del Banco B, amparada en la hipoteca que tiene constituida en el primero de ellos.

Este sistema de carta de garantía interbancaria no es diferente de aquel de la boleta bancaria de garantía, pero existirá una condición o plazo, que

hará exigible el documento. Al cumplirse dicho plazo o condición, el banco emisor deberá pagar la obligación asumida, de inmediato y sin más trámite”.

32. Tal como se señala en la letra a) precedente, la aplicación más frecuente del supuesto previsto en esa letra será el que hasta ahora ha motivado el uso de la carta de resguardo, regulada en el capítulo 9-5 de la Recopilación de Normas. Mediante este instrumento se rompía el círculo vicioso que se daba cuando en una operación debía comparecer un banco alzando los gravámenes constituidos en su favor (Banco A) para que se constituyeran nuevos gravámenes en favor de otra institución bancaria (Banco B). Es el caso en que un sujeto desea obtener el alzamiento de la hipoteca constituida en favor del Banco A para constituir una nueva en favor del Banco B, el cual le prestará el dinero necesario para anticipar el pago al Banco A. Normalmente, el Banco A exigía que, antes de otorgar el alzamiento de los gravámenes constituidos en su favor, se le pagara el crédito. Por su parte, el Banco B se oponía a liberar los fondos que servirían precisamente para pagar al Banco A, mientras éste no alzara los gravámenes en su favor. Este círculo vicioso se rompía mediante la utilización de la denominada “carta de resguardo”, en virtud de la cual el Banco A concurría desde ya al alzamiento de los gravámenes constituidos en su favor,³¹ contra el compromiso asumido por el Banco B en el documento conocido como carta de resguardo, de que tan pronto se inscribieran en el Conservador respectivo los gravámenes en su favor, procedería a pagar al Banco A el importe de la deuda.

A partir de la circular N° 3.199, el Banco A podrá exigir al Banco B que, antes de proceder al alzamiento, se otorgue en su favor una carta de garantía interbancaria, documento que, sin duda, le da mayor seguridad en el pago, por tratarse de una variante de la boleta bancaria de garantía.

33. La aplicación prevista en la letra b), arriba transcrita, ofrece una solución ingeniosa y hasta ahora inexistente a un problema de ordinaria ocurrencia. En efecto, siguiendo la misma hipótesis que formula la circular N° 3.199, es frecuente que un cliente tenga constituida una hipoteca con cláusula de garantía general en favor de un Banco A y necesite un nuevo crédito, sin que disponga de otra garantía. **Hasta ahora el cliente debía escoger entre una de las siguientes alternativas: sea se resignaba a obtener el nuevo préstamo en el mismo Banco A, en las condiciones que dicho banco se dignara ofrecerle, o bien debía obtener el al-**

³¹ El banco A, al otorgar el alzamiento, suele tomar un resguardo adicional, consistente en condicionar su alzamiento a que efectivamente se inscriban en el Conservador de Bienes Raíces competente los gravámenes en favor del Banco B.



zamamiento de la hipoteca del Banco A y constituir una nueva y única hipoteca en favor del Banco B, que le facilitaba los fondos para prepagar al Banco A más los adicionales que requería.³²

En la decisión del cliente pesan fuertemente los elevados costos que trae aparejado el alzamiento y constitución de nuevos gravámenes (honorarios profesionales por estudio de títulos y redacción de las escrituras, derechos notariales y registrales, duplicidad del impuesto al mutuo) y el tiempo necesario para materializarlos, los que en la práctica muchas veces hacen ilusoria la elección.

Nótese que, en el caso propuesto, el Banco B no puede aceptar como garantía una segunda hipoteca en su favor, ya que, si la primera hipoteca en favor del Banco A había sido otorgada con cláusula de garantía general, se expondría a que, con posterioridad a la constitución de la segunda hipoteca, el Banco A concediera nuevos créditos al mismo cliente, los que se pagarían preferentemente a los del Banco B.

La carta de garantía interbancaria surge entonces como un mecanismo eficaz para que el cliente pueda obtener el nuevo crédito en el Banco B, sin necesidad de recurrir al alzamiento y constitución de nuevos gravámenes. El cliente deberá comparar los costos que trae aparejada la carta de garantía interbancaria con los del alzamiento y constitución de nuevas hipotecas.

34. A través de la modalidad de aplicación antes descrita se obtiene la "movilización" de una garantía real, como es la hipoteca, que sirve de base para el otorgamiento de una garantía personal, como es la carta de garantía interbancaria. La expresión "movilidad de garantías", utilizada en el mismo título del capítulo 8-12, es gráfica en tal sentido. La carta de garantía interbancaria, al igual que la boleta bancaria de garantía, son garantías personales, toda vez que mediante ellas el banco emisor asegura con todo su patrimonio el pago de las mismas al beneficiario.³³

35. Merece destacarse que la carta de garantía interbancaria permite asegurar el cumplimiento de operaciones de crédito de dinero, lo que está vedado a la boleta bancaria de garantía. Esta observación explica

³² En el último tiempo la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha manifestado especial preocupación por asegurar a los deudores del sistema financiero el acceso a las sucesivas reducciones de tasas que se han producido en el mercado. Así, además de la publicación periódica de las tasas de interés, dictó la circular N° 3.205, de 28/11/2002, que regula la "Extinción anticipada de créditos hipotecarios mediante la contratación de un nuevo préstamo. Oportunidad de la información que debe entregarse a los interesados".

³³ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N°s 158 y s., págs. 126 y s.

³⁴ Cf. supra nota al pie N° 9.

quizá la modificación introducida por la circular Nº 3.195 al Nº 4 del capítulo 8-11, que permite a los bancos emitir boletas de garantía en favor de otra entidad bancaria o de una sociedad financiera. Puede conjeturarse³⁴ que la circular Nº 3.195 suprimió la frase “en el bien entendido de que tales boletas no se emiten para caucionar créditos concedidos a terceros”, dado que la Superintendencia tenía conciencia de que en los días posteriores dictaría la circular relativa a las cartas de garantía interbancaria, en que la finalidad de esa variante de la boleta es precisamente “caucionar créditos concedidos a terceros”.

36. Antes de concluir, no nos queda sino reiterar que las modificaciones introducidas por las circulares Nºs 3.195 y 3.199 a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deben valorarse, pues, como se dijo, perfeccionan la regulación jurídica de la boleta bancaria de garantía al darle su correcta calificación, la de una garantía autónoma. Debe valorarse también la extensión del ámbito de aplicación de la boleta, ya que satisface uno de los presupuestos necesarios para el desarrollo y expansión del crédito, a saber, la existencia de un adecuado régimen de garantías. Esperamos que los planteamientos vertidos en este texto, preparado transcurridos apenas dos meses desde la dictación de las circulares referidas, sean confirmados por la aplicación que de las mismas efectúen los operadores y por los fallos que dicten los tribunales de justicia.

³⁴ Cf. supra nota al pie Nº 9.

Empresas individuales de responsabilidad limitada

Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003

Sergio Fernández Fernández

Senador

Origen e historia del proyecto

Son pocas las oportunidades en que una moción parlamentaria –dada la preeminencia legislativa del Poder Ejecutivo– llega a ser consagrada como ley de la República: tanto por la amplia gama de materias que la Constitución reserva a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República como por la dinámica de las urgencias legislativas, también controladas por el primer mandatario, las posibilidades de que un proyecto de ley de un parlamentario se convierta en norma de aplicación general son bastante restringidas. Encontrar materias de interés relevante y de alto impacto social que, además, tengan viabilidad legislativa, suele ser un desafío complejo para los parlamentarios en su función como legisladores.

Por eso, es para mí una gran satisfacción el que este proyecto sobre Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L), que consagra una nueva institución en el ordenamiento comercial chileno, sea hoy realidad y, más aún, una realidad evidentemente exitosa: ya en el segundo mes posterior a la vigencia de la Ley N° 19.857, el Diario Oficial registraba un promedio de casi cuatro de estas empresas creadas diariamente. Esa cifra y la opinión común entre abogados, pequeños y medianos empresarios dan testimonio de que esta nueva figura legal, en muy corto tiempo, se ha convertido en una herramienta de creciente presencia en el medio comercial chileno.

Este proyecto tuvo su origen en una inquietud nacida en mis años de cátedra universitaria y ejercicio de la profesión de abogado. En esas actividades se me hizo evidente que Chile requería imprescindiblemente crear un estatuto jurídico especial para el empresario individual: la imposibilidad de separar su patrimonio personal de aquel que él destina a la gestión de sus negocios era una traba para la generación de nuevas actividades económi-

cas. Además, eso hacía proliferar estructuras societarias desnaturalizadas, constituidas con la concurrencia de un tercero, para el solo efecto de alcanzar dicha separación patrimonial.

Por eso, el 4 de junio de 1991 presenté este proyecto en el Senado, para dar existencia legal a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L). Conté para ello con el copatrocinio de mi colega, la senadora Olga Feliú, quien con gran dedicación me ayudó a impulsar esta iniciativa.

La tramitación del proyecto tuvo buen éxito en la Cámara Alta, donde fue aprobado por unanimidad tanto en comisiones como en la sala, el 16 de noviembre de 1993, y remitido el día siguiente, para segundo trámite, a la Cámara de Diputados. Lamentablemente, en esta última fue muy largamente postergado, pues el Ejecutivo nunca le asignó urgencia. Sin que se le diera trámite, en consecuencia, el 31 de marzo de 1998 la Cámara Baja solicitó al Senado su acuerdo para, simplemente, archivarlo. Tal solicitud fue rechazada.

Transcurrió aun más tiempo, sin embargo, sin avance alguno. Sólo hacia fines de 2001, en el marco de la Agenda Pro Crecimiento y ante la evidencia de su utilidad para la reactivación económica, la generación de nuevas plazas de trabajo y el fortalecimiento de las Pymes, el Ejecutivo, por intermedio del Ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, acogió este proyecto, lo puso en tabla y le asignó urgencia. Despachado, finalmente, por la Cámara de Diputados, el 11 de diciembre de 2002, en tercer trámite constitucional, ingresó nuevamente al Senado, que lo aprobó en enero siguiente. Finalmente, el 11 de febrero de 2003 fue publicado como ley en el Diario Oficial y, tras casi doce años de tramitación, entró en vigencia esta normativa, que en lo jurídico busca la sencillez, la transparencia y la eficacia, y en lo económico busca facilitar el crecimiento. Un personero del Ejecutivo declaró entonces que, con esta nueva ley, entre 20 y 30 mil micro y pequeñas empresas nacerían a la vida jurídica y económica dentro de los próximos dos años.

Situación previa a la dictación de esta ley

Por demasiado tiempo se aceptó como normal en nuestro país la formación de sociedades ficticias, en la que uno de los socios –el verdadero dueño– concentraba la casi totalidad de los derechos, y un tercero, en un papel puramente nominal, era titular de una cuota ínfima de los mismos, todo ello como vía para que una persona –el socio mayoritario en la sociedad ficta– pudiera establecer una separación entre los bienes destinados a la gestión comercial y el resto de sus haberes. Ante la eventualidad de poner en riesgo

todo su patrimonio –por el principio de garantía general que contemplaba nuestro ordenamiento civil y comercial para el empresario individual en materia de obligaciones y pago de deuda–, se optó por esta desnaturalizada forma de asociación. Esto era ajeno tanto al espíritu del emprendimiento como a la conformación genuina del patrimonio de la empresa.

Esa solución no fue nunca completamente eficaz, pues, además de alejarse del espíritu de la ley y del ordenamiento comercial, evidenció siempre serios inconvenientes en materia de administración y de liquidación.

En efecto, aun cuando el socio minoritario –o ficticio– tuviese una participación ínfima en la aportación del capital, podía entorpecer el funcionamiento armónico de la sociedad, fuese por oposición a las decisiones corporativas, si el estatuto se lo permitía, fuese por su presencia no deseada y no susceptible de reemplazo en la comunidad social. Más complicaciones se presentaban cuando, a la muerte de este socio, él era sustituido por sus herederos; pues si en vida del socio menor la convivencia con el titular mayoritario de los derechos –y, en realidad, el verdadero dueño– podía ser posible, la llegada de los herederos del primero añadía incertidumbre a un consenso inestable en su origen y frágil en su pervivencia.

Antecedentes históricos

La exigencia de asociarse para limitar la responsabilidad es un resguardo personal y social conveniente cuando se trata de enfrentar grandes riesgos económicos. Pero en la evolución jurídica es razonable permitir la adscripción de ciertos bienes a determinados negocios. Progresivamente se ha ido admitiendo que la persona pueda perseguir en su vida económica fines específicos, con medios también específicos, sin comprometer la totalidad del patrimonio. La evolución doctrinaria que han experimentado las concepciones jurídicas en esta materia ha hecho que en todo el mundo se vaya entendiendo que es posible adscribir ciertos bienes –y no todo el patrimonio de una persona– al desarrollo de determinado negocio, arriesgándolos en el mismo.

Esta evolución es de larga data. Ya hay indicios de ella en la legislación romana, en el concepto de “peculios”. Ellos se proyectan en la Edad Media y el Renacimiento en el préstamo a la gruesa ventura y el contrato de comanda. Más tarde, es también el caso de los capitales limitados de las sociedades, de la fortuna de mar del naviero o de los peculios seccionados; en todos ellos se ha abandonado la estricta indivisibilidad del patrimonio y la regla general de que la persona responde por sus obligaciones con todos sus activos.

En Inglaterra, en 1897, la sentencia Salomon reconoció formalmente la existencia y validez de la sociedad unipersonal de hecho. Esa resolución judicial fue secundada más tarde por la primera disposición normativa que dio forma a esta especie de empresa, en el Principado de Liechtenstein, en 1926, bajo el influjo doctrinario del jurista austríaco Oskar Pisko.

Paulatinamente, este concepto fue extendiéndose por Europa y, cruzando el Atlántico, se asentó también en América, en las modalidades de sociedad unipersonal o de empresa individual. Dinamarca legisló al respecto en 1973, Perú en 1976, Alemania en 1980, Francia en 1985, Holanda en 1986, Bélgica en 1987, Luxemburgo en 1992, Italia en 1993, España en 1995, entre otros países.

Este movimiento de la doctrina ha llevado a abandonar en este aspecto la rígida concepción de la indivisibilidad del patrimonio y la regla general de que la persona responde por sus obligaciones con la totalidad de sus activos. Se ha entendido que para la consecución y desarrollo de ciertos fines específicos, expresados en uno o más negocios determinados, basta la destinación de una masa de bienes afectados para tal efecto. Con ello se da garantía de la existencia del emprendimiento respecto de los acreedores y surge una persona jurídica distinta de la persona del empresario. La tendencia mundial busca, así, la eliminación de trabas inútiles, que, lejos de dar mayor seguridad al quehacer económico, son fuente de distorsiones.

Necesidad económica y social de esta forma de empresa

Hoy hay en el mundo –y en Chile– extendida conciencia de que es imperioso estimular la generación de nuevas actividades económicas, dando espacio a la iniciativa individual como motor generador del crecimiento del aparato productivo. Para fomentar la actividad económica, debe facilitarse la iniciativa individual, reduciendo las trabas al desenvolvimiento de la actividad productora de bienes y servicios y el innecesario incremento del riesgo que siempre envuelve la creación de una empresa.

En nuestra época, la innovación es indispensable para el crecimiento económico, y este último lo es, a su vez, para que los países en vías de desarrollo acorten la brecha con los industrializados. Siendo así, todo cuanto haga más expedito el surgimiento de nuevas formas para actuar en el comercio es conveniente y necesario.

Hay evidencia de que el subdesarrollo se explica también por un factor jurídico, cual es el conjunto de mecanismos que entraban el libre desenvolvimiento de la economía. Se manifiestan ellos en estructuras que, por



su rigidez y obsolescencia, hacen innecesariamente compleja y entorpecida la iniciativa de emprender nuevas empresas.

El mundo ha ido advirtiendo progresivamente que esas restricciones no tienen justificación: lejos de otorgar garantías y seguridad, producen el efecto contrario; ellas disuaden al empresario de iniciar nuevos negocios, o lo alientan a buscar soluciones alternativas, no siempre acordes con la transparencia que la sociedad moderna demanda. Eso conduce a fórmulas torcidas en su origen e irregulares en su funcionamiento.

En nuestro país, cierta atávica incomprensión del valor y de la responsabilidad moral que conlleva el arriesgar capital –muchas veces a través del crédito– y generar nuevos empleos llevó a que por largos años se imposibilitara al empresario desenvolverse en el mundo de los negocios de modo individual, sin comprometer todos sus bienes. Esa incomprensión y la desconfianza propia de una mentalidad estatista frenaron a miles de buenas ideas y buenos negocios que podrían haberse iniciado con la sola gestión de una persona, que sólo hubiese requerido la seguridad de separar el resto de su patrimonio de esa específica empresa.

Una legislación más moderna abre ahora las puertas a incontables nuevos negocios. El empresario individual, a partir de esta ley, podrá desarrollar sus acciones sin el gravamen de comprometer todos sus bienes y con la independencia propia de la individualidad.

Crear empresas individuales sin arriesgarlo todo, separando los patrimonios del empresario y del negocio, es una obvia contribución al dinamismo de la gestión comercial. Además, es una especial ayuda para los pequeños y medianos empresarios, que antes debían sujetar todo su patrimonio, incluidos los bienes familiares, al éxito de su negocio. Para evitar lo anterior, quien quería emprender debía recurrir a testaferros o terceros sin un interés directo en la marcha de la empresa, para dar existencia a ésta. Eso, en la práctica, representaba una limitación a la creación de nuevas empresas, que actuaba más fuertemente en el caso de los potenciales pequeños empresarios. Para un gran empresario que intenta una nueva empresa, se abren fácilmente muchas vías. Distinto es el caso del joven que se inicia, del hombre o la mujer que quiere abordar por primera vez este riesgo. Al necesitar obtener el concurso de otra persona, para cumplir con la figura de constituir una sociedad, comenzaba debiendo enfrentar un trámite prescindible.

En consecuencia, esta nueva legislación tiene no sólo una justificación económica, sino también una clara justificación social: facilitar la creación de

pequeñas empresas, de propiedad unipersonal, que, eventualmente, brindan luego trabajo a otras personas, en forma reconocida y regulada por la ley, sin forzar a asociaciones ficticias.

Se trata de disposiciones simples, que puedan ser aprovechadas principalmente por personas sencillas, respecto de capitales que, con gran frecuencia, no serán cuantiosos.

Necesidad jurídica de esta nueva forma de empresa

La falta de una ley como ésta había generalizado una verdadera simulación de contrato, cual era la constitución de sociedades ficticias. Tanto en su origen como en su funcionamiento, ellas violentaban una sana conciencia jurídica.

Esta nueva normativa no sólo responde a una necesidad de protección patrimonial, sino que tiene también el efecto virtuoso de poder traer a la luz de la legalidad a todas aquellas sociedades ficticias constituidas en el antiguo sistema. Para efectos comerciales, jurídicos y tributarios, esta empresa individual vendrá a sanear un área de nuestra economía que vivía al amparo de la simulación.

La doctrina ha elaborado una serie de posibilidades para abordar la existencia de estas empresas unipersonales o individuales de responsabilidad limitada, que se han expresado de diverso modo en la legislación comparada:

1. Empresas individuales de responsabilidad limitada sin personalidad jurídica: la actividad funciona como “un patrimonio de afectación aportado por el empresario, pero distinto de su patrimonio originario”. Esto significa que la persona tienen diversas y determinadas sumas de dinero o créditos destinados a una o varias empresas o negocios.

El patrimonio de las empresas constituidas de esta forma responderá únicamente por sus deudas, sin afectar los otros patrimonios que posea o constituya la persona natural.

En este caso no se crea un sujeto jurídico distinto de la persona natural, sino que se da un destino determinado a un conjunto de derechos y obligaciones.

2. Sociedad anónima unipersonal: el capital social se encuentra dividido en acciones y es aportado por un solo socio, el cual no responde en forma

personal por las deudas sociales. Los acreedores podrán hacer efectiva las deudas en el capital de la sociedad.

3. Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: en este tipo de entes jurídicos una persona constituye una sociedad de responsabilidad limitada. Supone la modificación de los criterios básicos del contrato de sociedad, pues no hay más que un socio y no existe voluntad de asociarse.

Se discute si la constitución de este tipo de sociedades es sólo para personas naturales o también para las jurídicas.

La naturaleza de sociedad está dada por la estructura exigida para su creación, estatutos y organización.

4. Empresa individual de responsabilidad limitada con personalidad jurídica: es un sujeto de derecho, distinto del fundador y cuya constitución no está condicionada a la concurrencia de voluntades de otras personas o a la existencia de un grupo de sujetos.

De este modo, si bien surge una nueva persona a la vida del derecho –en cuanto titular de derechos–, no se crea una sociedad, ya que faltan algunos elementos básicos de esta clase de contratos, como, por ejemplo, la concurrencia de dos o más socios y la *affectio societatis*.

El patrimonio de la empresa individual de responsabilidad limitada responde ante los acreedores, sin que se afecten otros bienes del fundador.

Esta última solución doctrinaria fue la que me pareció la más adecuada para dar forma al proyecto de ley comentado, por la armonía conceptual que presenta respecto del resto del ordenamiento civil y comercial vigente en nuestro país.

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) en Chile, según la Ley N° 19.587

Características

Es una persona jurídica de derecho privado, de naturaleza comercial; en consecuencia, está sometida siempre a las disposiciones del Código de Comercio y, en subsidio, a las normas del Código Civil.

Se funda esta institución en la manifestación de la voluntad unipersonal del constituyente, momento a partir del cual la nueva persona jurídica –la

Empresa Individual de Responsabilidad Limitada– cuenta con patrimonio propio y distinto del titular y, dentro de su naturaleza, pasa a actuar en plenitud en la vida jurídica y comercial.

El giro de la empresa podrá orientarse a toda clase de actividades civiles y comerciales, con la sola excepción de aquellas reservadas para las sociedades anónimas (bancos, seguros, etc.).

Formalidades para su constitución

Exigencia esencial es el otorgamiento de una escritura pública, que deberá contener, a lo menos, los siguientes elementos:

- Nombre, apellido, estado civil, domicilio, edad y nacionalidad del constituyente, siendo de especial relevancia la especificidad de estos últimos requisitos.
- Nombre de la empresa: igual disposición que en las sociedades de responsabilidad limitada, con la diferencia de que la enunciación "Ltda." debe ser reemplazada por "E.I.R.L."

Su objeto o giro debe ser específico y será determinado por la enunciación de la actividad económica de la empresa.

Corresponde también determinar el monto del capital y su valoración, así como establecer el domicilio de la nueva persona jurídica.

En materia de plazo o duración de la empresa se sigue el criterio general, esto es, en el silencio de las partes se entiende como indefinida.

En cuanto a su inscripción, será necesario un extracto de la escritura pública por medio de la cual se ha manifestado la voluntad del fundador, el cual deberá ser inscrito en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa dentro de los 60 días siguientes a la fecha del otorgamiento de la escritura respectiva.

Separación de patrimonio

La mayor novedad de esta ley se contempla en los artículos 8º, 10 y 13, los cuales señalan que la empresa responde con su patrimonio por las obligaciones contraídas dentro de su giro, en tanto que el titular sólo lo hace por el monto de su aporte efectivo o comprometido en el momento de la constitución o de la modificación sobreviniente.

Los acreedores personales del dueño no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, sólo tendrán derecho a acceder al remanente de las utilidades propias del dueño, una vez satisfechas las deudas con los acreedores de la empresa.

Los actos y contratos que el titular celebre en uso de su patrimonio personal no comprometido en la empresa como contraparte de la empresa individual de la cual es dueño, sólo tendrán valor si constan por escrito y se protocolizan ante notario; estos actos deben ser anotados al margen de la inscripción estatutaria practicada en el Registro de Comercio, en el plazo de 60 días. Se contemplan sanciones especiales para prevenir el uso fraudulento y salvaguardar los derechos de los acreedores; la más importante de ellas consiste en el aumento en un grado de la pena correspondiente al delito de simulación de contrato, cuando el autor fuere un empresario de responsabilidad individual.

Sólo en casos excepcionales –contemplados en artículo 12 de la ley– el titular se verá obligado a responder ilimitadamente con sus bienes.

Administración

En términos generales, la administración, así como la representación judicial y extrajudicial, recae en el titular, lo que no obsta a que éste pueda delegar mediante mandatos. Las notificaciones judiciales podrán practicarse indistintamente al titular o al mandatario.

Observaciones generales

Por cierto, este nuevo estatuto normativo es susceptible de mejoras y reformas. Lo relevante es que se haya abierto, por fin, un camino de tanto alcance.

Desde ya, aparece como digno de consideración la búsqueda de una vía para que personas jurídicas puedan, a su vez, constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, opción que en la ley vigente sólo está reservada a las personas naturales.

Asimismo, la exigencia de especificidad en el objeto o actividad económica de la empresa individual de responsabilidad limitada representa un desafío en la interpretación de la norma, pues sería inconducente el que esta nueva institución liberase al constituyente de las ataduras de la indivisibilidad del patrimonio y, al mismo tiempo, quedase restringida a un objeto único y rígido.

Por último, falta por conocer la regulación que respecto de esta institución haga el Servicio de Impuestos Internos, la que incidirá directamente en la fecundidad que ella pueda tener, y en la calificación que reciban muchos de sus elementos constitutivos, tales como patrimonio, utilidades y retiros. El SII, como en otras ocasiones, tiene en sus manos la oportunidad única de dar el impulso decisivo a un instrumento destinado naturalmente a favorecer el empleo y la prosperidad del país.



La empresa individual de responsabilidad limitada

Juan Carlos Sahli Cruz

Abogado

En el Diario Oficial del día martes 11 de febrero del año 2003 se publicó la Ley N° 19.857 –en adelante también “la Ley”–, que autorizó el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada –en adelante también “E.I.R.L.” o la “empresa individual”–, dictando las normas por las cuales se han de regir.

Hasta la dictación de la Ley los empresarios sólo podían abordar sus proyectos al amparo de alguno de los tipos de sociedad que limitan su responsabilidad personal, a fin de evitar que los riesgos de la empresa afectaran la totalidad de su patrimonio. Merced a esta nueva normativa podrán, además, recurrir al establecimiento de una empresa individual de responsabilidad limitada, sujetándose a las normas de la Ley.

Los principales aspectos de esta nueva figura jurídica son la materia del presente artículo.

1. Concepto de empresa y responsabilidad del empresario.

La empresa es una realidad económica que nace, como se le conoce actualmente, producto del desarrollo de la economía capitalista, caracterizada por la organización y división del trabajo.

Para Garrigues, *“económicamente, la empresa es organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de la*

ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme a las exigencias de la explotación económica".¹

Este concepto económico de empresa no tiene, sin embargo, un correlato en el ámbito jurídico. En efecto, en general las legislaciones no entregan una noción de empresa como tal, sino que algunas de sus normas reconocen la realidad económica de la empresa y la dotan de efectos en el campo del derecho. Ello sin perjuicio del estatuto jurídico aplicable individualmente a los elementos que componen la empresa, sean tangibles o intangibles, como es el caso de las marcas comerciales, por ejemplo.

Existe en el derecho comercial una noción próxima a la empresa: el denominado "*establecimiento de comercio*", definido como "*el conjunto de cosas muebles que sirven para el ejercicio del comercio y que comprende a veces cierta cantidad de cosas corporales, como mercaderías, mueblaje, etc., pero también muchas incorporales, por ejemplo, lo que suele llamarse el derecho de llaves, la clientela, el crédito de que goza un establecimiento, el nombre comercial, las marcas de fábrica y de comercio, arriendo de local, seguro, uno o más privilegios de invención, etc.*".²⁻³

El establecimiento de comercio es diferente de la empresa. Como señala Gonzalo Figueroa, "*ambos conceptos son cosas distintas y no pueden confundirse. La empresa es una forma de organización dinámica dirigida a la producción, al intercambio de bienes, a la prestación de servicios o a cualquier otro tipo de actividad económica. El establecimiento comercial, en cambio, es sólo uno de los elementos que puede comprender la empresa; pero ni siquiera es un elemento indispensable de la misma*".⁴

De esta forma, la doctrina ha intentado diferentes hipótesis para construir un tratamiento jurídico de la empresa como unidad. Así, se le otorga el carácter de persona jurídica, con el propósito de unificar el tratamiento de sus diversos elementos, "*reduciendo a unidad la diversidad, para facilitar el tráfico*"⁵ comercial. Como consecuencia de ello, la empresa dejaría de ser un simple conjunto de medios de producción, dando lugar al nacimiento de un nuevo sujeto de derechos.

Otras doctrinas apuntan a construir la unidad de la empresa sobre la base

¹ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Comercial*, 7ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1987, Tomo I, pág. 162.

² Gabriel Palma Rogers, *Apuntes de clases de Derecho Comercial*, citado por Gonzalo Figueroa Yáñez en *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 536.

³ El N° 2 del art. 3° del Código de Comercio dispone que son actos de comercio "*la compra de un establecimiento de comercio*" y el art. 524 del mismo Código los considera objetos del seguro.

⁴ Ob. cit., pág. 537.

⁵ Joaquín Garrigues, ob. cit., pág. 164.

de la existencia de un patrimonio separado; de la circunstancia de constituir sus bienes una universalidad; de la actividad de ésta o, finalmente, de su organización.

Cualquiera que sea la doctrina que se prefiera, un elemento consustancial a la empresa es el riesgo patrimonial que para el empresario puede acarrearle su fracaso. Esta contingencia de pérdida es la contrapartida a la ganancia, cuya obtención constituye la finalidad de la empresa. De esta forma, el empresario puede verse expuesto a responder de las obligaciones que ha contraído para el desarrollo de la empresa, soportando ilimitadamente en su propio patrimonio el gravamen de su solución o pago.

Esta materia se rige por las normas contenidas en el Código Civil, que consagran el denominado "*derecho de prenda general*" sobre los bienes del deudor, en cuya virtud sus acreedores pueden hacer efectiva las obligaciones, en el caso de incumplimiento, sobre todos los bienes que formen parte de su patrimonio,⁶ con excepción únicamente de aquellos declarados inembargables por la ley. Adicionalmente, los acreedores gozan del derecho a reintegrar aquellos bienes que hayan salido del patrimonio del deudor en perjuicio de sus derechos, mediante el ejercicio de la acción pauliana.⁷

René Abeliuk caracteriza este derecho de prenda general como universal e ilimitado, ya que "*recae sobre una universalidad*", agregando que "*por ello se le suele llamar responsabilidad patrimonial universal del deudor*",⁸ en razón de afectar a la totalidad de su patrimonio, salvo únicamente aquellos bienes inembargables, cuyo alcance es por cierto restringido. También afirma Abeliuk que este derecho es igualitario, en cuanto "*todos los acreedores gozan de la garantía general; todos ellos tienen el derecho a sacar a remate los bienes embargables del deudor*",⁹ sin perjuicio de las excepciones constituidas por las causales de preferencia, que autorizan a un acreedor determinado a pagarse privilegiadamente, en la generalidad de los bienes del patrimonio o preferentemente, en algunos específicos respecto de los cuales se ha constituido en su favor un derecho de prenda o hipoteca.

⁶ Los artículos 2465 y 2469 del Código Civil consagran esta fundamental institución del derecho civil, en los siguientes términos: "*Artículo 2465. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618*". "*Artículo 2469. Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue*".

⁷ Art. 2468 del Código Civil.

⁸ René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Ediar Editores Ltda., 2ª edición, 1983, pág. 375.

⁹ Ob. cit., pág. 376.

De allí que el empresario busque establecer un límite a su responsabilidad patrimonial, respecto de los riesgos que asume en una empresa determinada: Se trata de contener los derechos del acreedor en el marco patrimonial definido por la empresa misma, de tal forma que no invada el patrimonio asociado a otras actividades del mismo empresario, o bien al conjunto de bienes destinado a la satisfacción de sus necesidades familiares.

La limitación de responsabilidad tiene antecedentes en el derecho romano. Gonzalo Figueroa señala que el *“pater familiae estaba autorizado para encargar a uno de sus esclavos la administración de alguno de sus negocios, al cual adscribía ciertos bienes o peculium. El dominus, o señor, podría ser demandado por medio de una actio de peculio, en razón de los contratos celebrados en su nombre por ese esclavo; pero no respondía de más cantidad que aquella a que alcanzaba el peculium”*.¹⁰

Posteriormente, el derecho marítimo recoge la limitación de responsabilidad bajo el concepto de *“fortuna de mar”*, originado *“en épocas pretéritas para permitir al naviero soportar los riesgos y responsabilidades de la aventura marítima, sólo con la nave afectada por la contrariedad... a través de la creación de una ficción, consistente en que la nave y todo el negocio de los fletes a su alrededor constituyen un sector aislado o singularizado en el patrimonio de su dueño o armador”*.¹¹

En nuestra legislación comercial actualmente vigente, siguiendo las modernas tendencias del derecho internacional, el naviero o transportador tiene derecho a limitar su responsabilidad por los perjuicios resultantes de la pérdida o daño de las mercaderías transportadas y por la pérdida o daños sufridos por el equipaje, en el caso de transporte de pasajeros, a ciertos montos que la ley se encarga de regular.¹²

Aparte de estos casos excepcionales o de otros puntuales que puedan existir, el empresario no tenía la posibilidad de limitar su responsabilidad respecto de una empresa en particular, hasta la dictación de la Ley 19.857. De esta forma, se recurría al expediente de constituir una sociedad para el desarrollo de una determinada empresa, aun cuando desde el punto de vista económico, su titular fuere una sola persona.

En efecto, tanto la sociedad de responsabilidad limitada como la sociedad anónima constituyen un límite para la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, siendo dicho límite el monto de lo que el socio o accionis-

¹⁰ Ob. cit., pág. 578.

¹¹ Eugenio Cornejo Fuller, *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2003.

¹² Arts. 992 y 1066 del Código de Comercio.

ta ha puesto como capital en la sociedad respectiva.¹³ Obviamente que ésta responde con todo su patrimonio de las obligaciones que contrae en su desarrollo empresarial, en virtud del derecho de prenda general ya analizado, pero tal responsabilidad no afecta a sus socios o accionistas, a menos que consientan en ello mediante la celebración de algún contrato con el acreedor que los obligue en tal sentido.

Es ésta entonces la necesidad que ha venido a llenar la Ley N° 19.857, en los términos y condiciones que se analizarán más adelante.

2. Naturaleza jurídica de la empresa individual de responsabilidad limitada en la legislación chilena

Como señala Gonzalo Figueroa, *"la doctrina ha discutido extensamente acerca de la naturaleza jurídica de la empresa individual de responsabilidad limitada. Las soluciones propuestas pueden agruparse en dos grandes clases: Las que conciben esta institución como un patrimonio de afectación distinto del patrimonio original del empresario y que carece de personalidad jurídica, pues ella no es necesaria para su adecuado funcionamiento, y las que exigen que ella cuente con dicha personalidad jurídica, que estiman indispensable para el mismo"*.¹⁴

La Ley zanjó definitivamente cualquier discusión a este respecto, al disponer en el artículo 2º que la empresa individual es una persona jurídica.

Con ello dio un claro fundamento a la limitación de responsabilidad, al constituir a la empresa individual en un sujeto de derechos diferente de la persona natural que la establece. De esta forma, la empresa individual será titular de su propio patrimonio, incluyendo sus activos y pasivos, diferente del patrimonio personal del titular, radicándose exclusivamente en aquél la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la E.I.R.L. Así por lo demás se encarga de establecerlo expresamente, al señalar el mismo artículo 2º que la empresa individual cuenta con un *"patrimonio propio distinto al del titular"*, separación que también trata el artículo 8º, al limitar la responsabilidad del titular al pago de su aporte y el artículo 13 al prescribir que *"los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa"*.

¹³ La Ley N° 3.918 autorizó el establecimiento de sociedades civiles y comerciales con responsabilidad limitada de los socios, disponiendo en su artículo 2º que la escritura pública de su constitución debe contener *"la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes o a la suma que a más de éstos se indique"*. A su turno el artículo 1º de la Ley N° 18.046 define a la sociedad anónima como *"una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables"*.

¹⁴ Ob. cit., pág. 584.

3. Definición y elementos

El artículo 2º de la Ley define a la E.I.R.L. en los siguientes términos:

“La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas”.

Esta definición debe ser completada con la disposición del artículo 1º de la Ley, en cuanto autoriza *“a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada”.*

De esta forma, es posible enumerar los siguientes como los elementos esenciales de la E.I.R.L.:

a) Sólo pueden ser establecidas por personas naturales. Se excluyó así que sociedades, cualquiera fuese su naturaleza, pudiesen establecer una E.I.R.L. –como una especie de sociedad filial– con el propósito de enfocar el beneficio de la limitación de responsabilidad a los pequeños y medianos empresarios;¹⁵

b) La E.I.R.L. es una persona jurídica. Este aspecto ya fue analizado en el acápite anterior;

c) La empresa individual tiene un patrimonio distinto al del titular. El activo de este patrimonio se formará con el dinero o los bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que el constituyente le haya aportado al establecerla, y además con aquellos que adquiera en el desarrollo de sus actividades; y su pasivo, con las deudas y obligaciones de cualquier especie que haya asumido o contraído. Sobre esta materia cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado anteriormente, los acreedores de la E.I.R.L. pueden ejercer su derecho de prenda general únicamente en los bienes que le pertenezcan,¹⁶ quedándoles impedido hacer efectiva la responsabilidad en el patrimonio personal del titular por dichas acreencias, salvo los casos excepcionales que la misma ley establece y que se analizan más adelante;

¹⁵ Al respecto, pueden consultarse las actas de las sesiones en que se debatió el proyecto tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados.

¹⁶ Art. 8º de la Ley.

d) La E.I.R.L. es siempre comercial. En este aspecto existe una diferencia importante con las sociedades de responsabilidad limitada, que pueden formarse para el desarrollo de negocios de carácter civil, como son la explotación de bienes inmuebles o la prestación de servicios profesionales, por ejemplo. La circunstancia que la E.I.R.L. sea siempre comercial importa que queda sujeta a las disposiciones del Código de Comercio, no obstante que su objeto no consista propiamente en la realización de actos de comercio de aquellos definidos en el artículo 3º de dicho cuerpo legal. Este carácter comercial tiene particular relevancia tratándose de la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Quiebras¹⁷ y sobre protección a los derechos de los consumidores;¹⁸ y

e) La empresa individual tiene capacidad para realizar todo tipo de operaciones civiles y comerciales, con la única excepción de aquellas que la ley reserva a las sociedades anónimas, como es el caso de las compañías de seguro o de los bancos, entre otras.

4. Formalidades de la constitución y modificación

Estas materias están tratadas en los artículos 3º a 7º de la Ley.

La E.I.R.L. se constituye por escritura pública, que debe contener a lo menos las siguientes menciones:

a) El nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente;

b) El nombre de la empresa, el cual debe contener, al menos, el nombre y apellido del constituyente, pudiendo tener también un nombre de fantasía, sumado al de las actividades económicas que constituirán el objeto o el giro de la empresa y deberá concluir con las palabras "empresa individual de responsabilidad limitada" o la abreviatura "E.I.R.L.";

c) El monto del capital que se transfiere a la empresa individual, la indicación de si se aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que se les asigna;

¹⁷ A este respecto, el art. 12, letra e) de la Ley deja sin efecto la limitación de responsabilidad si la quiebra de la empresa fuere culpable o fraudulenta, según se señala en el acápite 6º de este artículo.

¹⁸ El art. 2º de la Ley N° 19.496 hace aplicables sus disposiciones a los actos jurídicos que tengan el carácter comercial para el proveedor y civiles para el consumidor.

d) La actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa individual y el ramo o rubro específico en que dentro de ella se desempeñará;¹⁹

e) El domicilio de la E.I.R.L.; y

f) El plazo de duración de la empresa individual, sin perjuicio de su prórroga, entendiéndose, si nada se dice, que su duración es indefinida.

Un extracto de la escritura pública, autorizado por el notario ante quien se otorgó, debe inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio de la E.I.R.L. y publicarse por una vez en el Diario Oficial, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la escritura. El extracto deberá contener un resumen de las menciones de la escritura de constitución.

Las modificaciones que el titular desee introducirle a la E.I.R.L. en algunas de las materias que debe contener la escritura de constitución deben observar las solemnidades establecidas al efecto. En el extracto respectivo deberá hacerse referencia al contenido específico de la modificación.

La omisión de alguna de las solemnidades establecidas para la constitución o modificación de la E.I.R.L. tiene como sanción la nulidad absoluta del acto respectivo. Sin perjuicio de ello, el artículo 18 de la Ley hace aplicables a las empresas individuales las normas de la Ley N° 19.499, sobre saneamiento de vicios de nulidad.

5. Administración

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley, la administración de la E.I.R.L. corresponde al titular, quien la representa judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento del objeto social, con todas las facultades de administración y disposición.

El titular o un mandatario debidamente facultado al efecto pueden designar un gerente general de la E.I.R.L., mediante escritura pública que debe inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente y anotarse al margen de la inscripción de la constitución. El gerente general tiene todas las facultades del administrador, salvo aquellas que se excluyan expresamente en la escritura pública respectiva.

¹⁹ El profesor Arturo Prado Puga señala, en su monografía *Aspectos Individuales de la Empresa de Responsabilidad Limitada*, a ser publicada por el Colegio de Abogados de Chile, que esta disposición no sujeta a la E.I.R.L. al régimen de objeto exclusivo, pero que inhibe el objeto amplio, siendo necesario, "para cumplir con la norma... indicar claramente el área de actividad específica y el giro o tráfico de la empresa que la distingue de otras...".



Sin perjuicio de la designación del gerente general, el titular puede conferir mandatos generales o especiales para actuar a nombre de la empresa, los cuales también deben constar por escritura pública inscrita y anotada en la forma señalada anteriormente.

De esta forma, debe entenderse conferidas al titular de la E.I.R.L. o al gerente general, en su caso, las facultades de representarla judicialmente contenidas en ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, salvo que hayan sido excluidas expresamente respecto del gerente general. Con todo, la ley dispone que las notificaciones judiciales pueden practicarse indistintamente al titular de la empresa individual o a quien éste hubiere conferido poder para administrarla, sin perjuicio de las facultades de recibirlas que se hayan otorgado a uno o más gerentes o mandatarios.

Son actos de la empresa individual los ejecutados bajo su nombre y representación por el administrador, el gerente general o los mandatarios. Esta disposición tiene gran importancia práctica, por cuanto permite distinguir el patrimonio –entre el del titular y el de la E.I.R.L.– afectado por las obligaciones nacidas de un determinado acto o contrato.

La existencia de la empresa individual dotada de personalidad jurídica plantea el problema de la autocontratación entre el titular, como persona natural sujeto de derechos, y la E.I.R.L. Como es evidente, la autocontratación puede prestarse para la realización de fraudes en perjuicio de los acreedores, ya sean personales del titular o de la empresa individual.

El artículo 10 de la Ley establece los requisitos que deben cumplir los actos y contratos celebrados por el titular y la empresa para que tengan valor:

- a) Deben constar por escrito;
- b) Deben protocolizarse ante notario público y desde esa fecha adquieren valor;
- c) Deben anotarse al margen de la inscripción de la E.I.R.L. en el Registro de Comercio, dentro del plazo de 60 días contados desde su otorgamiento.

La ley dispone que el delito de simulación cometido por el titular de una empresa individual debe ser sancionado con la pena contemplada en el N° 2 del artículo 471 del Código Penal aumentada en un grado.²⁰

²⁰ La pena corporal asignada a este delito es presidio o relegación menores en su grado mínimo, de modo que, aumentada en un grado, corresponderá al grado medio, esto es, de 541 días a tres años.

6. Responsabilidad por las obligaciones y limitación

El principio elemental de la Ley, ya enunciado, consiste en que el patrimonio del titular y el de la empresa individual son distintos. Para estos efectos, debe tenerse presente lo señalado anteriormente, en el sentido que sólo las obligaciones emanadas de actos o contratos ejecutados o celebrados bajo el nombre y representación de la empresa individual por el administrador, el gerente general o los mandatarios afectan su patrimonio. No cumpliéndose este requisito, el patrimonio afectado será el personal del titular.

Esta separación patrimonial recibe además consagración en los artículos 8º, 11 y 13 de la Ley, los cuales disponen lo siguiente:

a) La empresa individual responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes. Esta disposición es una aplicación del derecho de prenda general de los acreedores analizado precedentemente;

b) El titular de la empresa individual responde con su patrimonio personal sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar, de acuerdo con el acto constitutivo y sus modificaciones;

c) Las utilidades líquidas de la empresa pertenecen al patrimonio personal del titular una vez que sean retiradas por éste, sin que los acreedores de la empresa individual puedan ejercer acciones respecto de dichas utilidades, una vez retiradas, por obligaciones contraídas por ésta; y

d) Los acreedores personales del titular no tienen acción sobre los bienes de la empresa individual. En caso de liquidación, tales acreedores pueden ejercer sus acciones sobre los beneficios o utilidades de la empresa que correspondan al titular y sobre el remanente, una vez satisfechos los acreedores de la empresa.

¿Es embargable la empresa individual como tal? Esta pregunta apunta a establecer si un acreedor personal del titular pueda hacerse pago de su crédito en ella, enajenándola como una unidad, sea que su personalidad jurídica subsista o no con motivo de tal enajenación. La respuesta afirmativa se entrega en el acápite 9º siguiente del presente artículo, donde se analiza la transferencia voluntaria o forzada de la E.I.R.L.

Las siguientes son excepciones a la limitación de responsabilidad del titular, establecidas en los artículos 7º y 12 de la Ley, casos en los cuales éste

responde personal e ilimitadamente de las obligaciones contraídas en el giro de la empresa:

- a) Si se declara la nulidad absoluta del acto constitutivo;
- b) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa individual, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos;
- c) Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representante de la E.I.R.L., para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos;
- d) Si la empresa individual celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato;
- e) Si el titular percibiere rentas de la E.I.R.L. que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir; o
- f) Si la empresa individual fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta.

Como una consecuencia de la distinción y separación de patrimonios de la empresa individual respecto de su titular, es posible que éste responda personalmente de las obligaciones de aquélla en todos los casos en que haya consentido. En otras palabras, las excepciones legales a la limitación de responsabilidad analizadas precedentemente no obstan a que el titular pacte convencionalmente extender su responsabilidad personal al pago de las obligaciones de la E.I.R.L.²¹

De esta forma, el titular podrá constituirse en fiador o codeudor solidario de la empresa individual y obligarse como avalista de letras de cambio y pagarés aceptados o suscritos por ella. También podrá constituir prendas o hipotecas sobre sus bienes propios, para garantizar obligaciones de la E.I.R.L.²²

La celebración de cualquier contrato que comprometa el patrimonio personal del titular deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley, por tratarse de situaciones de autocontratación.²³

²¹ Este principio está expresamente establecido en el art. 2095 del Código Civil, respecto de las sociedades que se rigen por sus disposiciones.

²² Véase el art. 2096 del Código Civil.

²³ Ver acápite 5 del presente artículo.

Cabe analizar la situación inversa a la señalada: ¿Es posible que la E.I.R.L. se constituya convencionalmente en responsable de las obligaciones personales del titular, comprometiendo su propio patrimonio?

La respuesta debe considerar que la E.I.R.L. puede “realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales”²⁴ y que “responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro”,²⁵ el cual está constituido por “las actividades económicas”²⁶ incluidas en su objeto.

De esta forma, la caución que la E.I.R.L. constituya en favor de los acreedores de su titular será una operación civil o comercial permitida realizar, pero sólo comprometerá su responsabilidad si queda comprendida dentro de las actividades económicas que constituyen su giro. Este último requisito será imposible de cumplir tratándose de la caución de las obligaciones personales del titular, toda vez que la empresa individual constituye precisamente un patrimonio distinto afectado a una finalidad económica. En consecuencia, por definición las obligaciones personales del titular quedarán fuera del giro de la E.I.R.L.²⁷

7. Transformación

El artículo 14 de la Ley dispone que en caso que se produzca la reunión en manos de una sola persona de las acciones, derechos o participaciones en el capital de cualquier sociedad, ésta puede transformarse en una empresa individual, cumpliendo su propietario con las formalidades de constitución. Para este efecto, la escritura pública respectiva, en la que debe constar la transformación y la individualización de la sociedad que se transforma, deberá extenderse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha reunión se produzca y el extracto correspondiente inscribirse y publicarse en el término fijado por la ley.

A su turno, una empresa individual puede transformarse en una sociedad de cualquier tipo, cumpliendo los requisitos y formalidades que establece el estatuto jurídico de la sociedad en la cual se transforma.

²⁴ Art. 2° de la Ley.

²⁵ Art. 7° de la Ley, comentado en el acápite 5 del presente artículo.

²⁶ Art. 4°, letra b) de la Ley.

²⁷ El único caso que se vislumbra en que dichas cauciones podrían obligar a la E.I.R.L. sería que la empresa individual tuviese dentro de su objeto el caucionar obligaciones de terceros a cambio de una remuneración, a fin de que constituyere una actividad económica.

8. Disolución

El artículo 15 de la Ley dispone que la empresa individual termina por las siguientes causales:

a) Por voluntad del empresario;

b) Por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo;

c) Por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad. En este caso –según lo dispone el artículo 16 de la Ley– la sociedad que recibe el aporte responde de todas las obligaciones contraídas por la empresa individual, a menos que el titular declare por escritura pública inscrita y publicada en los mismos términos señalados anteriormente, que asume dichas obligaciones con su propio patrimonio;

d) Por quiebra. Se trata de la quiebra de la E.I.R.L. La Ley no se ha referido a la quiebra del constituyente o titular como causal de disolución; no obstante lo cual, ésta puede provocarla, según se analiza en el acápite 7 siguiente de este artículo.²⁸ El artículo 17 de la Ley establece que el adjudicatario único de la empresa individual en el proceso de la realización de los bienes de la quiebra, puede continuar con ella en calidad de titular, debiendo efectuar una declaración sujeta a las mismas solemnidades previstas para la constitución.

e) Por la muerte del titular. Los herederos podrán designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa individual hasta por el plazo de un año, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada.

²⁸ Gonzalo Figueroa, en su ob. cit., pág. 593, deja constancia que la quiebra del titular puede ser una causal de disolución de la sociedad. El artículo 18 del proyecto original iniciado por moción de los senadores Sergio Fernández y Olga Feliú establecía que la quiebra del titular importaba la quiebra de la empresa. La suerte de esta disposición en el curso de su tramitación legislativa es particularmente curiosa: El texto aprobado en primer trámite constitucional por el Senado era el siguiente: "(Inc. 1°) *La quiebra fortuita de la empresa no llevará la quiebra personal del titular, pero la de éste importará la de la empresa.* (Inc. 2°) *Los acreedores de la empresa gozarán de la preferencia para el pago de sus créditos sobre los bienes comprometidos en ella.* (Inc. 3°) *Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa*". Una vez en la Cámara de Diputados y según se consigna en el informe de la Comisión Especial sobre la Pequeña y Mediana Empresa, el artículo 18, que pasó a ser 13, fue aprobado en dicha comisión con la indicación del diputado Venegas de suprimir los incisos segundo y tercero. Este texto fue aprobado por la Cámara en sesión celebrada el 31 de octubre de 2002. No obstante, remitido al Senado para su aprobación, la Comisión de Economía informó que la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, había desechado los incisos primero y segundo, siendo en definitiva aprobado el artículo 13 con el inciso tercero como único, en reemplazo del inciso primero.

Cualquiera que sea la causal de la terminación que haya operado, ésta deberá declararse por escritura pública, inscribirse y publicarse. En el caso de la letra e), corresponderá a cualquier heredero declarar la terminación; excepto si el giro hubiere continuado y se hubiere designado gerente común, pero, vencido el plazo, cualquier heredero podrá hacerlo. La Ley dispone que valdrán los legados que el titular hubiere señalado sobre derechos o bienes singulares de la empresa, los que no serán afectados por la continuación de ésta, y se sujetarán a las normas de derecho común.

Las causales de terminación se establecen tanto a favor del empresario como de sus acreedores, según disposición expresa de la Ley.

9. Transferencia voluntaria y forzada

La Ley no ha señalado expresamente si la E.I.R.L. puede ser transferida por su titular a un tercero. Los derechos que el titular tiene respecto de la persona jurídica constituida por la empresa individual son –evidentemente– de carácter patrimonial: se trata de determinar si tales derechos pueden ser transferidos a un tercero, considerando a la empresa individual como tal –subsistiendo su personalidad jurídica y separación patrimonial, pero respecto del nuevo titular– o si, por el contrario, la transferencia supone que previamente la E.I.R.L. se disuelva en su titular original, produciéndose la confusión de los patrimonios que se encontraban separados.

Las consecuencias jurídicas de una u otra alternativa son relevantes: En el caso que la E.I.R.L. pueda transferirse como tal, su patrimonio pasará sin solución de continuidad al nuevo titular. En otras palabras, tanto los bienes que conforman el activo de la empresa individual como las obligaciones y deudas que forman parte de su pasivo seguirán en manos de la misma persona jurídica, la que, no obstante, habrá cambiado de titular.

En cambio, en la segunda alternativa, tales bienes y obligaciones pasarán primeramente de la empresa individual, como sujeto de derechos, a su constituyente original, quien procederá a enajenarlos como una universalidad a su nuevo titular, debiendo al efecto establecer su propia empresa individual. En este caso, la transferencia operará de acuerdo con las normas específicas aplicables a cada clase de bienes, según su naturaleza: Los bienes raíces requerirán de inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, los bienes muebles, de su tradición, los derechos o créditos, de la notificación al deudor, y así sucesivamente. De otro lado, las obligaciones o deudas deberán ser asumidas por

el nuevo titular, mediante una novación por cambio de deudor que requerirá del consentimiento expreso del acreedor.

La transferencia de la empresa individual puede ser voluntaria –producto del libre consentimiento del titular– o forzada, si es consecuencia de un procedimiento de apremio seguido en su contra por sus acreedores personales.

Respecto de esta segunda alternativa surge, en primer término, la necesidad de analizar si la empresa individual como tal puede ser objeto de un procedimiento de apremio, esto es, dilucidar si –como se anticipó– es embargable. Esta medida de apremio es un paso previo indispensable para proceder a la enajenación forzada de la E.I.R.L.

En esta materia rige lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley, en cuanto hace aplicable a la empresa individual las disposiciones legales relativas a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. En virtud de esta norma cobra plena vigencia lo dispuesto en el artículo 380 del Código de Comercio, que se refiere al embargo de los derechos de un socio de una sociedad colectiva comercial.²⁹ El alcance de esta disposición fue precisado hace algunos años por el profesor Enrique Munita Becerra,³⁰ sentando la doctrina que, con pequeñas variaciones, ha sido seguida por la cátedra y la jurisprudencia.

Del análisis del artículo citado, en concordancia con otras disposiciones legales, concluye el profesor Munita que los derechos sociales son embargables y que el acreedor puede hacerlos enajenar en pública subasta, según las reglas generales. Para concluir de este modo razona sobre la base que la inembargabilidad de un bien sólo puede ser declarada por ley y, en ningún caso, *“puede determinarse por interpretación, extensión o analogía de disposiciones legales y menos deducirla de opiniones de tratadistas”*.³¹

El principal problema que plantea la disposición en estudio dice relación con la incorporación de un nuevo socio a la sociedad, como consecuencia de la enajenación de los derechos sociales del deudor. El profesor Munita sostiene que ello no es obstáculo para la subasta de tales derechos, de-

²⁹ Su texto es el siguiente: *“Artículo 380. Los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido; pero les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tuviere para percibirla al tiempo de la división social. Tampoco podrán concurrir a la quiebra de la sociedad con los acreedores sociales; pero tendrán derecho para perseguir la parte que corresponda a su deuda en el residuo de la masa concursada”*.

³⁰ *“LA EMBARGABILIDAD DEL DERECHO SOCIAL DE UN SOCIO EN UNA SOCIEDAD DE PERSONAS, POR UN ACREEDOR PERSONAL SUYO”*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LVII, Sección Derecho, págs. 89 y siguientes.

³¹ *Id.* anterior.

biendo procederse a la liquidación parcial de la sociedad o continuarla con el subastador, como sucesor, subrogante o causahabiente del socio embargado, en cuyo caso será necesario modificarla con las solemnidades legales, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 350 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha aceptado la doctrina del profesor Munita, difiriendo, con todo, en sus alcances. Así, se ha fallado por la Exma. Corte Suprema que los derechos sociales son embargables y pueden subastarse, *"en el entendido que el deudor no pierde la calidad de socio, ni la administración de la sociedad si la tuviere, y el subastador sólo adquiere el derecho a percibir las asignaciones que se hagan al ejecutado"*.³²

Si el socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada es declarado en quiebra, el síndico está facultado para ceder a título oneroso sus derechos o para pedir su disolución o liquidación, a falta de interesados.³³ En opinión del autor Alvaro Puelma Accorsi,³⁴ esta facultad debe ser ejercida por el síndico en armonía con las estipulaciones del contrato social. Por ello, sólo podrá ceder los derechos sociales si es autorizado por los restantes socios, ya que ello importa una modificación del contrato social, o pedir la disolución de la sociedad a falta de interesados, si la quiebra de un socio es causal de la misma.

De esta forma, no cabe sino concluir que la empresa individual es embargable por obligaciones personales de su titular y puede ser subastada en el procedimiento de apremio que se siga en su contra. De igual manera, en caso de quiebra del titular, el síndico podrá ceder a título oneroso la E.I.R.L. o pedir su disolución, a falta de interesados. Esta facultad concedida por la Ley al síndico debe primar sobre las disposiciones que en contrario pueda haber introducido el constituyente de la empresa individual, ya que mediante su ejercicio se resguardan los intereses de sus acreedores personales.

Negar la embargabilidad de los derechos del titular sobre la E.I.R.L. conllevaría el riesgo de crear verdaderos *"patrimonios fantasmas"*, fuera del alcance de sus acreedores, quienes deberían conformarse con el ejercicio de los limitados derechos establecidos en la Ley para el pago de sus créditos en las utilidades, una vez retiradas de la empresa individual, o esperar su

³² *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Tomo I, pág. 121.

³³ Art. 27 N° 13 de la Ley de Quiebras.

³⁴ Alvaro Puelma Accorsi, *Curso de Derecho de Quiebras*, Tercera Edición Corregida y Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1983, pág. 103.



disolución y sujetarse a las resultas de su liquidación, conforme lo haya establecido unilateralmente el constituyente.

Por ello, las conclusiones anteriores son las que mejor se avienen con la naturaleza patrimonial de la institución creada por la Ley y con los requerimientos de las sanas prácticas comerciales.³⁵

Las limitaciones que la doctrina y la jurisprudencia establecen en relación con los efectos de la enajenación de los derechos sociales no tienen aplicación respecto de la E.I.R.L., ya que si bien –según se verá más adelante– dicha enajenación importará una modificación de la empresa individual, ella no afectará ningún derecho de terceros, al no existir un vínculo contractual como lo es la sociedad.

A fin de determinar los efectos que la enajenación tendrá en la empresa individual es necesario adentrarse en el anunciado análisis de su transferencia.

La pregunta que se requiere responder es la siguiente: ¿Está la existencia de la empresa individual, en cuanto persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones, vinculada indisolublemente a la persona que la constituye –originariamente, es necesario precisar–, o bien se admite que la persona del constituyente sea reemplazada, sin por eso afectar su existencia ni personalidad jurídica?

Nuevamente es necesario recurrir al artículo 18 de la Ley, para dejar establecido que en esta materia rigen también las normas aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Ahora bien, el artículo 350 del Código de Comercio dispone que el cambio de un socio constituye una modificación del contrato social, que debe efectuarse con las mismas solemnidades legales prescritas para su celebración. De ello se sigue que el cambio de socios –de uno o de todos– en una sociedad comercial de responsabilidad limitada no afecta su existencia ni su personalidad jurídica, subsistiendo con los nuevos socios que hayan ingresado a ella.

³⁵ Como una forma de proteger los intereses de los acreedores personales del constituyente, el proyecto original establecía que éstos y otros interesados podían oponerse al establecimiento de la E.I.R.L. y a sus modificaciones que significaren disminución de las garantías o del respaldo patrimonial, pero ninguna de estas disposiciones formó parte del proyecto aprobado en definitiva. Se desprende de las actas en que consta la discusión parlamentaria, que la supresión de estas normas se efectuó con el propósito de sujetar la empresa individual a las reglas generales que rigen la materia. En relación con la quiebra del titular, véase la nota 28 anterior.

A su turno, el artículo 6° de la Ley dispone que la modificación de las menciones de la escritura de constitución de la E.I.R.L. debe efectuarse con sus mismas solemnidades. Entre dichas menciones se encuentran las relativas a la individualización del constituyente. De esta forma puede concluirse que la Ley admite el cambio de la persona del titular de la E.I.R.L., sin que ello afecte su subsistencia ni su personalidad jurídica.

Esta conclusión se ve confirmada por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, en cuanto establece que el adjudicatario único de la empresa individual en el proceso de la realización de los bienes de la quiebra puede continuar con ella en calidad de titular, debiendo efectuar una declaración sujeta a las mismas solemnidades previstas para la constitución. En este caso se trata de la transferencia del patrimonio de la empresa individual disuelta y, por ello, sin personalidad jurídica, razón por la cual la Ley se vio en la necesidad de normar su continuación en el nuevo titular. Razonando a *contrario sensu*, si el nuevo titular adquiere la empresa estando vigente, su personalidad jurídica subsiste al efectuarse su transferencia.

La cesión de los derechos del constituyente o titular de una empresa individual deberá cumplir con los requisitos de su modificación, esto es, efectuarse por escritura pública que contenga la individualización del nuevo titular y su nuevo nombre, un extracto de la cual debe inscribirse y publicarse en conformidad a la Ley.

10. Aspectos tributarios

El mismo artículo 18 antes citado dispone que rigen respecto de las empresas individuales las disposiciones tributarias aplicables a las sociedades comerciales.

De esta forma, el legislador no identificó la E.I.R.L. con el empresario individual establecido en la legislación tributaria, sino que optó por asimilar su tratamiento al de las sociedades de personas.³⁶ Ello es la lógica consecuencia de haber dotado a la empresa individual de personalidad jurídica, de forma tal que –en rigor– se constituye en un contribuyente diferente de su titular. En cambio el empresario individual establecido en la legislación tributaria es el mismo contribuyente, que para los efectos del desarrollo de su giro tributario, recibe un tratamiento especial.

³⁶ El Servicio de Impuestos Internos impartió las instrucciones sobre la tributación que afecta a las E.I.R.L. mediante Circular N° 27, de fecha 14 de mayo de 2003.

De ello se desprende además que el aporte de los bienes de propiedad del titular a la empresa individual es un título translaticio de dominio, dando lugar a la aplicación de las normas tributarias sobre enajenación de bienes, incluyendo las relativas al hecho gravado con el Impuesto al Valor Agregado y con las diferentes situaciones en que la ganancia de capital debe tributar con los impuestos a la renta.

Concordante con lo señalado en el artículo 11 de la Ley, el titular estará afecto a los impuestos personales a la renta, por las utilidades efectivamente retiradas de la empresa individual.

Finalmente, en los casos de transformación analizados precedentemente, será necesario dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Tributario a fin de evitar dar el aviso de término de giro respectivo.

11. Normas supletorias

Conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley antes citado, son normas supletorias que rigen a las empresas individuales las que se aplican a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

Ricardo Sandoval López

Profesor de Derecho Comercial
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Desde hace bastante tiempo se venía planteando la necesidad de introducir en la normativa jurídica mercantil una figura que permitiese al empresario individual limitar su responsabilidad por el ejercicio de las actividades empresariales solamente al monto de los bienes afectados a ella, separando este patrimonio de los bienes que destina a otros fines, como por ejemplo, a subvenir los gastos familiares.

El Gobierno de Chile ha impulsado una serie de iniciativas legales con el fin de reducir los trámites para iniciar nuevas actividades empresariales, como es el caso de la Ley de Microempresas Familiares de 2001, cuyo reglamento se citó en el año 2002, y dentro de este contexto se ubica la Ley N° 19.857, publicada en el Diario Oficial de 11 de febrero de 2003, que autoriza la constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL), en cuanto instrumento que dotado de personalidad jurídica permite a las personas físicas cumplir la finalidad ya indicada.

El origen de esta iniciativa legal se encuentra en un proyecto presentado por los senadores designados Olga Feliú y Sergio Fernández, en 1992, cuya tramitación no logró avanzar en el Congreso Nacional, hasta que el Ministerio de Economía, con la colaboración de "expertos en la materia", cuyos nombres no se han dado a conocer¹, propuso a la Comisión Especial PYMES de la Cámara de Diputados un conjunto de propuestas de indicaciones que modificaron el proyecto original y que permitieron que en definitiva se transformara en ley de la República.

¹ Véase : MONTERO, Paula "Destacan ley que autoriza creación de empresas individuales de responsabilidad limitada", en *La Semana Jurídica*. Crónica. Año 3. N° 120. Semana del 24 de febrero al 2 de marzo de 2003. Lexis Nexis.

Los objetivos perseguidos por esta nueva ley son básicamente los que indicamos a continuación:

1. Incentivar el desarrollo de nuevas iniciativas empresariales de pequeños empresarios; y
2. Formalizar o legitimar actividades empresariales de personas que no lo han hecho porque actúan bajo el amparo de sociedades de hecho o de sociedades simuladas.

En la doctrina nos hemos inclinado siempre a favor de la idea de crear nuevas formas de organización empresarial, siempre que ellas se instituyan sobre una base teórica que permita su adecuada incorporación dentro de nuestro ordenamiento jurídico mercantil.²

Es preciso analizar, en primer lugar, el marco doctrinario de sustento que ha de emplearse para la creación de una nueva figura jurídica como la que se acaba de introducir en nuestra legislación y, en segundo término, referirse al articulado de la Ley N° 19.857.

I. Marco doctrinario de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

2. Fundamentos teóricos

En este orden de ideas es preciso tener presente que la limitación de la responsabilidad es un instrumento para distribuir los riesgos entre el empresario y los acreedores, cuya existencia es necesaria en la actividad económica moderna, pero al mismo tiempo no puede transformarse en un medio para descargar la plenitud de los riesgos sobre los acreedores y terceros en general. En consecuencia, una ley que crea un instrumento de este tipo debe contener todos los resguardos necesarios para lograr el justo equilibrio entre el incentivo de la actividad económica de los empresarios individuales y la adecuada protección de los derechos de los acreedores y de los intereses de terceros.

² Cuando se presentó el proyecto original al Parlamento en 1992 y se pidió la opinión de las diversas Facultades de Derecho, emitimos un informe en representación de las Universidades de Concepción y Diego Portales de Santiago, donde expresamos nuestro apoyo a la iniciativa, siempre que se le dieran los fundamentos doctrinarios apropiados. No hemos participado en manera alguna del grupo de expertos que asesoró al Ministerio de Economía para proponer las indicaciones a la Cámara de Diputados que condujeron a la aprobación de la ley sobre esta materia.



3. Alternativas para limitar la responsabilidad

Las posibilidades que se ofrecen para lograr este objetivo son numerosas y variadas. Una primera alternativa puede consistir en la admisión de *sociedades unipersonales de responsabilidad limitada*, tanto al momento de su formación (*ab initio*) como sobrevenidas, por el hecho de producirse la concentración de todas las partes sociales en un solo socio. Esta solución es la que ha sido aceptada en la mayor parte de las legislaciones del sistema jurídico europeo continental y en el sistema de derecho de *Common Law*. Así, por ejemplo, en el derecho español, siguiendo las Directivas Comunitarias en la materia, la Ley N° 21/1995, de 23 de marzo, sobre sociedades de responsabilidad limitada, en el artículo 125, da cabida a la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. En Alemania se admitió a comienzos del siglo recién pasado la *Einmangessellschaften* y en el derecho inglés y norteamericano se ha legalizado la existencia de la figura denominada "*one man company*".³ La normativa francesa de sociedades comerciales contenida en la Ley N° 66.537, de 24 de julio de 1966, ya reconocía la existencia de "*société a main unique*" al establecer que la reunión de todas las cuotas sociales o de todas las acciones en una sola mano no producía por sí sola la disolución de la sociedad.

La admisión por el derecho de la figura jurídica de la sociedad unipersonal, que también tiene lugar respecto de la sociedad anónima, se funda en que la sociedad no sólo es un contrato, para cuya celebración se requiere la concurrencia al menos de dos partes, sino también es una persona jurídica. En relación con este segundo aspecto de la sociedad, es preciso tener en cuenta que el origen de la personalidad jurídica es un acto voluntario, que puede emanar de uno o varios sujetos que se proponen cumplir determinados fines, dando origen a una organización, para cuyo funcionamiento la ley atribuye este beneficio.

En el caso del derecho chileno, la Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 15, reconoce el derecho de asociarse sin permiso previo y en el inciso segundo dispone que para gozar de la personalidad

³ En Inglaterra se estableció a nivel legislativo la admisión de la sociedades de un solo socio (*one man company*) a raíz del caso *Salomon vs. Salomon* de fines del siglo XIX., en el que Aaron Salomon constituyó una sociedad anónima en la cual suscribió prácticamente la totalidad de las acciones, salvo 6, que distribuyó entre su familia; esta sociedad quebró y los acreedores solicitaron que Salomon respondiera con su patrimonio personal, tesis que fue acogida por los tribunales de primera instancia y de apelaciones, pero la Cámara de los Lores finalmente decidió que la compañía, a pesar de que en el hecho estaba formada por un solo hombre, era una persona distinta de los accionistas. En los Estados Unidos de Norteamérica, 21 de los 50 estados de la Unión permiten la formación *ab initio* de sociedades unipersonales. Véase GRISOLI, Angelo, "Sociedades unipersonales y empresa individual de responsabilidad limitada", en *Libro de Homenaje a Roberto Goldsschidt*. Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela.

jurídica se requiere cumplir las formalidades legales, de manera que la concesión de este beneficio no queda supeditada sólo a un acto plurilateral de asociación.

Tampoco se puede perder de vista para admitir la sociedad unipersonal la circunstancia que el derecho da plena eficacia a la promesa unilateral como mecanismo generador de obligaciones. Siendo esto así, no puede extrañarnos que el acto unilateral de voluntad del titular de la sociedad unipersonal sea generador de obligaciones y merezca contar con la ventaja de la personalidad jurídica.

Habría sido un aporte significativo a nuestra legislación mercantil introducir la figura de limitación de responsabilidad en el contexto de una nueva ley sobre sociedades de responsabilidad limitada, derogando el régimen de la Ley N° 3.918, de 1923, que no satisface las exigencias actuales del tráfico comercial que se lleva a cabo mediante este tipo societario. Un esfuerzo legislativo de esta envergadura podría haberse complementado con una modificación de la Ley N° 18.046, para permitir también la existencia de sociedades anónimas unipersonales, fundadas como tales o sobreenvidas por la reunión de todas las acciones en un solo accionista, situación esta última que puede darse en la práctica con mayor frecuencia en las sociedades anónimas cerradas.⁴

La otra opción para establecer la limitación de responsabilidad del empresario individual consiste en la creación de una nueva entidad, la Empresa

4. También pudo haberse resuelto el problema de la limitación de responsabilidad del empresario individual en la actividad empresarial, mediante una adecuada reglamentación del establecimiento de comercio, con los diversos bienes corporales e incorporeales que lo integran, quedando los bienes dedicados por su dueño a la explotación del negocio, como privilegio para los acreedores que contratan con él en el ejercicio de su actividad, sirviendo al mismo tiempo de base a la limitación de responsabilidad. Si se hubiera elegido esta alternativa de solución como política legislativa, no solo se habría alcanzado un innegable progreso con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico mercantil de una figura de tanta aplicación práctica, sino que al mismo tiempo se habría contribuido a solucionar una serie de problemas que la realidad plantea en esta materia, como los relativos al derecho de llaves, al derecho al local, asegurando al empresario individual la posibilidad de ejercer su actividad empresarial, sin quedar sujeto a las vicisitudes de acciones emanadas del derecho común sobre el arrendamiento, permitiendo la cesión del local en caso de transferencia del establecimiento, en suma, dando origen a una especie de propiedad comercial, como existe en otras legislaciones, particularmente en Francia (*droit au bail*). El legislador asimismo pudo haberse inclinado por otra posibilidad para resolver esta cuestión, que no consiste en crear un mecanismo de limitación de responsabilidad en favor del empresario individual, sino en la posibilidad de reformar nuestro derecho de garantías reales y personales, civiles y mercantiles, para dar cabida a figuras jurídicas de caución más amplias y más flexibles que las que actualmente existen, porque el empresario individual necesita básicamente recurrir al crédito y éste se otorga siempre que se ofrezcan garantías. Véase: Liermann, Edmund, "Sociedades Comerciales, Empresario individual, responsabilidad susceptible de penetración". Revista Notarial N° 810. Argentina, 1973, p. 1311; Véase además: Kovarik, M. "Projet de réforme du droit allemand des sociétés a responsabilité limitée", *Revue des Sociétés*. Francia, 1974 (3), págs. 433-465.

Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante EIRL), dotada de personalidad moral, con todas las consecuencias jurídicas que esto trae aparejado. Esta fue la alternativa elegida por el legislador chileno en la Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003.

4. La figura jurídica elegida por el legislador

La solución adoptada en la ley chilena es la que presenta, no obstante, las mayores dificultades y es la menos admitida en el derecho comparado.

En efecto, el legislador ha introducido la figura jurídica de la EIRL en el contexto de nuestro ordenamiento legal mercantil, en el cual la empresa no está reconocida expresamente como una categoría jurídica, ni está definida, ni regulada sistemáticamente. Siendo esto así, se origina un grave inconveniente, porque no existe una institución ni un marco jurídico de referencia, al cual pueda remitirse la Ley N° 19.857 para ser interpretada, aplicada y complementada. Esta dificultad no queda subsanada por el artículo 2° de la citada ley, que dispone que la EIRL "está sometida al Código de Comercio", porque este cuerpo legal, como ya expresamos, no contiene norma alguna que regule la empresa. Además, en la actualidad la mayoría de las instituciones del tráfico mercantil están regidas en Chile por leyes especiales, que no forman parte del Código de Comercio, como es el caso de las sociedades anónimas, de la letra de cambio y el pagaré, del mercado de valores, de la quiebra, etc.

La falta de una categoría jurídica y de una normativa de referencia tampoco se resuelve en este caso recurriendo a las reglas supletorias de la Ley N° 19.857, cuyo artículo 18 dispone que: "*En lo demás, se aplicarán a la empresa individual de responsabilidad limitada las disposiciones legales y tributarias aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada...*", porque el precepto transcrito se remite a una regulación inexistente, "*las reglas aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada*". En efecto, la Ley N° 3.918, de 1923, relativa a esta materia, no contiene normas específicas para disciplinar a las *sociedades comerciales de responsabilidad limitada*, sino que reglamenta, indistintamente, sociedades de responsabilidad limitada civiles y comerciales. No significa ninguna solución dejar establecida la aplicación supletoria de las normas existentes en materia de sociedades comerciales, por cuanto no se avienen con la naturaleza jurídica de la nueva entidad.

Es lamentable que la Ley N° 19.857, que introduce en nuestro derecho objetivo una nueva entidad jurídica, no haya optado por la alternativa de

instituir la bajo la forma de sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, caso en el que habría quedado sustentada en una categoría jurídica básica, la noción de sociedad, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y al mismo tiempo orientada por unos principios doctrinarios reconocidos universalmente. Así también se habría resuelto apropiadamente el problema de la legislación supletoria aplicable.

Ahora bien, como la ley que comentamos privilegió la figura de la EIRL, debería haber incorporado en nuestra legislación mercantil las categorías jurídicas de empresa y de empresario mercantil, respondiendo de esta suerte a los requerimientos que plantea el tráfico comercial moderno. La creación de dichas categorías jurídicas habría sido plenamente justificada, si se tiene en cuenta que la actividad económica de nuestros días se caracteriza por una producción y una demanda masiva, de manera que quienes la llevan a cabo han de adoptar la organización de empresa. Incorporados en el derecho objetivo mercantil los conceptos de empresa y de empresario, resultaría más fácil admitir la noción EIRL, dotada de personalidad jurídica, como una nueva forma de organización empresarial que permite a una persona física limitar su responsabilidad en el ejercicio de una actividad económica.

II. Análisis del articulado de la Ley N° 19.857

5. La autorización de la nueva entidad.

El artículo 1° de la normativa que nos ocupa autoriza “a toda persona natural” para la creación de empresas individuales de responsabilidad limitada. Llama la atención que la autorización se haya limitado tan sólo a las personas físicas, porque en el derecho comparado esa restricción no existe,⁵ pero ello se explica si se tiene en cuenta que el objetivo perseguido por el legislador fue introducir este mecanismo en favor de los pequeños y medianos empresarios individuales, que en nuestro medio generalmente son personas naturales.

Es claro que según el tenor del artículo 1° de la Ley N° 19.857, una misma persona física podría crear varias empresas individuales de responsabilidad limitada, cada una de ellas dedicada a una actividad y rubro diferente, a las que tendría que afectar también bienes diversos en cada caso.

⁵ El artículo 125 de la Ley 21/1995, de 23 marzo, del reino de España, dispone que la sociedad individual de responsabilidad limitada puede ser formada tanto por una persona física como por una persona jurídica.



6. La definición de la EIRL

La noción de la nueva entidad está contenida en el artículo 2° de la ley sobre la materia. Nos parece que el concepto no es el apropiado, por decir lo menos. En efecto, las figuras jurídicas han de ser definidas sobre la base de los elementos que las integran y a partir de ellos es posible distinguir sus rasgos singulares. No ocurre así en el caso del concepto de EIRL, donde el único elemento que se menciona es la personalidad jurídica, ya que el patrimonio propio distinto del de su titular no es sino una consecuencia de aquélla.

Construida una definición sobre la base de los elementos que la componen, pudo haberse señalado, en un inciso aparte, que la EIRL es mercantil por su forma, prescindiendo de las actividades que constituyan su objeto y su rubro específico. No es propio de una definición indicar, como lo hace el artículo 2° de la ley, a qué normas quedará sometida la figura jurídica que se define, ni tampoco señalar que ella pueda realizar *"toda clase de operaciones civiles y comerciales"*. Las instituciones jurídicas se definen por lo que son y no por lo que pueden hacer. Además, la idea de operación es una noción económica y si se ha utilizado en la doctrina y en algunas normas de derecho, ha sido para describir un conjunto de actos y contratos vinculados entre sí, con un fin determinado.

Reiteramos que constituye un error que el artículo 2° de la ley disponga que la EIRL *"está sometida al Código de Comercio cualquiera sea su objeto"*, porque este cuerpo de leyes no contiene norma alguna que regule la empresa.

Si la opción tomada por el legislador para establecer el instrumento de limitación de responsabilidad no fue afortunada, la definición del concepto de EIRL es francamente lamentable.

En el contexto de esta ley habría que definir a la EIRL como una persona jurídica formada por fondo suministrado por una persona natural, que responde sólo por el entero efectivo de los bienes que integran dicho fondo, administrada por su titular o la persona que éste designe y conocida por la referencia a las actividades que constituyen su objeto.

La EIRL es siempre comercial, cualquiera sea su objeto y aun cuando se forme para la realización de actos o contratos de carácter civil

7. Formalidades de constitución de la EIRL

Sin duda que es apropiado que esta nueva figura jurídica tenga un régimen de constitución solemne, consistente en el otorgamiento de una escritura pública y la inscripción y publicación de un extracto de ella en el Registro de Comercio y en el Diario Oficial, respectivamente. La exigencia de estas formalidades redundante tanto en resguardo de la persona que crea la EIRL, como en la protección de los terceros que contraten con ella.

El carácter formal de la fundación de la EIRL hay que deducirlo del artículo 3° de la ley sobre la materia, cuya redacción deja mucho que desear, porque se limita a expresar que *"la constitución se hará por escritura pública..."*, sin expresar que esa exigencia se aplica a ella, lo que desde luego hay que concluir, porque el precepto se encuentra dentro de la normativa legal que regula esta figura jurídica y a continuación del artículo que la define.

8. Contenido de la escritura fundacional

Se encuentra normado por el artículo 4°, cuyo enunciado indica textualmente que: *"En la escritura, el constituyente expresará a lo menos..."*. Nos llama la atención que en esta disposición el legislador se refiera ahora al *"constituyente"* y no al *"titular"* de la EIRL, como lo había hecho en la definición de la misma, porque el constituyente, jurídicamente hablando, puede ser una persona distinta del titular de la empresa. Recordemos tan solo que tratándose del contrato de seguro, se distingue entre el contratante y el asegurado, como dos personas diferentes, aunque nada impide que en ciertos casos puedan ser también un mismo y único sujeto. Desde el punto de vista de la técnica legislativa tampoco nos parece correcto que el enunciado del artículo termine diciendo *"expresará a lo menos"* cuando pudo haberse indicado que la escritura contendrá a lo menos las siguientes menciones.

Pasaremos revista ahora a las indicaciones del contenido de la escritura pública constitutiva de la EIRL, según el tenor del artículo 4° de la ley del ramo.

9. Indicación relativa a la identidad del titular

El artículo 4° en la letra a) de la Ley N° 19.857 dispone que: *"En la escritura, el constituyente expresará a lo menos: a) El nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente"*. Se trata de la mención relativa a los datos de identidad de la persona física que crea la EIRL, la mayoría de los cuales están comprendidos en los requisitos de compare-

cencia de una escritura pública, según las normas del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, destaca el hecho que entre esos datos haya que incluir la edad de la persona que funda la empresa, porque esta exigencia podría convertirse en un inconveniente o en un elemento de discriminación. En verdad, primero es preciso que la persona confiese su edad y luego tanto en el caso en que dicha edad sea avanzada como en el evento que sea la mínima para tener capacidad jurídica plena, esta circunstancia podría inducir a que no se contrate con la empresa o a que no se le conceda crédito, no obstante que la entidad es una persona jurídica diversa de su titular.

10. Enunciación referente al nombre de la empresa.

Cuando el legislador alude a esta indicación, señala que el nombre de la empresa *"contendrá, al menos, el nombre y apellido del constituyente, pudiendo tener también un nombre de fantasía, sumado al de las actividades que constituirán el objeto o el giro de la empresa y deberá concluir con las palabras "empresa individual de responsabilidad limitada" o la abreviatura "E.I.R.L.".* La forma en que está redactado el precepto transcrito origina algunas dudas en cuanto a la manera como hay que configurar el nombre de esta entidad. En efecto, la norma exige en forma imperativa que la denominación de la figura jurídica contenga el nombre y apellido del constituyente, para luego facultar que también tenga un nombre de fantasía. Entonces pudiera pensarse que se trata de situaciones alternativas, es decir, que la exigencia del nombre de la empresa se cumpliría tanto en el caso en que se forme con el nombre y apellido del constituyente como en el evento en que se le ponga un nombre de fantasía. Ahora bien, siguiendo el texto del artículo, habría que concluir que, en los dos casos anteriores, para formar la denominación de la empresa, habría que agregar el nombre de las actividades económicas que constituyan el objeto o el giro de la empresa, empleándose las expresiones objeto o giro como si tuvieran un significado diferente, en circunstancias que en la letra d) se alude al objeto o giro de la empresa como una misma y única cosa. Y, además, según el tenor de la enunciación que analizamos, el nombre *"deberá concluir con las palabras empresa individual de responsabilidad limitada o la abreviatura E.I.R.L."*

Creemos que habría que entender que la denominación de la forma jurídica recién instaurada en nuestro ordenamiento legal se integra con el nombre y apellido del titular de la misma, más la indicación de las negociaciones que constituyen su objeto o giro y por último las expresiones *"empresa individual de responsabilidad limitada"* o la abreviatura E.I.R.L. De esta manera la entidad tiene que ser identificada como persona jurídica en relación con su titular y respecto de los terceros que contraten con ella.

También pensamos que al aceptar el legislador que la EIRL utilice, en el ámbito de las relaciones económico-mercantiles, un nombre de fantasía, este último no formará parte de su denominación ni puede utilizarse para obligar jurídicamente a la empresa. Todo esto pudo señalarse con claridad meridiana en el texto de la ley, pero no fue así por mala técnica legislativa.

11. Indicación relativa al capital

Según el artículo 4° letra c), la escritura fundacional de la EIRL debe contener: *“El monto del capital que se transfiere a la empresa, la indicación si se aporta en dinero o en especies y en este último caso, el valor que se les asigna”*. Interesa tener en cuenta que el *“concepto de capital es de carácter contable y no jurídico”* y tampoco el capital se transfiere, sino que se aporta, se constituye o se integra en una entidad diferente del sujeto aportante. El precepto debió referirse a los aportes que el titular hace a la empresa, los que pueden consistir tanto en dinero como en bienes y en este último caso, no basta con indicar el valor que se les asigna por el propio titular, sino establecer un sistema de valoración que permita asegurar el carácter real y efectivo de las aportaciones no dinerarias. No puede perderse de vista que la EIRL es un mecanismo de limitación de responsabilidad y que de conformidad con el artículo 8° inciso 2° de la ley sobre la materia, *“el titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones”*, de manera que el legislador no puede dejar entregada la valoración de los aportes no consistentes en dinero al propio titular de la empresa, porque éste no responde de las deudas de ella, sino tan solo del pago efectivo de su aporte. La falta de una regla que cautele la integración real del capital aportado a la EIRL puede dar origen a abusos como los que ahora se cometen en las sociedades de responsabilidad limitada, donde tampoco hay norma al respecto. Esta situación se agrava si se piensa que la ley que comentamos tampoco contiene reglas relativas a la conservación del capital que se aporta a esta nueva entidad.

12. Mención del objeto en la escritura

La ley exige que el acto constitutivo de la EIRL contenga la indicación referente a: *“d) La actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa y el ramo o rubro específico en que ella se desempeñará”*. Se trata de la descripción del objeto de la entidad que se constituye, por lo que el lenguaje empleado para hacerla ha de ser claro y preciso, sobre todo si se tiene presente que ella *responde exclusivamente por las obligaciones dentro de su giro* (art. 8° inciso 1°). Ahora bien, el legislador se refiere a *“la actividad económica que constituirá su objeto...”*, empleando un lenguaje muy

general y vago, por lo que la descripción del objeto que tenía que ser precisa, resulta ser “un saco de payaso” donde entra de todo. Tratándose de la sociedad colectiva comercial, el art. 352 N° 5° exige que el objeto social se describa en la escritura fundacional como: “*Las negociaciones sobre que deba versar el giro de la sociedad*”. Por su parte, el artículo 4° N° 3 de la Ley N° 18.046, de 1981, sobre sociedades anónimas, dispone que la escritura constitutiva debe señalar: “*La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad*”, y el artículo 9° de la misma ley establece que: “*La sociedad podrá tener por objeto u objetos, cualquiera actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad nacional*”.

Puede advertirse que en los preceptos citados del Código de Comercio y la Ley N° 18.046 hay una correcta alusión o descripción del objeto social de estas compañías y que no ocurre lo mismo con el objeto de la EIRL, porque el artículo de la ley pertinente se refiere a la “*actividad económica*”, concepto vago e impreciso, y agrega que además ha de mencionarse “*el ramo o rubro específico en que ésta se desempeñará*”. Sólo el Servicio de Impuestos Internos ha elaborado una lista de “*rubros o ramos de actividades económicas*”, de manera que se advierte aquí la remisión en el hecho a esa nómina, que termina con un rubro “*otros*”, entonces habría que preguntarse que pasará cuando una EIRL se forme para una actividad económica cuyo rubro sea “*otros*”.

Con buena voluntad llegamos a concluir que una EIRL puede tener por objeto la actividad económica de la “*construcción*” y que el rubro sea “*viviendas económicas*”, con lo cual esto calzaría con la hipótesis legal y con la nómina del Servicio de Impuestos Internos.

La escritura además mencionará el domicilio y la duración de la entidad que se constituye, lo que no merece mayores comentarios.

13. Las otras formalidades de formación de la EIRL

El proceso de constitución solemne de esta entidad se completa con la inscripción de un extracto de la escritura fundacional en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y su publicación por una sola vez en el Diario Oficial, dentro de sesenta días siguientes a la fecha de la escritura.

Interesa señalar que según el artículo 5° de la ley sobre la materia, “*el extracto deberá contener un resumen de las menciones señaladas en el artículo anterior*”. Extracto, en sentido natural y obvio de la palabra, significa resumen, de manera que resulta curioso que este resumen contenga a su vez “*un resumen de las menciones señaladas en el artículo anterior,*” lo que

podría llevar a entender que este resumen consiste en incluir algunas, pero no todas, las menciones de la escritura fundacional, con lo cual no se cumpliría la finalidad que se persigue de dar a conocer a terceros los elementos propios y las características de la entidad de que se trata. Una vez más se pone en evidencia la falta de una adecuada técnica legislativa, que se refleja en una redacción poco afortunada del precepto transcrito.

Por último, dejamos constancia que toda modificación que se haga de una EIRL ya constituida deberá observar las solemnidades propias de la formación de la misma; aunque el artículo 6º se refiere a "*Toda modificación de las menciones señaladas en el artículo 4º*", entendemos que quiso aludir a toda reforma de una entidad ya formada.

14. Sanción por el incumplimiento de formalidades

La falta de cumplimiento de alguna de las solemnidades previstas en los artículos 4º, 5º y 6º para la constitución o modificación de la EIRL produce la nulidad absoluta del acto respectivo.

Nos parece que la sanción es demasiado grave, porque se aplica ante la omisión de cualquiera formalidad, "tanto respecto de las enunciaciones del contenido de la escritura como del extracto inscrito y publicado, como de la omisión total de la escritura, o del extracto o de su inscripción o de su publicación en el Diario Oficial. No existe, como en el caso de las sociedades comerciales, una referencia a vicios u omisiones formales o a vicios u omisiones de fondo que originen la nulidad", sino que cualquiera omisión da lugar a la sanción indicada.

Cuando la nulidad absoluta afecta al acto constitutivo de la entidad, el titular responde personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa.

De conformidad con la parte final del artículo 7º de la ley que comentamos, la sanción de nulidad absoluta no obsta a la posibilidad de saneamiento. Ahora bien, como el artículo 18 de la ley que comentamos hace supletoria la normativa de la Ley N° 19.499, aplicable a las sociedades comerciales, habría que entender que este saneamiento tendría que hacerse conforme a las reglas de esta última. Sin embargo, en virtud de la Ley N° 19.499, se distingue una nulidad absoluta de pleno derecho, una nulidad absoluta saneable y errores formales que no requieren saneamiento. La nulidad absoluta de pleno derecho no admite saneamiento en el caso de las sociedades comerciales y está claramente establecido que ella se produce si falta la escritura pública, o el instrumento privado reducido a

escritura pública o el instrumento protocolizado (art. 356 C. de C.). En el caso de la EIRL, como la ley señala que la omisión de alguna de las solemnidades produce nulidad absoluta, puede ser que esa omisión sea la falta de la escritura pública constitutiva y de todas maneras existiría la posibilidad de saneamiento, no obstante que en ese caso, según la Ley N° 19.499, tal saneamiento no es procedente.

15. Responsabilidad de la empresa individual y del titular

En virtud del artículo 8° de la Ley N° 19.857, la entidad que ella crea, EIRL, responde exclusivamente de las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes. A este respecto nos permitimos recordar que, conforme a la letra d) del artículo 4°, el giro de la EIRL puede consistir en una *actividad económica* que deberá indicarse en la escritura constitutiva, conjuntamente con el *rubro específico* en que dentro de ella se desempeñará, descripción del objeto que es imprecisa y que suscitará dudas acerca de la responsabilidad de la empresa, cuando dicho objeto quede determinado en forma poco clara en la escritura fundacional de la empresa. Esto redundará en contra de los acreedores, que no podrán hacer efectiva responsabilidad de la empresa respecto de todos sus bienes.

En armonía con lo previsto en el artículo 8°, el artículo 13 de la ley dispone que los acreedores personales del titular de la EIRL no tendrán acción sobre los bienes de la entidad, como consecuencia del hecho que ella forma una persona jurídica distinta de aquél, dotada de patrimonio propio, respecto del cual es obvio que los acreedores mencionados no pueden ejercitar su derecho de prenda general. Producida la disolución de la entidad y encontrándose en liquidación, los acreedores personales del titular sólo pueden intentar acciones respecto de las utilidades que en la empresa correspondan a éste y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa.

Consecuente con la idea que la entidad que se crea es un instrumento de limitación de responsabilidad, el inciso 2° del artículo 8° de la ley sobre la materia, dispone que: *"El titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones"*. Es un hecho que el titular no responde, salvo situaciones excepcionales, con su patrimonio de las deudas de la EIRL. Sin embargo, en la normativa legal no aparecen resguardos acerca de la efectividad y de la conservación del capital de este tipo de empresa, como ocurre con la sociedad anónima, en la que el accionista responde sólo del pago de su acción y no de las deudas sociales, porque de estas últimas se hace cargo el patrimonio de la compañía, debidamente integrado y conservado.

Según lo previsto en el artículo 12 de la ley, el titular de la EIRL responde ilimitadamente con todos sus bienes en las siguientes situaciones:

a) Por los actos y contratos ejecutados o celebrados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos. No hay problema en admitir que el titular responda ilimitadamente por los actos ejecutados y por los contratos convenidos fuera del objeto de la entidad, sólo que en la práctica esto dará lugar a muchos conflictos, si el objeto no aparece claramente delimitado en la escritura fundacional, exigencia respecto de la cual el legislador no hizo una descripción apropiada, al tratar de las enunciaciones de ese instrumento, como lo señalamos precedentemente. Además, esta responsabilidad ilimitada sólo existiría, al tenor del precepto citado, *"para pagar las obligaciones que emanen de dichos actos y contratos"*, lo que nos parece redundante, porque lo que expresa esta frase estaría implícito en la responsabilidad que se atribuye. También se puede interpretar que el legislador habría intentado restringir el ámbito de esa responsabilidad indefinida, sólo al pago de las obligaciones generadas en los actos y contratos que exceden del marco del objeto de la empresa individual, dejando afuera otras consecuencias pecuniarias que pudieran derivarse de tales actos y contratos, como por ejemplo indemnizaciones de perjuicios a terceros, responsabilidad extracontractual, etc.

b) Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos. Es evidente que si el administrador de la EIRL o su delegado no expresa al contratar que actúa en su nombre y representación, resultará obligado personalmente, y como toda responsabilidad personal, ésta será siempre ilimitada. En este caso es toda una curiosidad que esa responsabilidad se circunscriba, según el texto de la ley, tan solo al pago de las obligaciones emanadas de esos actos y contratos, porque estamos ante la regla general de la responsabilidad contractual. La frase *"para cumplir las obligaciones que emanen de esos actos y contratos"* está absolutamente de más.

c) Si la empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato. Creemos que estos casos de responsabilidad ilimitada del titular se justifican como sanción a los hechos en que ella se funda y nos parece acertado que la simulación pueda sancionarse aun cuando no se acredite perjuicio de terceros, sin embargo, la ley excluye la exigencia de perjuicios inmediatos, de manera que ellos podrían existir y habría que justificarlos si fueren perjuicios mediatos. Esos perjuicios inmediatos tendrían que presentarse dentro de un cierto tiempo, que no se indica en el artículo 12, letra c), de la ley sobre la materia.

d) Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir. Destacamos que esta responsabilidad indefinida del titular de la EIRL se funda en el hecho de percibir “rentas”, lo que evidencia el empleo de una terminología propia de la legislación tributaria y no la que se usa en el derecho de sociedades, corporaciones y entidades, en que se alude a remuneraciones u otros estipendios. Además, las “rentas” percibidas por el titular no han de guardar relación “con la importancia de su giro”, lo que creemos que no es un requisito apropiado para establecer la responsabilidad ilimitada del titular. El giro u objeto de la entidad no puede ser calificado de “más importante” o “menos importante” para los efectos que estamos analizando, sino que hay que atender a la cifra de negocios de la entidad o al monto de la facturación o de las ventas realizadas en un ejercicio o al volumen de producción, etc.

e) Si la empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta. La aplicación del procedimiento de calificación de la empresa, como persona jurídica que es, tendrá que repercutir sobre el titular, el que como persona física, tendría que responder por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta. Al ser así, el titular responderá indefinidamente con todos sus bienes. Sin embargo, la quiebra como fenómeno económico y jurídico no tendrá ninguna repercusión sobre el titular de la EIRL, si se declara fortuita en el procedimiento de su calificación penal, lo que no nos parece una solución acertada, si se quiere dar una garantía de responsabilidad en el uso de este instrumento de limitación de responsabilidad por parte del titular de la EIRL.

Por último, de conformidad con el artículo 11, las utilidades líquidas de la EIRL pertenecerán a su titular e ingresarán en el patrimonio de éste una vez que las haya retirado. Los acreedores de la empresa no pueden intentar acciones dirigidas a embargar esas utilidades para pagarse de sus créditos.

16. Administración de la EIRL

Tomando las palabras del texto del artículo 40 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, el artículo 9° inciso 2° de la ley sobre EIRL dispone que: “la administración corresponderá al titular de la empresa, quien la representa judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento del objeto social, con todas las facultades de administración y de disposición”. El texto transcrito alude al “objeto social” en circunstancias que la entidad que se crea no es una sociedad, sino una empresa, lo que evidencia que el legislador se inspiró en el artículo 40 de la ley de sociedades anónimas. Asimismo, atendida la fuente de inspiración, habría que entender que esta disposición le otorga poderes legales de administración y disposición a

este órgano de gestión, por lo que no sería necesario indicarla en la escritura fundacional. Si se trata de poderes legales, el administrador de la empresa individual de responsabilidad limitada está investido de las más amplias facultades para actuar en toda circunstancia en nombre de ella, ejerciéndolas dentro de los límites del objeto, sin que sea necesario distinguir entre poderes de administración, de conservación o de disposición. El ámbito de los poderes legales del administrador de este tipo de empresa está limitado por su objeto, el que en consecuencia debe quedar perfectamente determinado, lo que no ocurre en este caso, según las exigencias que el legislador formula respecto de su descripción en la escritura fundacional, como ya tuvimos oportunidad de comentarlo. En el caso de la sociedad anónima, está claro que el Directorio, como órgano de administración, está dotado por ley de todas las facultades de administración y de disposición, salvo aquellas que son privativas de la Junta General de Accionistas. El Directorio ejerce sus funciones en sala legalmente constituida, porque ellas pertenecen al órgano y no a sus integrantes.

Llama la atención que después de haber establecido que la administración de la EIRL corresponde a su titular, se disponga que *el titular o su mandatario debidamente facultado* podrá designar un gerente general, "que tendrá todas las facultades del administrador, excepto las que excluya expresamente. En efecto, resulta curioso, por decir lo menos, que sea un mandatario del titular el que nombre al gerente y que este gerente tenga todas las facultades del administrador, suponiendo que el titular como administrador conserve también las suyas, caso en el cual habría dos órganos de administración para este tipo de empresa, con las mismas facultades. En el caso de la sociedad anónima, donde se faculta al Directorio para nombrar al gerente, el órgano de gestión sólo puede delegar parte de sus atribuciones y no todas ellas en el gerente. Se desvirtúa la característica de que el titular es el administrador de la EIRL al establecer que puede nombrar un gerente con todas las facultades que el mismo posee. Además se contempla la posibilidad del titular para conferir mandatos generales y especiales para actuar a nombre de la empresa, con lo que si estos mandatos contienen facultades generales de administración de la empresa, vamos a tener un cúmulo de administradores, lo que sin duda perjudica la seguridad y la certeza que debe existir en esta materia, para la protección de los terceros que contraen con esta entidad.

17. Requisitos para que la EIRL resulte obligada frente a terceros

De conformidad con lo previsto en los artículos 8° y 9°, de la Ley N° 19.857, es preciso que se cumplan tres exigencias para que la EIRL resulte obligada, a saber:



- a) Que la obligación sea contraída dentro del objeto giro de la empresa;
- b) Que el acto o contrato del que nace la obligación sea ejecutado o celebrado por su administrador; y
- c) Que el administrador al ejecutar el acto o al convenir el contrato actúe en nombre y representación de la empresa.

Ya hemos señalado las dificultades que originará la falta de precisión con que el legislador ha descrito la exigencia relativa al objeto en la escritura de formación de esta clase de empresa y el alcance que tiene la responsabilidad de ella y del titular respecto de dichas obligaciones. Ahora nos referiremos al administrador y su forma de actuación.

18. Autocontratación y la EIRL

El legislador de la Ley N° 19.857 intenta dar una solución al problema de la autocontratación en el artículo 10 de la misma, cuyo texto está redactado en términos oscuros y confusos que denotan un mal manejo de la terminología jurídica y del idioma. Transcribiremos el precepto legal para dejar testimonio de lo que acabamos de afirmar: *"Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público..."*. Lo que el legislador quiso decir es que los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebra, como persona natural, en relación con los bienes comprendidos dentro del patrimonio de la empresa, persona jurídica diversa, tendrán valor si los hace constar por escrito y desde que ese instrumento se protocolice ante notario público. O sea, el legislador intentó aludir a la figura de la autocontratación en los términos del artículo que transcribimos precedentemente y quiso establecer un resguardo estableciendo la exigencia ya indicada. Pero parece sorprendente que en un texto legal se exprese que el titular de la EIRL *"celebre actos con su patrimonio no comprendido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra..."*, porque los que contratan no son los patrimonios, sino las personas, aunque esto tenga consecuencias en los patrimonios de los contratantes, y en este caso lo que quiso describirse fue una hipótesis de autocontratación, en esos desafortunados términos.

La situación que implique autocontrato entre el titular y su propia EIRL adquiere eficacia jurídica si tales actos constan por escrito y desde que son protocolizados ante notario público. No hay duda que se trata de requisitos de validez por la exigencia del plazo a partir del cual el acto tendría pleno valor jurídico.

En el inciso segundo del artículo 10 de la ley que nos ocupa, se establece que la pena del delito contemplado en el número 2º del artículo 471 del Código Penal se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada. Aunque el inciso 2º no dispone la vinculación con el inciso anterior del mismo artículo, habría que concluir que en el caso de la celebración de autocontratos que impliquen contratos simulados, por parte del titular de la EIRL, procedería el aumento de pena, pues el aumento del reproche acarrearía el aumento de la pena, que pasaría a ser en definitiva presidio o reclusión menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años.

19. Disolución de la EIRL

Esta entidad se disuelve en los casos que señala el artículo 15 de la ley, a saber:

a) *por voluntad del empresario*. Hay que suponer que este "empresario" no es otro que el titular de la entidad, que así como tuvo la voluntad de crearla, también está facultado para ponerle fin;

b) *por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo*. Esta causa de disolución sólo tiene lugar cuando este plazo se ha establecido en la escritura fundacional, porque en silencio de esta enunciación se entiende que la entidad es de duración indefinida, y sin perjuicio de la posibilidad que, antes de extinguirse el término previsto, pudiera prorrogarse con observancia de las formalidades legales previstas para la modificación del acto constitutivo;

c) *por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16*. En este caso se trata de una disolución producida por la transformación de la entidad en una sociedad, a la cual se aportan todos los bienes que constituyen su patrimonio. Transformada la EIRL en sociedad, esta última responderá de todas las obligaciones contraídas por la empresa, en conformidad con el artículo 8º de la ley, a menos que el titular declare por escritura pública inscrita y publicada según el artículo 6º, que él las asumirá con su propio patrimonio (art. 16).

d) *por quiebra*. Es curioso que la EIRL se disuelva por esta situación, porque el principio que impera a este respecto es que la quiebra no produce por sí sola la terminación de los actos y contratos preexistentes a la época de su declaración. Es más, la sociedad declarada en quiebra, como cualquier otro sujeto fallido, puede celebrar un convenio solución para poner fin a este estado, sin que se produzca en este caso su disolución. Además, las socie-

dades disueltas pueden ser declaradas en quiebra durante el proceso de liquidación, porque conservan su personalidad jurídica para estos fines.

El hecho que la quiebra sea una causa de disolución de este tipo de entidad, aunque aparece expresamente señalado en la letra d) del artículo 15 de la ley objeto de este comentario, puede ponerse en duda con la disposición contenida en el artículo 17, según el cual *“el adjudicatario único de la empresa podrá continuar con ella, en cuanto titular, para lo cual así deberá declararlo con sujeción a las formalidades del artículo 6°”*. Este artículo contraviene al artículo 15, letra d), que contempla a la quiebra como causa de disolución de la EIRL. Con la frase *“podrá continuar con ella, en cuanto titular”* el legislador estaría disponiendo que esa continuación importa la sobrevivencia de la EIRL, ya disuelta por la declaración en quiebra, la que quedaría de esta suerte sin efecto, cumpliéndose las formalidades constitutivas. También habría que entender que en este caso hay continuación de la misma personalidad jurídica, aunque el precepto alude más adelante al cumplimiento de las formalidades constitutivas de la entidad. Asimismo, esta situación supondría que el adjudicatario único se hizo dueño de todo el activo de la EIRL, que el seguramente se habría realizado como unidad económica.

e) *por la muerte del titular*. Aunque la EIRL se crea como una persona jurídica distinta de su titular, la muerte de este último origina su disolución, debido a la estrecha vinculación que existe entre ambos. Sin embargo, la muerte no produce la disolución *ipso iure* de la entidad, porque según el inciso final del artículo 15 de la ley, en este caso cualquier heredero podrá hacer una declaración para que la empresa se disuelva, a menos que los herederos consientan en designar a un mandatario común encargado de llevar a cabo la continuación del giro de la empresa, hasta por el plazo de un año, término que habría que contar desde el fallecimiento del causante, porque el precepto legal no lo dice. En el evento que el titular haya instituido legados sobre especies o cuerpos ciertos pertenecientes a la empresa, dichos legados seguirán siendo válidos, no se verán afectados por la continuación del giro y se regularán por las normas del Código Civil. Una vez expirado el plazo de un año, termina el beneficio de la limitación de responsabilidad que favorecía a la empresa individual y cualquier heredero podrá hacer la declaración en virtud de la cual se pone fin a la entidad.

Respecto de las formalidades propias de la disolución, cualquiera sea la causa por la que ella se produzca, es preciso hacerla constar en escritura pública, cuyo extracto debe inscribirse y publicarse, con arreglo a lo previsto sobre las solemnidades de constitución de esta entidad, según el artículo 6° de la ley. Es evidente que si la causa de disolución es la declaración de nulidad de la EIRL, no será necesario que se haga la declaración en escritura

pública por el titular de la misma, ya que la nulidad sólo la declara el tribunal. De ahí entonces que la frase *"cualquiera que sea la causa"* contenida en el artículo 15, inciso 2°, no tiene la aplicación amplia que ella indica.

Por último, entendemos que causas de disolución de la EIRL pueden ser invocadas tanto por el titular de la misma como por sus acreedores, idea que el legislador habría querido expresar en el inciso final del artículo 15 de la ley, cuando dice *"Las causales de terminación se establecen tanto en favor del empresario como de sus acreedores"*.

20. Liquidación de la EIRL

La ley que regula esta materia no establece normas específicas sobre la liquidación de la entidad que ella crea. El problema de la falta de normativa no se resuelve con la referencia que hace el artículo 2° a la Ley N° 19.857, al Código de Comercio, que no contiene una regulación de la empresa en general ni en particular a algún tipo de empresa, ni con la remisión a la legislación supletoria que hace el artículo 18 de este texto legislativo *"a las disposiciones legales y tributarias aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada..."*, porque como ya dijimos, esas normas no existen y con buena voluntad habría que entender que la referencia es a la Ley N° 3.918, de 1923, que regula toda clase de sociedades de responsabilidad limitada, ley que a su vez no tiene reglas relativas a liquidación de dichas sociedades y que, a su turno, se remite a las *"reglas establecidas para las sociedades colectivas"*, y por último, en el Código de Comercio encontramos reglas de liquidación de sociedades colectivas comerciales, las que vendrían siendo aplicables a la liquidación de la EIRL.

Al no existir disposiciones sobre la materia, se plantea el problema de saber si subsiste o no la personalidad jurídica de la EIRL después de su disolución y para los efectos de su posterior liquidación. Al admitir la subsistencia de la personalidad jurídica se protegen en mayor medida los intereses de los terceros, que guiados por la apariencia, podrían contratar con la entidad ya disuelta creyendo que está vigente.

Con todo, en el artículo 13 de la ley hay una regla aislada que alude al derecho de los acreedores personales del titular de la EIRL para accionar *"contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de empresa"*, en caso de liquidación de la misma.

21. Transformación de una sociedad en EIRL. La hipótesis está prevista en el artículo 14 de la ley objeto de este análisis y tiene lugar cuando se con-

centran en una misma persona todas las acciones o todas las cuotas de interés social de una misma sociedad. Para que se produzca la transformación en EIRL se requiere que la persona en cuyo patrimonio se ha producido la reunión de todas las acciones o cuotas de interés social declare su intención de formar con ellas una empresa de este tipo, cumpliendo las formalidades constitutivas previstas en la Ley N° 19.857. La escritura pública respectiva contendrá la individualización de la sociedad que se transforma, el propósito de llevar a cabo la transformación y deberá otorgarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se produjo la concentración. De esta escritura se formará un extracto que se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y se publica por una sola vez en el Diario Oficial, dentro de 60 días, contados desde la fecha de dicha escritura.

Transformada la sociedad en EIRL, se produce la continuidad en el goce de la personalidad jurídica, para fines tributarios no se requerirá hacer término de giro y habrá continuación empresarial, desde el punto de vista de las relaciones laborales.

Asimismo, se contempla la posibilidad que una EIRL se transforme en sociedad de cualquier naturaleza, a condición de que se cumplan las exigencias de fondo y de forma de la compañía de que se trate, según la normativa legal que la regula. Este caso supone el aporte de todo el patrimonio de la EIRL a la sociedad en la cual ella se transforma, con todo su activo y pasivo. Nuevamente habrá continuidad de personalidad jurídica y se producirán las consecuencias jurídicas ya indicadas.

22. Conclusión

Nos parece loable que se haya incorporado en nuestro ordenamiento jurídico mercantil una entidad que permite la limitación de responsabilidad del empresario individual. Esta era una aspiración sostenida durante largo tiempo por las personas que ejercen actividades empresariales, que ahora se ve materializada en el texto de la Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003.

Sin embargo, lamentamos que la forma jurídica elegida por el legislador no haya sido la apropiada al caso y que el texto de la citada ley adolezca de una tan marcada falta de técnica legislativa, lo que hemos dejado en evidencia en este comentario.

La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)



Héctor Oberg Y.

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En cualquier actividad humana cumplir cien años es motivo de júbilo, de fiestas, de agasajos, de felicidad, pues no siempre es posible llegar a tal edad, por el contrario, es algo excepcional. Sin embargo, tal acontecimiento ha ocurrido en nuestro medio sin que a nadie le llamase la atención, incluidos aquellos que utilizan sus mecanismos diariamente para ganarse el pan de la vida. Me refiero a lo que denomino la Centuria Olvidada y que aplico a nuestro Código de Procedimiento Civil, que en un lejano día 1 de marzo de 1903 entró en vigencia en nuestro país, manteniéndose hasta la fecha operativo con modificaciones, derogaciones e interpretaciones propias del transcurrir de los años, para ir adaptándose a los requerimientos del medio social que pretende regir. Para todos aquellos que permitieron darle un nacimiento esplendoroso y una sustentación que le ha permitido llegar a este centenario, un recuerdo de este Departamento de Derecho Procesal de nuestra Facultad de Derecho. Creemos que sus normas, pese a sus años, han sido eficaces y que lo seguirán siendo en la medida que sus aplicadores e intérpretes les permitan ser útiles para lograr la solución de los conflictos jurídicos; si no fuere así, estaremos frente a su agonía y cierta extinción, como ha acontecido con tantos otros textos legales de igual prosapia.

Con todo, y ante las reformas que se anuncian, conviene traer a cuento lo que se dijera en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 respecto del nuevo texto que se incorporaba a la vida jurídica de ese país, sosteniendo que ella no "podía significar la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes... La obra de

hoy, más que la destrucción de lo antiguo, será la de su reparación, será la extinción de los abusos que, a la sombra de los principios más santos del derecho y de las doctrinas científicas más depuradas, puedan haberse introducido...". Habrá que buscar la armonía, el equilibrio, no la preeminencia de un valor sobre otros, pues los principios procesales no actúan con exclusividad, sino en acertada coexistencia, combinados en la proporción que exijan el orden jurisdiccional de que se trate y el lugar y el momento histórico en que nos encontremos (José Martín Ostos).

Pero para este acto recordatorio, nada mejor que traer la voz de quienes estuvieron en la cercanía del nacimiento de nuestro código procedimental. Detengámonos un instante en ellos. Producida nuestra emancipación política, siguieron rigiendo en Chile las leyes de la Madre Patria, pero los gobiernos independientes se preocuparon desde los primeros momentos de reformarlas en los puntos que las necesidades públicas lo mostraban más necesario. Y así se ve que, desde las primeras Constituciones Políticas del Estado, se comenzó a dictar en ellas reglas relativas al enjuiciamiento, como en las de 1812, 1822, 1823, 1828 y en la de 1833. Pero las disposiciones más dignas de especial mención fueron: el Reglamento de Administración de Justicia de 2 de junio de 1824; los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias durante el año 1837: de 2 de febrero, sobre implicancias y recusaciones; de igual fecha, sobre el modo de acordar y fundar las sentencias; de 8 de febrero, sobre juicios ejecutivos, y de 1° de marzo, sobre nulidades de procedimientos; la ley de 12 de septiembre de 1851, sobre el modo de acordar y fundar las sentencias; la ley de 9 de octubre de 1855, sobre término probatorio; la de 15 de octubre de 1856, sobre el procedimiento en los juicios de menos de mil pesos; la ley de 15 de octubre de 1875, sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, destinada a servir de base a los Códigos de Procedimiento y Penal.

Los primeros pasos en el sentido de la codificación de nuestras leyes de procedimiento se encuentran confundidos con los de la codificación de las leyes sustantivas civiles, o sea, con la formación de nuestro Código Civil. En virtud de las leyes de 10 de septiembre de 1840, de 29 de octubre de 1841 y 17 de julio de 1845, se nombraron diversas comisiones para la codificación de las leyes sustantivas y procesales civiles, pero sus trabajos se consagraron exclusivamente al Código Civil.

En virtud de la autorización concedida al Presidente de la República, por la ley de 14 de septiembre de 1852, por decreto de 26 de octubre del mismo año se encomendó a don Andrés Bello la redacción del Código de Enjuiciamiento; pero las atenciones que le demandaba el Código Civil no le permi-

tieron ocuparse en esta nueva labor. Entonces, por decreto de 15 de diciembre de 1856, se encargó a don Antonio Varas la redacción del Código de Enjuiciamiento, quien manifestó en 1858 al Supremo Gobierno que no podía cumplir su misión sin tener antes la base cierta de la organización y atribuciones de los tribunales, que estaba en mero proyecto.

Pasados algunos años sin nuevas tentativas, el señor don Florentino González, sin comisión previa del Gobierno, redactó un "Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil para la República de Chile", que fue publicado en 1861 por cuenta del Gobierno y mereció que por ley de 25 de agosto de 1862 se le asignara a su autor un remuneración de cuatro mil pesos.

Por decreto de 11 de septiembre de 1862, se nombró a don Francisco Vargas Fontecilla para que informara sobre el Proyecto del Sr. González, quien sólo en 1867 pudo presentar el Libro I de su "Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil", relativo a las disposiciones comunes a todos los juicios. En atención a las labores que le demandaba al Sr. Vargas Fontecilla la revisión del Código de Comercio y el estudio de la Ley Orgánica de Tribunales, el 28 de mayo de 1870 se nombró a don Joaquín Blest Gana para que continuara su labor; publicando el Sr. Blest Gana en 1871 el Libro II sobre el juicio ordinario, y en 1872 el Libro III relativo a los juicios especiales, que no fueron utilizados en los estudios posteriores.

Terminada la redacción de la Ley Orgánica de los Tribunales, por decreto de 18 de agosto de 1873 se nombró una comisión informante sobre el Código de Enjuiciamiento Civil, compuesta por los señores José Alejo Valenzuela, Domingo Santa María, José Antonio Gandarillas, Ramón Romero, Joaquín Blest Gana, Cosme Campillo, Jorge Segundo Huneeus, José Bernardo Lira y Miguel Elizalde. Esta comisión funcionó durante diez años, y formaron además parte de ella los señores Miguel Luis Amunátegui, Luis Aldunate, José Alfonso, José María Barceló, Enrique Cood, José Clemente Fabres, Adolfo Ibáñez, Demetrio Lastarria, Marcial Martínez, Luis Pereira, Ramón Antonio Vergara D. y Julio Zegers, sirviéndoles de secretarios, primeramente don Luis Salas Lazo, después don Ezequías Allende Caro y finalmente don José Bernardo Lira.

Esta comisión desempeñó de lleno la tarea que le fue encomendada, a la cual puso fin el 21 de noviembre de 1884, publicando ese mismo año don José Bernardo Lira, en cuatro cuadernos, el proyecto redactado por ella, los proyectos primitivos que habían servido de base a sus trabajos y las actas de las sesiones celebradas. Este proyecto, llamado de 1884, contiene 1.167 artículos y está dividido en cuatro libros, el primero de los cuales trata de las disposiciones comunes a todos los juicios; el segundo, del juicio

ordinario; el tercero, de los juicios especiales, y el cuarto, de los actos judiciales no contenciosos. Para sus estudios le sirvió de base el proyecto sobre el Libro I, redactado por el Sr. Vargas Fontecilla, y sobre los Libros II, III, y IV, el redactado por don José Bernardo Lira, por encargo de la misma comisión.

Por decreto supremo de 19 de marzo de 1888, se designó una nueva comisión para que revisara y diera forma definitiva al Código de Enjuiciamiento Civil, que, por renuncia de los miembros primitivamente nombrados, quedó compuesta por los Sres. Osvaldo Rengifo y Francisco E. Noguera, quienes asociaron a sus labores a los Sres. Manuel Egidio Ballesteros, Leopoldo Urrutia y Raimundo Silva Cruz. Los trabajos de esta comisión dieron por resultado el "Proyecto de Código de Procedimiento Civil", que fue presentado por el Presidente de la República al Senado en mensaje de 1 de febrero de 1893. El proyecto conservó el mismo plan que el de 1884, agregando disposiciones nuevas y mejorando aquel trabajo. Por decreto de 27 de diciembre de 1892, se pagaron \$ 7.500 a cada uno de los señores Rengifo y Noguera, por los servicios prestados.

Después de diversas tentativas en el Congreso para despachar el proyecto presentado, el Senado acordó invitar a la Cámara de Diputados para designar una Comisión Mixta encargada de informar los Códigos de procedimientos, lo que fue aceptado y quedaron designados los Srs. Germán Riesco, Pedro Montt, Vicente Reyes, Raimundo Silva Cruz, Manuel Egidio Ballesteros, Ramón Bañados E., Francisco Javier Concha, Frutos Ossandon, Enrique Richards, Luis Antonio Vergara y Eliodoro Yáñez. Esta comisión inició sus labores el 10 de noviembre de 1900, colaborando eficazmente en ella los magistrados don Agustín Rodríguez, Leopoldo Urrutia, Miguel Luis Valdés y Luis Barriga, que sirvió de secretario, y las terminó el 10 de enero de 1902.

Esta comisión publicó en dos volúmenes las actas de sus sesiones y el proyecto revisado: éste conservó la misma distribución general del Proyecto de 1884, en sus cuatro libros, y constaba de los mismos 1.100 artículos y uno final que el código tuvo al tiempo de su publicación.

En el Senado se dio cuenta del informe de la Comisión Mixta en la sesión de 13 de enero de 1902, dando lugar a un debate parlamentario que terminó en agosto del mismo año, sin que se hicieran modificaciones al proyecto revisado, el cual pasó a ser ley de la República mediante la Ley Aprobatoria N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, y entrando en vigor el 1° de marzo de 1903.

Pocos años después de la entrada en vigencia del Código, comenzó a notarse la necesidad de reformarlo, principalmente en la tramitación del recurso de casación, para normalizar el funcionamiento de la Corte Suprema, que al decir de la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de ese entonces “se encuentra retardada en su despacho en términos que constituyen una honda perturbación para el ejercicio de todos los derechos y para la administración de justicia en general...”. Nada nuevo bajo el sol, cien años después seguimos igual.

Las mencionadas reformas se hicieron por medio de dos leyes: la N° 2.269, de 15 de febrero de 1910, que modificó ciertos artículos (171, 172, 337, 921, 939, 943, 947, 951, 953 y 975); y la N° 3.390, de 15 de julio de 1918, que reformó una cantidad apreciable del articulado (24, 69, 130, 185, 188, 191, 193, 308, 309, 329, 354, 361, 447, 464, 465, 472, 474, 503, 507, 544, 587, 823 825, 826, 829, 834, 939, 940, 941, 943, 945, 946, 949, 950, 951, 953, 955, 956, 958, 960, 975, 976, 979, intercaló un nuevo artículo antes del 447, suprimió el 972, e hizo figurar el 973 como 972, intercaló uno nuevo con el número 973 y otro a continuación del 1048).

Algunas leyes especiales, dictadas también después de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, han ampliado, modificado, derogado algunas de sus disposiciones, que pueden apreciarse en los distintos textos que de él se han ido publicando a lo largo del tiempo hasta llegar a nuestra época.

Empero, y frente a aquellas tendencias renovadoras de nuestro enjuiciamiento civil, habrá que considerar una adecuación a una línea de equilibrio y moderación, en el sentido de tenerse en cuenta las exigencias sociales y económicas a las cuales el nuevo ordenamiento tendrá que hacer frente y los referentes ofrecidos por códigos procesales más perfeccionados, pero sin que un afán de modernismo jurídico no siempre justificado haga tabla rasa de nuestra legislación tradicional en lo tocante al régimen de enjuiciar en materias de derecho privado, o como lo dijera el profesor de Derecho Procesal español Leonardo Prieto Castro con ocasión del cambio de código en su país: “Esta Ley (se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) es un patrimonio heredado que no podemos repudiar llanamente, como si ninguna enseñanza ni orientación nos hubiera aportado y se hubiera hoy de dar la impresión de que hasta nuestros días, u otros posteriores, no se produce en España una legislación para la justicia civil”.

Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento de Derecho Privado

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Ley N° 19.866, publicada en el diario oficial de 11 de abril de 2003, introdujo diversas modificaciones a la Ley N° 18.101, de 1982, que "Fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos".

Para comprender el sentido de la reforma, conviene examinar los antecedentes que se tuvieron a la vista en la elaboración de la Ley 18.101, a fin de extraer de ellos los objetivos perseguidos por el legislador de entonces; indicar las ideas inspiradoras de la Ley 19.866; analizar las principales materias que aborda la reforma, dar una opinión acerca de algunos conflictos en el tiempo que pueden suscitarse entre las leyes mencionadas, así como de apreciación de la prueba y, finalmente, hacer mención a ciertas situaciones especiales de la reforma.

I. Antecedentes de la Ley 18.101, de 1982

La historia legislativa de la Ley 18.101¹ sobre arrendamiento de predios urbanos revela que en el Mensaje del Ejecutivo a la Junta de Gobierno se buscaba la derogación del Decreto Ley 964 de 1975 para "estimular permanentemente la inversión privada en la construcción de viviendas destinadas al arrendamiento, por constituir una buena inversión, tanto por la constante valorización de los bienes raíces como por la paulatina liberación de las rentas de arrendamiento congeladas que dispuso el artículo 14 del mencionado D.L. 964". El objetivo perseguido por el Mensaje fue derogar el Decreto Ley 964 y "volver a las normas del Código Civil, restituyéndose al arrendamiento el carácter que siempre debió tener y aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil en lo referente a la tramita-

¹ Guillermo Piedrabuena Richard, *Legislación y Jurisprudencia sobre Arrendamientos Urbanos*. Ley N° 18.101, Anexo N° 3 (1982), editado por Fallos del Mes, págs. 17 y siguientes.

ción de las causas, en procedimientos ágiles y debidamente probados". Por último se propuso que la derogación no afecte a los contratos vigentes a la época de publicación de la norma derogatoria.

En la discusión del Proyecto, la Primera Comisión Legislativa rechazó la idea de legislar en los términos propuestos y sugirió una revisión del D. L. 964.

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

- Que existiendo un gran déficit habitacional, es prácticamente imposible que se produzca un equilibrio en el libre juego de las ofertas y demandas de arriendo de viviendas, perjudicándose de esta forma los intereses de los más necesitados;
- las condiciones del mercado habitacional del país no se encuentran dadas aún para proceder a la derogación absoluta de normas que protegen a los arrendatarios, quienes se verán absolutamente desamparados al encontrarse imposibilitados de adquirir habitaciones, por su elevado costo, y
- cree posible revisar el Decreto Ley N° 964, de 1975, y reestudiar los plazos de desahucio y la situación de los locales comerciales y de las nuevas viviendas, en relación con la aplicación de la ley de arrendamiento.

La Junta de Gobierno optó por efectuar una revisión de la legislación vigente y tratar de encontrar, a través de un nuevo proyecto, un punto de equilibrio entre la vuelta al pleno imperio del Código Civil y la mantención de ciertas normas que protegieran a los arrendatarios, especialmente a los más modestos.

En la discusión final del proyecto se aprobó una disposición transitoria mediante la cual se mantuvieron durante cuatro años las normas limitativas de rentas y garantías respecto de los arrendamientos a celebrarse dentro de los cuatro años siguientes a la publicación de la ley, salvo las excepciones del N° 11 del artículo segundo transitorio.

A juicio del profesor Piedrabuena,² la Ley 18.101 es una legislación de transacción y de carácter transitorio, para lo cual tuvo en vista las siguientes razones: a) el plazo de cuatro años previsto en el artículo 2º transitorio obliga al legislador a tener que apreciar a su vencimiento si se justifica o no mantener cierta protección a los arrendatarios; b) las disposiciones perma-

² Op. cit., pág. 23.

nentes de la ley buscan retornar lo más pronto posible al pleno imperio del Código Civil y a la derogación de todas las normas especiales que desde antiguo protegían a los arrendatarios, y c) es una transacción entre los que querían la total derogación del D.L. 964 y los que deseaban mantener las normas especiales protectoras de los arrendatarios.

II. Ideas inspiradoras de la reforma³

A) Cambio de circunstancias que no justifican una regulación del contrato de arrendamiento de predios urbanos inspirada en la defensa del arrendatario.

El Censo del año 2002 señala que en Chile existen 15.058.410 habitantes y 4.434.521 viviendas, por lo que hay 3,3 habitantes por casa, promedio que ubica a nuestro país en el más alto nivel latinoamericano y muy cerca de los países europeos, que exhiben una tasa de 2,8 habitantes por casa.

Del total de viviendas existentes, unas 520.000, que representan el 11,7% del total, se encuentran arrendadas.

B) La normativa vigente –Ley 18.101– opera, aun contra el espíritu del legislador, desprotegiendo al arrendador. Se ha llegado al extremo de permitir el enriquecimiento sin causa o injusto para el arrendatario que vive en el inmueble del arrendador por períodos extensos sin pagar la renta, dejando en no pocas veces las casas deterioradas o destruidas, así como las cuentas impagas. Todo ello amparado por los procedimientos judiciales y los amplios plazos de desahucio y de restitución de los inmuebles arrendados.

C) Lo anterior desincentiva la inversión inmobiliaria y afecta a personas que han destinado sus ahorros en la adquisición de viviendas para obtener ingresos provenientes de su arrendamiento que les permitan vivir.

Es de advertir, aunque la historia de la ley no lo refleja, la importancia que la nueva normativa tiene para las empresas dedicadas al giro inmobiliario. Basta con recordar que el Empire State Building de Nueva York pertenece a inversionistas y sus ocupantes son arrendatarios. Este solo ejemplo es ilustrativo de lo favorable que puede ser una ley adecuada a los intereses de los arrendadores para el desarrollo de las ciudades.

³ Basado en la exposición del senador don Mario Ríos Santander en el tercer trámite constitucional, Sesión 32 ordinaria, de 12 de marzo de 2003, págs. 3715 a 3717 del Diario de Sesiones del Senado.

D) Se hace necesario entonces dictar una legislación capaz de:

- 1) Solucionar los conflictos con rapidez;
- 2) Restablecer la equidad contractual; y
- 3) Velar por la efectiva protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

III. Principales materias que aborda la reforma

La Ley 19.866 se encarga de regular las siguientes materias:

A) Ambito de aplicación de sus normas. No se aplican sus disposiciones a los siguientes bienes raíces urbanos:

- 1) Predios de cabida superior a una hectárea y que tengan aptitud agrícola, ganadera o forestal, o estén destinados a ese tipo de explotación;
- 2) Inmuebles fiscales;
- 3) Viviendas que se arriendan por temporadas no superior a tres meses por períodos continuos o discontinuos, siempre que lo sean amobladas y para fines de descanso o turismo;
- 4) Hoteles residenciales y establecimientos similares, en las relaciones derivadas del hospedaje;
- 5) Estacionamientos de automóviles y vehículos, y
- 6) Las viviendas regidas por la Ley N°19.281.

Como novedad de la Ley N° 19.866, se encuentra la exclusión que ella hace de las viviendas regidas por la Ley N° 19.281, de 1993, que "Establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa", comúnmente conocida como leasing inmobiliario.

B) Plazos.

La reforma disminuye los plazos de desahucio de los contratos de arrendamiento pactados mes a mes o de duración indefinida, y de restitución de inmuebles arrendados por plazos que no excedan de un año. Acorta el plazo de suspensión de los lanzamientos. Finalmente rebaja el término para el reinicio de las acciones de desahucio o de restitución.



1) El desahucio

LEY 18.101	Ley 19.866
a) Forma de desahucio	
Se establece un desahucio judicial dado por el arrendador en los contratos de arrendamiento de predios urbanos en que el plazo se hubiere pactado mes a mes o fuere de duración indefinida.	Se autoriza al arrendador para efectuar el desahucio judicialmente o mediante notificación personal efectuada por un notario .
b) Plazo de desahucio	
En los casos anteriores el plazo será de cuatro meses contado desde la notificación de la demanda, el cual se aumenta en dos meses por cada año completo que el arrendatario hubiere ocupado el inmueble, con un tope de doce meses.	Se reduce el plazo a dos meses contado desde su notificación, y se aumenta en un mes por año completo de ocupación por el arrendatario, con un tope de seis meses.

2) Restitución en los contratos de arrendamiento de plazo fijo que no excedan de un año.

LEY 18.101	Ley 19.866
a) Forma de desahucio	
El arrendador sólo podrá solicitar judicialmente la restitución del inmueble.	Se mantiene.
En tal evento, el arrendatario goza de un plazo de cuatro meses contado desde la notificación de la demanda.	Se reduce el plazo a dos meses contado desde la notificación de la demanda.

La restitución en los contratos de plazo fijo que excedan de un año.

Terminado el contrato de arrendamiento, el arrendador tendrá derecho para exigir la restitución cuando quiera (Artículo 1956 del Código Civil).

3) Reinicio de las acciones de desahucio o restitución.

LEY 18.101 - Art. 16	Ley 19.866
<p>Si se declara sin lugar el desahucio o la restitución, el actor no podrá intentar nuevamente tales acciones sino transcurrido un año desde que haya quedado ejecutoriada la sentencia de rechazo, a menos que se funden en hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda.</p>	<p>Se disminuye el plazo a “seis meses”.</p>

4) La suspensión del lanzamiento

LEY 18.101 - Art. 13 inc. 2º	Ley 19.866
<p>En estos juicios y en los de comodato precario, el juez de la causa, decretado el lanzamiento, podrá suspenderlo en casos graves y calificados, por un plazo no superior a seis meses.</p>	<p>Se restringe el plazo, en vez de “no superior a seis meses” por “no superior a treinta días”.</p>

C) Algunos conflictos en el tiempo que pueden suscitarse entre las leyes 18.101 y 19.866 en relación al desahucio, la restitución, el reinicio de las acciones de desahucio y restitución, y la suspensión del lanzamiento de los arrendatarios de bienes raíces urbanos.

1) La Ley N° 19.866 introdujo modificaciones a la Ley N° 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, sin expresar que sus disposiciones se aplican a los contratos celebrados con anterioridad a la publicación de la reforma y omitiendo la dictación de preceptos transitorios para resolver los conflictos en el tiempo entre la ley antigua y la nueva.

2) En las circunstancias descritas se suscitan dudas acerca de la ley aplicable en materia de plazos para el desahucio del arrendamiento por el arrendador, la restitución del inmueble por el arrendatario, el reinicio de las acciones de desahucio y restitución, y la suspensión del lanzamiento de los

arrendatarios de bienes raíces urbanos. Todo ello tratándose de contratos celebrados bajo la Ley 18.101 y ejercidas o consumadas las facultades durante la vigencia de la Ley 19.866, que rebajó a la mitad los plazos contemplados en la ley antigua.

3) Para abordar este tema, resulta conveniente considerar, como criterio general, que los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la Ley N° 19.866, publicada en el diario oficial de 11 de abril de 2003, se rigen por la Ley 18.101 de 1982, tanto en lo que concierne a sus requisitos de forma y de fondo cuanto a lo que se refiere a sus efectos. Así lo establece el inciso 1º del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

A su vez, siguiendo el mismo raciocinio y conforme con el principio de la irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 9º del Código Civil, los contratos celebrados a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.866 se gobiernan por sus disposiciones.

4) Es preciso atender a los motivos que sirven a la extinción del arrendamiento para establecer un límite a la vigencia de estos contratos celebrados bajo el amparo de la Ley 18.101.

Las causales de expiración del arrendamiento de cosas se encuentran establecidas en el artículo 1950 del Código Civil, que se agrupan en causas genéricas o comunes a los otros contratos y modos específicos de extinción del arrendamiento, sin perjuicio en este último caso de las formas regladas por la Ley 18.101, modificadas por la Ley 19.866.

La doctrina clasifica las **causas en genéricas de expiración de los contratos y específicas de extinción del arrendamiento**. Entre las **genéricas** que hacen expirar el arrendamiento de cosas, se encuentran **aquellas que emanan de la voluntad de las partes**: mutuo disenso o resciliación y la voluntad unilateral de una de ellas, como el desahucio, la revocación o la renuncia; **y las que obedecen a causas legales**: la resolución o terminación, por haber operado la condición resolutoria ordinaria, la condición resolutoria tácita, el pacto comisorio, simple o calificado; la nulidad o rescisión; la muerte, y el plazo extintivo o de caducidad.

Los modos específicos de extinción del arrendamiento son la destrucción total de la cosa arrendada; la expiración del plazo estipulado para la duración del arriendo; la extinción del derecho del arrendador, y la sentencia del juez en los casos previstos por la ley.

Las formas especiales regladas por la Ley 19.866, que modifican las normas de la Ley 18.101, se refieren principalmente a los plazos de desahucio, restitución y suspensión de los lanzamientos de los inmuebles urbanos arrendados.

5) El desahucio

a) El desahucio en el arrendamiento de cosas.

De acuerdo con las normas dadas en el arrendamiento de cosas, el desahucio se aplica a aquellos contratos en que no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre. En tales casos, cualquiera de las partes deberá hacerlo cesar desahuciendo a la otra, esto es, noticiándose anticipadamente. La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regula los pagos. Y el desahucio empezará a correr el mismo tiempo que el próximo período. Así lo dispone el artículo 1951 del Código Civil.

Sin embargo, el precepto señalado no se extiende al arrendamiento de inmuebles relativos a casas, almacenes u otros edificios, como tampoco a los predios rústicos, los cuales se rigen por los párrafos 5 y 6 del título XXVI del libro IV del Código Civil.

Finalmente, el artículo 3º de la Ley 18.101, sustituido por la Ley 19.866, regula el desahucio de los bienes inmuebles urbanos sometidos a las normas de arrendamiento de esta clase de bienes.

b) El desahucio en los contratos de arrendamiento de predios urbanos pactados mes a mes o de duración indefinida.

i) La Ley 18.101 se ocupa del desahucio efectuado por el arrendador, obligándolo a dar el aviso judicialmente y con cuatro meses de anticipación, contados desde la notificación de la demanda, el cual se aumenta con dos meses por cada año de ocupación por el arrendatario con un tope de doce meses.

A su vez la Ley 19.866 flexibiliza la forma que reviste el aviso del arrendador, permitiendo no sólo el desahucio judicial, sino también la notificación personal del aviso al arrendatario por medio de un notario público. El plazo de desahucio será de dos meses, contado desde su notificación, aumentándose en un mes por cada año completo que el arrendatario hubiera ocupado el inmueble. Dicho plazo más el aumento no podrá exceder, en total, de seis meses.

ii) El desahucio por parte del arrendatario no está sometido a otras reglas que las establecidas en el artículo 1976 del Código Civil. En tal caso, le bastará al arrendatario dar el aviso sin formalidades especiales y con una anticipación de un período entero de los designados en la convención o la ley para el pago de la renta.

iii) El desahucio dado por el arrendador respecto de los contratos de arrendamiento anteriores a la Ley 19.866 se rige, en cuanto a la forma, por la ley vigente en que se efectúe la notificación. Ello por aplicación del principio: "*Tempus regit actum*". En lo que concierne a la expiración del contrato y a los plazos del desahucio y adicionales de desocupación del inmueble, se ha entendido que estas materias se rigen por la ley antigua, por mandato del artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo, porque la ley antigua gobierna los efectos del contrato hasta que éste expire.

Sin embargo, nos parece que esa interpretación resulta discutible, porque en estricto sentido el plazo del desahucio es aquel que corresponde al aviso anticipado, de cuatro meses en la Ley 18.101 y de dos meses en la Ley 19.866, cumplido el cual el contrato expira. Después de extinguido el arrendamiento surge el plazo adicional, cuya fuente directa es la ley y no el contrato, por la cual se aumenta con dos meses por cada año de ocupación con un tope de doce meses (Ley 18.101) o más un mes por año completo con un límite de seis meses (Ley 19.866).

Por consiguiente, la nueva ley debe regir el plazo adicional desde que ésta derogó la ley antigua (artículo 52 del C.C.) y no puede invocar el arrendatario un derecho adquirido en virtud de un contrato celebrado bajo la vigencia de la ley antigua, porque este plazo adicional no es un efecto del contrato regido por el inciso 1º del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Se trata, en verdad, de un plazo legal postcontractual.

6) La restitución.

a) La Ley 18.101 dispuso en el inciso 1º del artículo 4º que en los contratos de plazo fijo que no exceda de un año, el arrendador sólo podrá solicitar judicialmente la restitución del inmueble. En tal evento, el arrendatario tendrá derecho a un plazo de cuatro meses, contado desde la notificación de la demanda.

La Ley 19.866 redujo el plazo de cuatro meses a dos meses, manteniendo inalterado el resto de la disposición.

b) Lo expuesto se aplica a los contratos de plazo fijo, hasta un año, exclu-

yendo a aquellos pactados mes a mes o de duración indefinida, que dan lugar a desahucio.

El motivo de la restitución puede ser variado: la expiración del tiempo estipulado para la duración del contrato, el no pago de las rentas de arrendamiento (artículo 1942 C.C.) la infracción de un acuerdo contractual que prohíba al arrendatario subarrendar el inmueble, o ceda el contrato sin autorización del arrendador (artículo 1946 C.C.), por no efectuar las reparaciones locativas o en general de aseo y conservación que le incumben (artículos 1940, 1971 y 1972 del C.C.), o destine la vivienda o edificio en un objeto ilícito (artículo 1973 C.C.), o, en fin, cuando haya terminado el contrato por haber operado una condición resolutoria: ordinaria, tácita, pacto comisorio: simple o calificado.

c) La Ley 18.101, sin modificar la norma general civil en orden a que el contrato se extinguió por el vencimiento del plazo, agrega una exigencia para obtener la restitución del inmueble por el arrendador, que consiste en la necesidad de solicitar judicialmente la mencionada restitución y notificar la demanda, cumplido lo cual le otorga al arrendatario un plazo de cuatro meses para restituir el predio urbano. A su turno, la Ley 19.866 rebaja ese plazo a dos meses.

d) En la restitución, el contrato se encuentra ya extinguido en razón de la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo, atendido lo dispuesto en el N° 2 del artículo 1950 del Código Civil.

Así, entonces, no es el contrato el que está vigente, sino que es la ley la que permite al arrendatario conservar la ocupación de la cosa por el plazo que ella le otorga para la restitución.

Es la ley y no el contrato la fuente que autoriza al arrendatario la ocupación del inmueble después de expirado el arriendo por el vencimiento del plazo de su duración. Ello excluye, a nuestro juicio, la aplicación en este caso del inciso 1° del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

e) Cabe destacar que la restitución del inmueble debe solicitarse judicialmente por el arrendador y el plazo para restituir el bien se cuenta desde la notificación de la demanda. En otras palabras, terminado el arrendamiento se inicia una etapa postcontractual de carácter judicial, que comienza con la demanda de restitución por el arrendador y continúa con el beneficio del plazo a favor del arrendatario para materializar la devolución del inmueble arrendado. Tales actos y derechos procesales se gobiernan por la norma del artículo 24 y no por el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo.

f) Atendido a que las leyes que versan sobre procedimientos rigen *in actum*, con la excepción de las diligencias iniciadas o los plazos en curso al publicarse la ley nueva, resulta que las demandas de restitución notificadas a partir de la publicación en el diario oficial de la Ley N° 19.866, se sujetan al procedimiento y a los plazos de restitución contemplados en esta nueva ley.

7) La suspensión del lanzamiento.

La Ley 18.101 dispuso, en el inciso 2º del artículo 13, que en los juicios de esta ley y en los de comodato precario, el juez de la causa, decretado el lanzamiento, podrá suspenderlo en casos graves y calificados, por un plazo no superior a seis meses. La Ley 19.866 rebajó ese tiempo a treinta días.

En el caso en examen, se está en presencia de un juicio afinado, en que la ley concede al juez la facultad reglada de suspender el lanzamiento cuando circunstancias graves y calificadas lo justifiquen, lo cual podía durar hasta seis meses en la legislación antigua y ahora hasta treinta días.

Se trata de una norma procesal que rige *in actum*, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo, que dispone: "Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir". De otro lado, la suspensión del lanzamiento no depende de un vínculo contractual entre el ocupante y el dueño del inmueble, sino de factores sociales o humanitarios, ninguno de los cuales da pie para apoyarse en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que protege la ultractividad de la ley vigente a la época de celebración del contrato. De otro lado, la suspensión del lanzamiento constituye una facultad que la ley concede al juez, cuya posibilidad de ejercicio supone una mera expectativa para el arrendatario, y como tal no constituye derecho, al tenor del inciso 1º del artículo 7º de la ley mencionada. Por estas razones la expectativa en cuestión no se encuentra amparada por la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 C.P.R.), desde que no constituye un derecho adquirido que deba ser respetado por la ley nueva.

8) El reinicio de acciones de desahucio y restitución.

Esta materia, reglada en el artículo 16 de la Ley 18.101, se pone en el caso de haberse rechazado el desahucio o la restitución por sentencia ejecutoriada y el arrendador pretenda renovar el ejercicio de tales acciones. La Ley 18.101 estableció un plazo de un año y la Ley 19.866, de seis meses, para el reinicio de dichas pretensiones.

En nuestra opinión el plazo para el reinicio de tales acciones es de naturaleza procesal y como tal regido por el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo, según ya se ha explicado, lo que significa la aplicación de la ley nueva a estos respectos.

D) Procedimiento y apelación

La Ley 18.101 había recurrido al procedimiento sumario, con modificaciones, para aplicarlo a los juicios de arrendamiento. Mas la Ley 19.866 es más drástica y crea un nuevo procedimiento que se aparta de las normas anteriores tanto en la ritualidad como en el recurso de apelación.

Sumario con modificaciones en la Ley 18.101	Ley N° 19.866
<p>El procedimiento sumario será verbal; pero las partes podrán, si quieren, presentar minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen (artículo 8° Ley 18.101 y artículo 682 del C.P.C.).</p> <p>No habrá la sustitución del procedimiento previsto en el artículo 681 C.P.C.</p>	<p>El procedimiento será verbal*, pero las partes podrán, si quieren, presentar minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen.</p>

* Véase crítica a este procedimiento verbal en el artículo "Exigencias para constituir procesos orales. Reflexiones a propósito del nuevo procedimiento establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos", del profesor don Alex Carocca Pérez, en *Semana Jurídica* N°s 134 y 135, de junio de 2003.

Sumario con modificaciones en la Ley 18.101	Ley N° 19.866
<p>Deducida la demanda, citará el tribunal a la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación (artículo 8° Ley 18.101 y artículo 683 C.P.C.).</p> <p>No se aplican los aumentos de plazo previstos en los artículos 683 y 259 del C.P.C.</p>	<p>Deducida la demanda, citará el tribunal a la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación</p>

<p>Sumario con modificaciones en la Ley 18.101</p>	<p>Ley N° 19.866</p>
<p>Notificación de la demanda.</p>	
<p>Se aplica la notificación personal o la notificación personal subsidiaria, en este último caso aunque el demandado no se encuentre en el lugar del juicio (artículo 8° Ley 18.101 y artículos 553 inciso 1°, 40 y 44 del C.P.C.).</p> <p>Notificación a los subarrendatarios.</p> <p>La audiencia de contestación se verificará con la parte que asista y no se requerirá la concurrencia del defensor público.</p> <p>No se aplica el inc. 2º del artículo 683 del C.P.C.</p>	<p>Notificación personal o personal subsidiaria del artículo 44 del C.P.C. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 44, se presumirá de pleno derecho como domicilio del demandado el que corresponda al inmueble arrendado.</p> <p>Se mantiene.</p> <p>La audiencia tendrá lugar con sólo la parte que asista, se iniciará con la relación verbal de la demanda y continuará con la contestación verbal del demandado.</p>
<p>Reconvención</p>	
<p>El demandado podrá reconvenir al actor y de la reconvención se dará traslado al actor por seis días.</p>	<p>En la contestación el demandado podrá reconvenir al actor. De la reconvención se dará traslado al demandante, que podrá contestar en ese acto o reservar esa gestión para una nueva audiencia dentro de los 5 días siguientes para la contestación y recepción de la causa a prueba. Las partes se entenderán notificadas de ello en la misma audiencia.</p>
<p>Conciliación</p>	
<p>Será obligatorio el llamado a conciliación.</p>	<p>Acto seguido se procederá obligatoriamente al llamado a conciliación.</p>

**Procedimiento sumario
modificado en la Ley 18.101**

Ley N° 19.866

La prueba

La prueba, cuando haya lugar a ella, se rendirá en el plazo y en la forma establecidos para los incidentes.

El término probatorio es de 8 días hábiles (artículo 90 inciso 1º del C.P.C.). Si hay diligencias probatorias fuera del lugar del juicio, se puede ampliar una sola vez el término por el número de días que sean necesarios, sin que exceda en ningún caso del plazo total de treinta días, contados desde que se recibió el incidente a prueba (artículo 90 inciso 3º del C.P.C.).

Lista de testigos.

Dentro de los dos primeros días del probatorio (art. 90 inc. 2º del C.P.C). 6 testigos por cada parte sobre cada hecho controvertido (artículo 372 C.P.C.).

No se aplica la comparecencia de los parientes (artículo 8º Ley 18.101, y 689 C.P.C.).

Vencido el término probatorio, el tribunal, de inmediato, citará a las partes para oír sentencia (artículo 687 C.P.C.).

En caso de no producirse avenimiento total, el juez establecerá los puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos, procediendo de inmediato a la recepción de la prueba.

Oportunidad del probatorio.

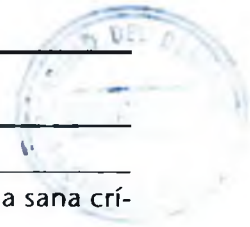
La audiencia de contestación y prueba.

Lista de testigos: 4 por parte.

- **Actor:** en la demanda.
- **Demandado:** antes de la 12:00 horas día anterior a la audiencia.

No hay exhorto.

Concluida la recepción de la prueba, citación para oír sentencia.



Procedimiento sumario modificado en la Ley 18.101	Ley N° 19.866
Apreciación de la prueba	
En conciencia.	Conforme a las reglas de la sana crítica.
Incidentes	
Los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia, conjuntamente con la cuestión principal, sin paralizar el curso de ésta.	Los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia, conjuntamente con la cuestión principal, sin paralizar el curso de ésta.
Sentencia definitiva	
<p>Debe dictarse en el plazo de diez días desde la citación para oír sentencia. (artículo 688, inc. 2º C.P.C.).</p> <p>Se pronuncia sobre la acción deducida y sobre los incidentes, o sólo sobre éstos cuando sean previos o incompatibles con aquélla.</p>	<p>Se pronuncia sobre la acción deducida y sobre los incidentes, o sólo sobre éstos cuando sean previos o incompatibles con aquélla.</p>
Apelación	
<p>La sentencia que dé lugar el desahucio, restitución o terminación del contrato será apelable en el solo efecto devolutivo (artículo 8º de la Ley 18.101).</p> <p>Las demás resoluciones se conceden en el solo efecto devolutivo (artículo 691 C.P.C.).</p> <p>En ambos casos, cabe la orden de no innovar.</p> <p>Se tramita la apelación conforme a las reglas de los incidentes.</p>	<p>Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia y las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.</p> <p>Las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo, tendrán preferencia para su vista y fallo. Durante su tramitación no se podrá conceder orden de no innovar.</p> <p>Competencia del tribunal de alzada para pronunciarse sobre todas las cuestiones que se hayan debatido en primera instancia para ser falladas en definitiva, aun cuando no hayan sido resueltas en el fallo apelado.</p>

E) Apreciación de la prueba en conciencia o de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

1) La jurisprudencia ha precisado lo que debe entenderse por la apreciación de la prueba en conciencia o conforme a las reglas de la sana crítica.

En cuanto a la **apreciación de la prueba en conciencia**, ha decidido que significa la atribución de los jueces del fondo para considerar la que producen las partes o reúne el propio tribunal de la instancia, sin sujeción a las reglas del Derecho Procesal, en cuanto a su naturaleza o mérito comparativo. En consecuencia, es inadmisibles el recurso de casación en el fondo sustentado en infracción de las leyes reguladoras de la prueba si ésta, en el caso, podía el tribunal apreciarla en conciencia (Ley N° 17.934 sobre delito de tráfico de estupefacientes).⁴⁻⁵

Según la interpretación generalmente admitida en la doctrina y la jurisprudencia, apreciar la prueba en conciencia importa, para los jueces del mérito, la facultad de valorar las probanzas y obtener las conclusiones de ellas con entera libertad; sin la cortapisa de las leyes reguladoras de la prueba contenidas en el Código de Procedimiento Penal. De tal manera que, cualquier exceso o arbitrariedad que pudieren cometer en tal sentido, podría ser objeto de otros recursos extraordinarios, pero no del de casación.⁶

Estando autorizado el tribunal para apreciar en conciencia la prueba en los juicios sobre arrendamiento, en conformidad al artículo 45 del D.L. N° 964, de 1975, no están sujetos los sentenciadores al régimen de prueba legal y, por lo mismo, no son aplicables en estos procesos las limitaciones y prohibiciones que tal régimen impone y los preceptos que los regulan.

En ellos los jueces están obligados solamente a examinar con recta inten-

⁴ Corte Suprema, 14 de mayo de 1980, R.D.J., t. 77, sec. 4º, p. 72; Corte de La Serena, 21 de octubre de 1957, R.D.J., t. 54, sec. 4º, p. 388; Corte Suprema, 15 de junio de 1961, R.D.J., t. 58, sec. 4º, p. 142; Corte Suprema, 26 de junio de 1978, R.D.J., t. 75, sec. 4º, p. 388; Corte Suprema, 7 de agosto de 1980, R.D.J., t. 77, sec. 1º, p. 65.

⁵ La Ley 17.934, de 1973, que anteriormente sancionaba el tráfico de estupefacientes, decía en su artículo 20 que: "En la sustanciación y fallo de los procesos por los delitos a que se refieren los artículos anteriores, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia".

⁶ Corte Suprema, 20 de octubre de 1976, R.D.J., t. 73, sec. 4º, p. 226; Corte Suprema, 24 de abril de 1956, R.D.J., t. 53, sec. 4º, p. 32; Corte de La Serena, 21 de octubre de 1957, R.D.J., t. 54, sec. 4º, p. 388; Corte Suprema, 11 de abril de 1961, R.D.J., t. 58, sec. 4º, p. 70; Corte Suprema, queja, 22 de agosto de 1961, R.D.J., t. 58, sec. 3º, p. 67; Corte Suprema, queja, 25 de septiembre de 1961, R.D.J. t. 58, sec. 3º, p. 77; Corte Suprema, 28 de agosto de 1964, R.D.J., t. 61, sec. 4º, p. 283.

ción, con el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos y de acuerdo con la lógica y la equidad, los diversos antecedentes acumulados en la causa para llegar a la conclusión que su prudencia y criterio les dicten.⁷

– La facultad de apreciar la prueba en conciencia no significa autorizar la arbitrariedad, fallar contra razón o justicia. Permite a los jueces no ceñirse a la prueba completa o tasada, que en general contempla nuestro procedimiento penal, sino apreciar los antecedentes que suministra el proceso con un criterio amplio, basado en razonamientos que aconseje el buen juicio o dentro de un discernimiento acorde con las normas de una sana crítica.⁸

– Apreciar la prueba en conciencia significa que el juez no está obligado a someterse a los preceptos establecidos por el Código de Procedimiento Civil para valorarla; sino sólo a examinar, con recta intención, con el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos y de acuerdo con la lógica y la equidad, los diversos antecedentes acumulados en el proceso, para llegar con entera libertad al convencimiento y a la decisión que se halle más de acuerdo con su íntima y libre convicción.⁹

2) En lo que atañe a la **apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica**, el juez está obligado a expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud se asigna valor a las probanzas rendidas o se las desestima.¹⁰⁻¹¹

⁷ Corte Suprema, 30 de enero de 1978, R.D.J., t. 75, sec. 1a, p. 104; Corte Suprema, 8 de mayo de 1958, R.D.J., t. 55, sec. 4a, p. 71; Corte Suprema, queja, 12 de mayo de 1958, R.D.J., t. 55, sec. 3ª, p. 5; Corte Suprema, 9 de agosto de 1960, R.D.J., t. 57, sec. 4a, p. 169; Corte Suprema, 27 de octubre de 1967, R.D.J., t. 64, sec. 4ª, p. 302; Corte Suprema, 25 de octubre de 1973, R.D.J., t. 70, sec. 4a, p. 108.

⁸ Corte Suprema, 8 de junio de 1976, R.D.J., t. 73, sec. 4a, p. 171. Corte de Valparaíso, 30 de noviembre de 1956, R.D.J., t. 53, sec. 2a, p. 109; Corte Suprema, 27 de noviembre de 1961, R.D.J., t. 58, sec. 4a, p. 334; Corte Suprema, queja, 7 de junio de 1966, R.D.J., t. 63, sec. 3a, p. 73; Corte Suprema, 22 de septiembre de 1971, R.D.J., t. 68, sec. 4a, p. 231; Corte Suprema, 5 de mayo de 1975, R.D.J., t. 72, sec. 4a, p. 149.

⁹ Corte Santiago, 12 de mayo de 1981, R.D.J., t. 78, sec. 2a, pp. 53 y ss.

¹⁰ Corte Suprema, 9 de julio de 1992, R.D.J., t. 89, sec. 1a, p. 87.

¹¹ El artículo 456 del Código del Trabajo establece: "Al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

El inciso 2º del artículo 14 de la Ley 18.287, sobre procedimientos de policía local, dice: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

3) La Corte Suprema ha decidido que los hechos fijados por los jueces de mérito son inamovibles para el Tribunal de Casación, más aún, cuando no se advierte que se haya infringido el sistema probatorio de la sana crítica. Es del caso señalar que la recurrente en el libelo del recurso sólo dice que los falladores vulneraron este sistema probatorio, sin indicar en el escrito entre las normas transgredidas por los jueces, los artículos 455 y 456 del Estatuto Laboral, como también cómo estos sentenciadores han vulnerado las razones jurídicas, las de la lógica, las científicas, las técnicas o de la experiencia.¹²

En autos sobre solicitud de desafuero maternal, el juez de primera instancia rechazó la demanda por estimar que no se han establecido antecedentes que justifiquen que el juez acceda a lo demandado. Apelada dicha sentencia, fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, sin modificaciones. En contra de esta última sentencia, la defensa de la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema¹³ sostiene que si bien el artículo 445 del Código del Trabajo reglamenta la prueba confesional, tal diligencia debe valorarse con las demás aportadas por las partes de acuerdo al sistema probatorio que rige esta materia, esto es, de la sana crítica. En este contexto, las meras afirmaciones de la demandante vertidas a raíz de las posiciones hechas por la contraria, en su favor, no pueden servir de antecedentes como para inferir, de acuerdo a la lógica y a las máximas de la experiencia, que es efectivo lo aseverado por la demandada, pues no existe otro elemento de convicción que permita arribar a esa conclusión, por el contrario, el mérito del contrato da cuenta de una relación laboral a plazo fijo, sin condiciones de ninguna especie. En la especie, se desprende que no existen antecedentes que justifiquen la negativa del juez a otorgar el desafuero solicitado, pues apreciando la prueba de acuerdo a la sana crítica se llega a la conclusión de que la causal invocada por la entidad empleadora se encuentra probada, y por su parte la trabajadora no aportó elementos de prueba suficientes para modificar o alterar tal situación. Por lo expuesto y normas legales que se indican en el fallo, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo.

En el fallo de casación de 29 de octubre de 2002, la Exma. Corte expresa: "Que la sana crítica es un sistema de valoración de la prueba que se ubica según la doctrina entre los sistemas de valoración a posteriori o judicial. El profesor Eduardo Couture la definió expresando que "la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero que son estables y

¹² *Fallos del mes*, sentencia 7; p. 1480. Casación fondo. Corte Suprema, 27 de septiembre de 2000, R.D.J. t. 97 N° 3, sec. 4°, p. 276.

¹³ *Fallos del Mes* N° 503, sentencia 9, pág. 3253.

permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Considerando cuarto). “Que en estas condiciones, sólo cabe concluir que los sentenciadores de segundo grado, al confirmar sin modificaciones el fallo de primera instancia, se han apartado de las reglas de la sana crítica y han desatendido el mérito de la prueba aportada, contraviniendo los artículos 174, 455 y 456 del Código del Trabajo, pues de haberlos aplicado correctamente, los jueces debieron llegar a la conclusión que, en la especie, corresponde otorgar el desafuero de la trabajadora por la causal del artículo 159 N° 4 del texto legal antes citado. Este error de derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, desde que condujo a rechazar la demanda de autos” (Considerando séptimo). “Que conforme a lo antes reflexionado, el recurso de casación en el fondo debe ser acogido” (Considerando octavo).

La Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo de 18 de marzo de 2002,¹⁴ decidió:

“Si la única prueba inculpativa en contra de la acusada como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes está constituida por los dichos de dos funcionarios policiales, que dicen haber actuado como agentes encubiertos, pero cuya declaración no se adecúa a la precisa descripción contenida en el artículo 34 de la Ley 19.366, el delito en cuestión no puede tenerse como legalmente acreditado. La confesión de la acusada sólo es idónea, según la ley, para comprobar la participación de la reo en un delito, mas no para establecer la existencia misma de una conducta típica y antijurídica. La regla que estatuye para estos casos de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, no ha podido abrogar ni superar la norma garantista esencial del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que exige en el juzgador una íntima y plena convicción, apoyada en los medios de prueba legal, para dictar un fallo condenatorio”.

4) La Corte Suprema en fallo de 8 de junio de 1976,¹⁵ ha establecido que la facultad de apreciar la prueba en conciencia no significa autorizar la arbitrariedad, fallar contra razón o justicia. Sí permite a los jueces no ceñirse a la prueba completa o prueba tasada, que en general contempla nuestro procedimiento penal, sino apreciar los antecedentes que suministra el proceso con un criterio amplio, basado en razonamientos que aconseje el buen juicio o dentro de un discernimiento acorde con las normas de una sana crítica. Que, a mayor abundamiento y con alusión a lo manifestado anteriormente en orden a que la prueba en conciencia no importa arbitrariedad, la que en caso de existir podría además dar lugar a un recurso distinto al de casación.

¹⁴ R.D.J., tomo 99, 2ª parte, sec. 4ª, p. 25, año 2002.

¹⁵ R.D.J., t. 73, 2ª parte, sec. 4ª, p. 171.

Este fallo crea una enorme similitud entre la apreciación de la prueba en conciencia y aquella sujeta a las reglas de la sana crítica, pero da a entender que en el primer caso no procede la casación en el fondo, sino otro recurso extraordinario.

5) La doctrina se encuentra dividida en cuanto a considerar la apreciación de la prueba en conciencia y conforme a la sana crítica como términos idénticos o distintos.

a) El profesor Cristián Maturana Miquel¹⁶ dice: “la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que apreciar la prueba en conciencia significa autorizar a los tribunales para hacer de ésta una apreciación racional, con recta intención y conforme a la sana crítica, sin estar obligados a someterse a las normas legales establecidas para valorarla, de una manera que la convicción moral que los jueces de la instancia adquieren así libremente no puede ser revisada por el recurso de casación en el fondo”.

Agrega el profesor Maturana Miquel que “en un seminario sobre valoración de la prueba efectuado durante el año 1974 en el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se llegó a un acuerdo que sentó la siguiente conclusión sobre la materia: “Cuando el legislador establezca la apreciación de la prueba en conciencia, el juez debe considerar que su convicción debe ser demostrable por la lógica y las máximas de la experiencia”.

“La fijación de los hechos, en virtud de una valoración de la prueba que no se expresa entra en el ámbito de la libre convicción”.¹⁷

El profesor Carlos Pecchi Croce afirma que en el seminario mencionado los profesores de derecho procesal aceptaron que apreciar la prueba en conciencia y según las reglas de la sana crítica es lo mismo.¹⁸

No coinciden con ese pensamiento los profesores señores Emilio Rioseco Enríquez, Raúl Tavolari Oliveros y Mario Rojas Sepúlveda.

b) Don Emilio Rioseco,¹⁹ comentando la doctrina sentada por el fallo de casación de 26 de marzo de 1966 (R.D.J., t. 63, sec. 1ª, pág. 66), explica que la distinción que la sentencia formula entre apreciación en conciencia

¹⁶ Cristián Maturana Miquel, *Aspectos generales de la prueba*, marzo 2002 (Apuntes).

¹⁷ *Revista de Derecho Procesal* N° 9 y 10, p. 99, 1975.

¹⁸ En este sentido, y siguiendo un orden alfabético, se pronuncian los profesores señores: Maturana, Cristián; Mosquera, Mario; Ortiz, Eleodoro; Pecchi, Carlos; Salas Julio, y Tapia, Enrique.

¹⁹ Emilio Rioseco Enríquez, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil. Parte General y Reglas Comunes*, N° 402, págs. 271 y 272, y N° 456, pág. 311. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1982.



y según la sana crítica es cierta. A la primera se le deja un ámbito exclusivamente subjetivo y a la segunda otro objetivado por la lógica y las máximas de experiencia. Sin embargo, el fallo atribuye a la sana crítica determinaciones que también juegan en la valoración en conciencia. Así acontece con el sentido común, el buen juicio y la recta intención.

En su opinión, el elemento diferenciador no está en el hecho de que en un caso el juez sea enteramente libre para formar sus convicciones (conciencia) y en el otro deba sujetarse a la lógica y experiencia (sana crítica), sino más bien en la decisión valorativa del medio que, cuando lo aprecia en conciencia, agrega un factor subjetivo de equidad, es decir, de conveniente justicia aplicada al caso particular. En cambio la apreciación por sana crítica es "racional" con prescindencia del alcance valorativo del medio en relación con los hechos concretos y su equitativa ponderación.

c) Si se sigue el criterio de identidad entre la apreciación de la prueba en conciencia y de acuerdo a las reglas de la sana crítica se presenta el problema de la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba. Como se ha visto, no se admite ese recurso de nulidad respecto de la apreciación de la prueba en conciencia y sí se admite la casación en la forma por falta de consideraciones. A la inversa, en materias laborales y respecto de la ley sobre tráfico de estupefacientes,²⁰ se acepta la casación en el fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba por contravenir las leyes de la lógica, científicas o de la experiencia.

La Ley 19.866 no dice cuáles son los parámetros objetivos en que se debe basar la sana crítica, lo que hace aun más complejo dilucidar la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba en materia de arrendamientos de inmuebles urbanos.

En diversos fallos²¹ se ha sentado la siguiente doctrina: "En consecuencia, no puede prosperar el recurso de casación en el fondo en cuanto se aduce el quebrantamiento del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, porque aun admitiendo que la sentencia hubiera incurrido en la apreciación de la fuerza probatoria del informe pericial, en los errores, omisiones

²⁰ La Ley N° 19.366, de 1995, en vigencia, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la Ley N° 18.403, establece en su artículo 36 lo siguiente:

"En la sustanciación y fallo de los procesos por los delitos a que se refiere esta ley, los tribunales apreciarán la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Lo cual se relaciona con el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que dispone: "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que los juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley".

²¹ R.D.J., 2° pte., sec. 1°, tomo 63, pág. 66; tomo 28, pág. 329; tomo 43, pág. 377; tomo 44, pág. 565; tomo 46, págs. 425 y 748; tomo 51, pág. 428; tomo 44, pág. 63; tomo 60, pág. 340, y tomo 41, pág. 448.

y deficiencias que le atribuye la recurrente, con ello no habría cometido ninguna infracción legal que pueda servir para cohonestar el recurso de casación en el fondo. La cuestión planteada es un problema de hecho, ya que la ley no ha señalado "las reglas de la sana crítica" a las que debe el tribunal conformarse al hacer su apreciación y, por lo tanto, cualesquiera que sean los reparos que pueda merecer la interpretación, ponderación y justipreciación del mérito justificativo del referido dictamen pericial, ellos no serían constitutivos de errores legales o de derecho".

Por consiguiente, quedan dos materias que deberá resolver la jurisprudencia; por una parte, la definición de la sana crítica en la Ley 19.866 y por la otra, si decide ampliar el contenido de leyes reguladoras de prueba²² para que tengan cabida en ellas los fundamentos en que se apoya la sana crítica. La orientación que experimente la jurisprudencia determinará la procedencia del recurso de casación en el fondo en esta clase de juicios fundado en la infracción de las leyes reguladoras de la prueba.

F) Situaciones especiales

1) Bien inmueble arrendado que ha sido abandonado por el arrendatario.

Ley 18.101 (Artículo 6º inc. 1º)	Ley N° 19.866 (Artículo 6º inc. 2º)
<p>Cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para su duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquier otra causa, el arrendatario continuará obligado a pagar la renta de arrendamiento y los gastos por servicios comunes que sean de su cargo, hasta que efectúe la restitución del inmueble.</p>	<p>Si el arrendatario abandonare el inmueble sin restituirlo al arrendador, éste podrá solicitar al juez de letras competente que se lo entregue, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe. Dicho funcionario levantará acta del estado en que se encuentre el bien raíz al momento de su entrega al arrendador y remitirá copia de ella al tribunal.</p>

²² **Leyes reguladoras de la prueba.** La Excma. Corte Suprema ha establecido que cabe entender vulneradas las normas reguladoras de la prueba, principalmente, cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley le diere. C. Suprema, 13 Julio de 2000. Rol 3588-99.

En fallo de 20 de mayo de 2003, recaído en el recurso de casación en el fondo rol 2409-2001, la Corte Suprema sostiene que la función de apreciación de los medios de prueba corresponde a los jueces del fondo, que no pueden infringir la ley al hacerlo, a menos que infrinjan la leyes reguladoras de la prueba que establezcan parámetros fijos de apreciación y no se contrapongan con otras pruebas del proceso. De acuerdo a esta doctrina, la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica quedaría excluida del recurso de casación en el fondo.

2) Salvoconducto y recibo.

Ley 19.866 - Artículo 2º. Sustituye el texto del D.F.L. 216, de 1931, por el siguiente:

“Artículo único. El propietario u ocupante a cualquier otro título de una vivienda, para cambiar su domicilio, deberá obtener un salvoconducto de la unidad de Carabineros correspondiente, que acredite el lugar de su domicilio actual y señale el lugar al cual se trasladará.

Para otorgar el salvoconducto, si quien deja el inmueble es el propietario, Carabineros le solicitará antecedentes que acrediten esa calidad, para lo cual bastará que exhiba los recibos de contribuciones de bienes raíces o de los servicios extendidos a su nombre. Si quien se trasladará no es el propietario, deberá presentar la autorización de éste o de quien hubiera recibido la tenencia del inmueble, o el recibo que acredite el pago de la renta de arrendamiento correspondiente al último mes, así como las constancias de encontrarse al día en el pago de los servicios con que cuente el inmueble.

Carabineros impedirá que se efectúe la mudanza si no se hubiere dado cumplimiento a las disposiciones precedentes. Sin perjuicio de ello, la infracción será castigada con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales por el respectivo juzgado de policía local”.

3) Multas.

Ley 18.101 (artículo 24)	Ley N° 19.866
<p>Serán sancionados con multas de una a sesenta unidades de fomento, que impondrá el juez que conozca del juicio en que sea controvertido el hecho que las motiva (Contempla sólo los dos casos que se enuncian a continuación).</p> <p>1) El arrendatario que en los casos contemplados en los incisos segundo y tercero del artículo 11, incurriere en falsedad en la declaración, sea acerca de la existencia o no de subarrendatarios, sea acerca de sus nombres;</p> <p>2) El subarrendador que, habiendo percibido las rentas de subarriendo, no pagare la renta del arrendamiento y a consecuencia de ello el subarrendatario fuese lanzado del inmueble, y</p>	<p>(La reforma agrega este tercer caso).</p> <p>3) El arrendador que injustificadamente se negare a otorgar al arrendatario la autorización para abandonar el inmueble y retirar sus muebles, o el recibo que acredite el pago de la renta de arrendamiento.</p>

Las multas indicadas serán de beneficio fiscal e ingresarán a Rentas Generales de la Nación.

4) Derecho legal de retención.

La Ley 19.866 introdujo el artículo 23 bis a la Ley 18.101, señalando que para los efectos del artículo 1942 del Código Civil, a los contratos de arrendamiento regidos por esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 598 del C.P.C.

El inciso 2º del artículo 1942 del Código Civil establece que para seguridad del pago del precio o renta de arrendamiento, y de las indemnizaciones a que hubiere lugar, el arrendador podrá retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria.

A su vez, el artículo 598 del C.P.C. dice: "Si el arrendatario pretendiera burlar el derecho de retención que concede al arrendador el artículo 1942 del Código Civil extrayendo los objetos a que dicho artículo se refiere, podrá el arrendador solicitar el auxilio de cualquier funcionario de policía para impedir que se saquen esos objetos de la propiedad arrendada.

El funcionario de policía prestará este auxilio sólo por el término de dos días, salvo que transcurrido este plazo le exhiba el arrendador copia autorizada de la orden de retención expedida por el tribunal competente".

5) Pago de las rentas de arrendamiento.

Se mantiene lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 18.101, que dice: "Cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para su duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquier otra causa, el arrendatario continuará obligado a pagar la renta de arrendamiento y los gastos por servicios comunes que sean de su cargo, hasta que efectúe la restitución del inmueble".

6) Comparecencia personal.

Las partes podrán comparecer y defenderse personalmente, en primera instancia, en los juicios cuya renta vigente al tiempo de interponerse la demanda no sea superior a cuatro unidades tributarias mensuales.

Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos

Gonzalo Cortez Matcovich

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

1. La regulación de procesos civiles especiales: Desde un punto de vista teórico, sería perfectamente posible que la actividad jurisdiccional del Estado pudiera articularse por medio de un único tipo de proceso declarativo. A través de este proceso, ordinario por antonomasia, los órganos jurisdiccionales conocerían de toda clase de pretensiones declarativas, cualquiera fuera su objeto.

Sin embargo, la existencia de un único proceso no pasa de ser algo teórico y en ningún ordenamiento ocurre así. En todos los sistemas se ha estimado conveniente la regulación de diversas modalidades procedimentales para la tramitación del proceso de declaración.

De entrada, suele estimar el legislador que, en atención a la cuantía del asunto, es necesario regular más de un proceso. Tal ocurre entre nosotros con el juicio ordinario de mayor cuantía, proceso típicamente **ordinario**, en cuanto los tribunales pueden, a través de él, conocer de toda clase de pretensiones, sin ninguna clase de limitación; y **plenario**, en cuanto no existe limitación de las alegaciones de las partes. La idea que preside esta clase de proceso es obtener la resolución definitiva y total del conflicto de intereses y para que la decisión reúna tales caracteres es indispensable conceder a las partes la mayor holgura posible tanto para la formulación de sus pretensiones como para el acreditamiento de los hechos que le sirven de fundamento. Para tales efectos –escribe FAIRÉN–, en la configuración del procedimiento se instituyeron momentos procesales relativamente amplios para la práctica de los actos procesales, con posibilidad de prorrogarlos e, incluso, previendo la concesión de plazos extraordinarios; el formalismo y el principio dispositivo mantenían en esta clase de procesos todo su vigor.¹

¹ FAIRÉN GUILLEN, V., "Reducción y simplificación de los tipos procesales", en *Revista de Derecho Procesal*, 1954-2, p. 146.

Un proceso diseñado en función de estos requerimientos era sinónimo de juicio tardo y complicado, lo que redundaba en su alto coste y, a la postre, en su ineficacia para la satisfacción de los intereses de quienes acudían a él, particularmente en una sociedad en la que el factor tiempo paulatinamente fue adquiriendo cada vez mayor relevancia.

Su ineficacia, pues, llevó a crear nuevos tipo procesales que, sin dejar de ser ordinarios y plenarios, significaran reducción de tiempo y coste. Surgen así dos categorías: el juicio ordinario de menor cuantía y el de mínima cuantía. En la regulación de estas distintas clases de procesos predomina la consideración de que, conforme disminuye la cuantía, el procedimiento ha de ser menos complicado.

La situación anterior se enmarca aun dentro de lo que pudiera considerarse una protección ordinaria dispensada por el ordenamiento, en cuanto a través de ellos puede conocerse de cualquier clase de pretensión declarativa.

Sin embargo, frente a esta tutela ordinaria, surgen los **juicios especiales**, es decir, contiendas judiciales que tienen una tramitación especial y que han sido establecidas para resolver sobre pretensiones que tienen un objeto específico y determinado. Si los juicios ordinarios son aptos para conocer de cualquier objeto procesal, los especiales tienen un objeto determinado.

El establecimiento de estos juicios especiales suele venir justificado por dos clases de argumentos:

a) Que determinadas relaciones jurídicas precisan de ciertas adecuaciones procesales, para que los intereses en ellos comprometidos tengan eficacia práctica. Piénsese, por ejemplo, en los juicios en que se hace efectivo el derecho de alimentos, en los que las condiciones naturales de la relación material comprometida suponen que su satisfacción sólo puede alcanzarse si el instrumento procesal se acomoda a ella. El proceso especial no sólo es conveniente, sino que existe una especial necesidad de rapidez en la respuesta jurisdiccional.

b) En realidad, en la mayoría de las ocasiones se trata de huir de los procesos ordinarios, con el argumento de que la protección que otorgan los tribunales a través de los juicios ordinarios no es adecuada para tramitar y decidir determinadas pretensiones.

Esto se demuestra en la existencia, cada vez más numerosa, de leyes reguladoras de materias de derecho privado, que contienen también, cier-



tas normas complementarias de carácter procesal. Se trata, en general, de materias caracterizadas por su dinamismo y necesidad de ajuste a una estructura social y económica avanzada, lo que repercute, incluso, en las normas procesales complementarias, que son importantes porque normalmente reflejan un avance en campos del proceso civil chileno que adolecen en mayor medida de atraso e insuficiencia. De este modo se posibilita que ciertas *parcelas del ordenamiento* o determinados grupos sociales obtengan una protección jurisdiccional más rápida y, por ello, más acorde a sus necesidades.

La existencia de una pluralidad de procedimientos plantea problemas de muy diversa índole. Como señala ORTELLS, por un lado, impone una adecuada clasificación y sistematización, y, por otro, obliga a plantearse problemas de política legislativa referidos a la justificación de dichos procedimientos y su ámbito de aplicación.² Asimismo, desde el punto de vista técnico, se plantean problemas referentes a la integración de las posibles lagunas normativas existentes en el régimen procedimental.

Las opciones para regular estos procesos especiales oscilan entre el establecimiento de un procedimiento nuevo y completo, o bien, efectuándose una remisión a un procedimiento ya existente, introduciendo algunas o muchas modificaciones en el mismo.

La promulgación de la Ley 18.101 respondió a esta necesidad, diseñando un procedimiento que en principio se remitía a uno ya existente –el denominado juicio sumario–, regulado en el Libro III del CPC, introduciéndole algunas modificaciones al mismo.

La reforma de la Ley 19.866 ha insertado sustanciales modificaciones al referido procedimiento, sustituyéndolo por uno completamente nuevo, aunque, bien vistas las cosas, parece haber recogido la idea central del procedimiento especial establecido para los interdictos posesorios, con ciertos retoques parciales.

2. Panorama normativo anterior a la promulgación de la Ley 19.866: el interés social que subyace en el arrendamiento de predios urbanos ha llevado a que este contrato haya merecido una atención especial de parte del legislador a partir del año 1932. Desde esa época hasta nuestro días se ha seguido una dispersión de normas reguladoras del arrendamiento en función de la oscilación de dichas necesidades sociales. Es llamativo constatar cómo estos intereses sociales se visualizan desde distintas ópticas en

² ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil* (CON MASCARELL; CÁMARA, JUAN; BONET, BELLIDO; CUCARELLA, MARTÍN), Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 637.

un marco temporal relativamente breve. Casi 30 años atrás, el profesor Gesche expresaba que *el contrato de arrendamiento de predios urbanos es la herramienta jurídica destinada a llenar las necesidades de aquella parte de la población que no quiere o no puede ser propietaria*.³ Hoy, en cambio, el parlamentario que patrocinó el proyecto defiende las bondades del mismo, argumentando que un gran porcentaje de los propietarios de viviendas arrendadas corresponde a personas ancianas que han invertido en la compra de sus casas como forma de hacerse un *segundo sueldo*; también están quienes han comprado una segunda vivienda para dedicarla al arriendo, lo que tiene gran importancia para el desarrollo inmobiliario del país. En tal sentido, finalidad declarada del Proyecto es reactivar el sector inmobiliario, porque se argumenta que la nueva regulación permitirá a quienes ahorran en otros sectores invertir en bienes inmobiliarios destinados al arrendamiento.⁴

En esta procesión legislativa en materia arrendaticia, PIEDRABUENA distingue varios períodos.⁵ Un primer período, que va desde la promulgación del Código Civil hasta la aparición de las primeras leyes intervencionistas, caracterizado por la vigencia de los principios inspiradores del Código Civil en materia de arrendamientos, lo que se tradujo en libertad de rentas, el derecho del arrendador de desahuciar el contrato de manera unilateral y sin expresión de causa y, en general, la plena presencia de la autonomía de la voluntad. La promulgación en el año 1932 del D.L. 520 marca el inicio de una segunda etapa marcada por la proliferación legislativa en la materia, que, de una u otra forma, implicaba manifestación de intervencionismo en el sector. El tercer período comienza con la vigencia de la Ley 11.622, de 1954. Según PIEDRABUENA *ésta es la primera legislación orgánica, ordenada y coherente que pretendió poner fin a la época de legislación inorgánica que la precedió*. Estableció el criterio de la *renta legal* ascendente al 11% del avalúo fiscal del inmueble; fijó plazos razonables de desahucio por falta de motivos plausibles. Sin embargo, la unidad de la ley se desintegró merced a sucesivas modificaciones que congelaban las rentas; que ampliaron los plazos del desahucio y restitución y confirieron facultades a los jueces para suspender los lanzamientos y el cumplimiento de las sentencias.

Luego de una breve vigencia de la Ley 17.600, de enero de 1972, que restableció el criterio de la *renta legal*, ampliándose los plazos de desahu-

³ GESCHE MÜLLER, B., "Los períodos legislativos en el arrendamiento de predios urbanos", en *Nueva legislación sobre arrendamiento*, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 1975, p. 6.

⁴ Véase el Boletín de la Cámara de Diputados, legislatura 348^a extraordinaria, sesión 37^a, 19 de diciembre de 2002, p. 15.

⁵ PIEDRABUENA RICHARD, G., *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos*, Santiago, Tipográfica Salesiana, 1976, pp. 23-4. Al respecto puede verse también GESCHE MÜLLER, B., "Los períodos legislativos en el arrendamiento de predios urbanos", en *Nueva legislación sobre arrendamiento*, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 1975, pp. 5-32.

cio y restitución y entregó a los tribunales la tutela de oficio de la renta máxima legal, se puso en vigor el D.L. 964, de 1975, que marcó el restablecimiento de la libertad contractual, la supresión del papel tutelar del juez de los derechos del arrendatario, el acortamiento drástico de los plazos de desahucio y restitución, la unificación de los procedimientos judiciales y la disminución de las facultades controladoras de organismos públicos. De otra parte, mantenía ciertos rasgos que la hacían una normativa protectora del arrendatario, ya que estableció derechos irrenunciables en su favor (art. 53), entre los que cabe mencionar: las rentas pactadas en dinero debían serlo en moneda nacional (art. 1º); la renta máxima anual no podía exceder del 11% del avalúo vigente del inmueble (art. 5º); el arrendador podía exigir al arrendatario una caución para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, que sólo podía consistir en dinero y no podía exceder de un mes de renta (art. 11); el arrendador sólo podía poner término al contrato en forma judicial y por motivos plausibles señalados en la Ley (arts. 18, 19 y 20), estableciéndose además plazos de desahucio.⁶ El D.L. 964 fue derogado y reemplazadas sus disposiciones por las normas de la Ley 18.101, de 1982. La normativa de la Ley 18.101 reguló algunos aspectos relativos al arrendamiento de algunos bienes raíces urbanos, especialmente en lo concerniente al desahucio y la restitución y al procedimiento aplicable, conservando su vigencia las normas fundamentales sobre la materia, contenidas en el Código Civil.

Entre los escasos antecedentes de la Ley 18.101 que se hicieron públicos, el Mensaje que acompañaba el Proyecto señalaba que el Ejecutivo planteó la necesidad de derogar el D.L. 964, para ir a una liberalización paulatina de los arriendos a fin de estimular la construcción. Agrega que *tal derogación permite estimular permanentemente la inversión privada en la construcción de viviendas destinadas al arrendamiento, por constituir una buena inversión, tanto por la constante valorización de los bienes raíces, como por la paulatina liberación de las rentas de arrendamiento congeladas que dispuso el mencionado D.L. N° 964...*

Señala PIEDRABUENA que *a principios de 1981 la prensa informó que entre las modernizaciones que proyectaba el Ministerio de Vivienda y Urbanismo estaba la derogación del D.L. 964 para retornar plenamente a nuestro ya centenario Código Civil. La plena autonomía de la voluntad y las fuerzas del mercado incentivarán la iniciativa privada para construir más viviendas. El primer semestre de 1981 marcó el punto culminante de una especie de euforia o triunfalismo de las teorías del mercado como solución a todos nuestros proble-*

⁶ Véase SCHMIDT HOTT, C., "Los débiles frente al derecho: los desequilibrios del poder negocial", en *Gaceta Jurídica* N° 218, pp. 22-4

*mas nacionales y por supuesto el arrendamiento urbano no escapó a esta marea irresistible.*⁷

El propósito de la normativa fue, como señala Ducci, *liberar al contrato de arrendamiento de bienes urbanos de las numerosas regulaciones que lo constreñían; se vuelve a la libertad contractual en materia de rentas de arrendamiento, se elimina la intervención de la Dirección de Industria y Comercio y desaparece la necesidad de invocar motivos plausibles para desahuciar.*⁸

No obstante lo anterior, se establecieron derechos irrenunciables en favor de los arrendatarios (art. 19), entre los cuales destacan que el desahucio debe ser judicial en determinados casos y la determinación de plazos para la restitución (arts. 3 y 4); la escrituración del contrato, formalidad exigida por vía de prueba, de tal suerte que si se le omite, se presume que la renta será la que declare el arrendatario (art. 20).

Se trataba, en opinión de PIETRABUENA, de una legislación marcadamente transitoria y transaccional. Transitoria porque en su disposición 2ª transitoria estableció un plazo de cuatro años al cabo del cual el legislador deberá apreciar la justificación de mantener normas proteccionistas de los arrendatarios. Transaccional, porque surgió como una normativa intermedia entre quienes propugnaban la completa derogación del D.L. 964 y los que abogaban por la subsistencia de ciertas normas protectoras de los intereses de los arrendatarios.⁹

3. Antecedentes de la reforma de la Ley 19.866: Todo parece indicar que la evolución reseñada precedentemente, que culminó con la promulgación de la Ley 18.101, llevó a que los contratos de arrendamiento se liberasen del marco regulador que lo regía con anterioridad, retornando, por así decirlo, a la situación previa a la promulgación del D.L. 520, de 1932. Sin embargo, según se expresa en la moción con la que se inició el Proyecto de la Ley que se comenta, *la Ley 18.101 tiene un carácter marcadamente protector hacia el arrendatario, para quien, según dispone el artículo 19, son irrenunciables los derechos que ella establece; presunción en los contratos de arrendamiento que no consten por escrito de que la renta es la que declare el arrendatario; suspensión del cumplimiento de la sentencia y del lanzamiento, etc.* Agrega la moción que *estas normas proteccionistas de la Ley 18.101 han perdido vigencia con el transcurso de los años y la moder-*

⁷ PIETRABUENA RICHARD, G., *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos. Ley 18.101*, Santiago, Edit. Fallos del Mes, 1982, p. 7.

⁸ DUCCI CLARO, C., *El arrendamiento de bienes raíces urbanos*, Santiago, Imprenta Salesianos, 1982, p. 7.

⁹ PIETRABUENA RICHARD, G., *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos. Ley 18.101*, Santiago, Edit. Fallos del Mes, 1982, p. 23.

*nización de las relaciones contractuales en general y del mercado inmobiliario en particular, transformándose en un elemento retardador del desarrollo de esta actividad y discriminatorio para los arrendadores.*¹⁰

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se explica que, aun cuando la Ley 18.101 eliminó restricciones tales como la fijación legal de rentas máximas y el desahucio fundado en motivo plausible, lo que significó un avance hacia el retorno a la autonomía de la voluntad, *transcurridos casi veinte años desde su publicación hacen aconsejable una revisión de la normativa legal.*¹¹

El Proyecto original tenía a cuatro claros objetivos:

a) La exclusión de determinados inmuebles de la aplicación de la ley:

Se proponía excluir determinados predios de la aplicación de la ley, específicamente, las viviendas situadas fuera del radio urbano, cuya superficie exceda de media hectárea; los predios urbanos de cabida superior a media hectárea, que tengan aptitud agrícola o forestal o estén destinados a ese tipo de explotación; las viviendas que se arrienden amobladas y alhajadas y aquellos bienes raíces cuya renta mensual sea igual o superior a 60 unidades de fomento.

b) Cambios relacionados al desahucio y restitución: El proyecto pretendía aclarar que a los contratos pactados mes a mes y a los de duración indefinida podía ponerse término no sólo mediante desahucio judicial, sino por otras causales legales, como el no pago de la renta o la negligencia grave del arrendatario en la mantención del inmueble. Se proponía asimismo la reducción de los plazos de desahucio y de restitución. También se sugería reducir el plazo durante el cual el arrendador que hubiera perdido el juicio de desahucio o restitución, estaba impedido de accionar.

c) Eliminación de facultades judiciales discrecionales: El Proyecto proponía suprimir la facultad del juez de la causa para suspender el lanzamiento hasta por seis meses y la del tribunal de alzada de suspender el cumplimiento de la sentencia mientras se encuentre pendiente la apelación, facultad esta última que no se justificaba al existir la posibilidad de solicitar orden de no innovar.

¹⁰ Moción del Senador M. Ríos, con la que se inicia un proyecto de ley que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos, Véase *Diario de Sesiones del Senado*, legislatura 343ª extraordinaria, sesión 11ª, 15 de noviembre de 2000, pp. 1223 y ss.

¹¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en la moción del Senador Ríos.

d) **Protección de las rentas impagas:** Finalmente, el Proyecto consultaba una serie de medidas tendientes a reforzar el derecho del arrendador de percibir el pago de las rentas e indemnizaciones respectivas. En primer lugar, expresamente hacía aplicable a los contratos de arrendamiento regidos por esta Ley la disposición del art. 598 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza al arrendador para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, si el arrendatario pretende burlar el derecho de retención extrayendo los objetos.¹² En segundo término, se tipificaba una nueva figura delictiva que sancionaba al arrendatario que, sin haber pagado o afianzado las rentas o indemnizaciones, defraudare al arrendador abandonando el inmueble o extrayendo los objetos retenidos. Finalmente, se propuso sancionar al arrendador que negare injustificadamente al arrendatario autorización para abandonar el inmueble.

Como se puede apreciar, el primitivo Proyecto no contenía, salvo aspectos parciales, normas relativas a la modificación de las ya existentes sobre procedimiento contenidas en la Ley 18.101. Se trataba, pues, de una lamentable carencia, porque cualquier iniciativa debe partir de la premisa que las más perfectas normas que puedan establecerse para la protección de ciertos intereses carecerían de virtualidad si, para su realización jurisdiccional, no se establecen instrumentos de tutela que sean eficaces, es decir, que permitan alcanzar la satisfacción del derecho o interés lesionado de manera práctica y real y, principalmente, sin que la utilización de estos instrumentos suponga una carga adicional al perjuicio frente al cual se reacciona.

Sin embargo, en forma paralela a la iniciativa original, se presentó en la Cámara de Diputados otra moción¹³ que complementaba la primera, que consultaba una modificación fundamental al régimen procedimental establecido en la normativa de la Ley 18.101. Considerando que la tramitación del primer Proyecto presentaba un grado de avance significativo en el Senado, los autores de la segunda moción aceptaron que fuera archivada, incorporando sus disposiciones por la vía de la indicación.¹⁴

Es así como se presentó una indicación que propuso reemplazar íntegramente el art. 8° de la Ley 18.101, disposición que instituía las principales normas procedimentales aplicables a los juicios de arrendamiento referidos en el art. 7° de la Ley. Se trataba básicamente de las normas del juicio

¹² La disposición del art. 598 CPC tienen aplicación general, cualquiera sea la naturaleza del bien arrendado.

¹³ Se trataba de la moción contenida en el Boletín número 3000-7, que establece normas para hacer más expedito el procedimiento judicial a que dan lugar las demandas de terminación del contrato de arrendamiento de bienes raíces por no pago de la renta.

¹⁴ Véase el Boletín de la Cámara de Diputados, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 37ª, 19 de diciembre de 2002, pp. 11 y ss.

sumario del Libro III del Código de Procedimiento Civil, con ciertas modificaciones.

4. El nuevo procedimiento aplicable a los juicios derivados del contrato de arrendamiento regidos por la Ley 18.101: La norma fundamental sobre el régimen procedimental establecido en la Ley 18.101 es la disposición del art. 8º, que, como ha quedado dicho, fue íntegramente sustituido por la Ley 19.866. Sin embargo, es posible encontrar normas de carácter procesal en otras disposiciones de la ley.

a) **En cuanto a la competencia:** En cuanto a la **materia**, el procedimiento previsto en el Título III es aplicable a los juicios derivados de contratos de arrendamiento regidos por la Ley 18.101 (art. 7º), sin embargo, el procedimiento resulta también aplicable a los juicios derivados del contrato de arrendamiento de los bienes raíces a que se refiere el art. 2º números 3 y 5.¹⁵ Estas normas no han sufrido modificación. Relativo al **fuero**, en el texto anterior de la Ley 18.101 el *fuero* no era considerado como factor de competencia, porque, con arreglo a lo previsto en el art. 133 COT, no debía considerarse en los juicios de tramitación breve y sumaria, cuyo era el caso del juicio sumario. Sin embargo, aunque con la modificación aprobada el procedimiento aplicable deja de ser el sumario, entiendo que existiendo el mismo fundamento, esto es, la celeridad y concentración que caracterizan la tramitación, la exclusión del fuero como factor de competencia es aplicable a los procesos derivados del contrato de arrendamiento de inmuebles sujetos a la Ley 18.101 en su redacción actual. La **cuantía** no fue alterada como factor para determinar la competencia, ya que la proposición de excluir de la aplicación de esta Ley aquellos bienes raíces cuya renta mensual sea igual o superior a 60 unidades de fomento no prosperó en definitiva, rechazándose con el objeto de no discriminar en la aplicación de esta legislación entre los distintos contratos de arrendamiento, sin importar el monto de éste.¹⁶ De manera que siguen teniendo competencia en la materia, conforme las reglas generales del Código Orgánico de Tribunales, los jueces letrados, sin perjuicio de las atribuciones de los juzgados de policía local, de acuerdo con lo previsto en el

¹⁵ Es decir, "Viviendas que se arrienden por temporadas no superiores a tres meses, por períodos continuos o discontinuos, siempre que lo sean amobladas y para fines de descanso o turismo" (Nº 3) y los "Estacionamientos de automóviles y vehículos" (Nº 5).

¹⁶ En la moción que dio origen al Proyecto se fundamentaba la exclusión en que no parecía justificada la aplicación de las normas protectoras de la Ley 18.101 indiscriminadamente a toda clase de viviendas, siendo razonable dejar entregada a las normas generales de contratación aquellas que, por sus características o por su renta indican que tal protección no sólo no resulta necesaria, sino muchas veces contraproducente y gravosa para arrendadores y arrendatarios. Por otro lado, se fundamentaba en que tratándose de contratos de arrendamientos con rentas muy altas, las partes, ante posibles conflictos, tenían a su alcance otros medios de solución, lo que permitía no recargar a los tribunales de justicia.

art. 17 de la ley, la que sólo fue objeto de modificación para adecuarla a la nueva normativa orgánica, suprimiéndose la referencia a los jueces de sub-delegación.

La posibilidad de someter la decisión de estos asuntos a la justicia arbitral sigue presentándose discutible,¹⁷ aunque entiendo que el problema se vincula no tanto a la procedencia del arbitraje, cuanto a la calidad que debe revestir el árbitro, es decir, a la clase de arbitraje.¹⁸

b) En cuanto al procedimiento aplicable: La indicación parlamentaria tendiente a la modificación del art. 8° tuvo por objeto abreviar *aun más el procedimiento sumario, estableciendo una ritualidad concentrada y evitando la rendición de la prueba dentro del plazo de ocho días que se establece actualmente, por una sola audiencia en que se resolverá el asunto.*¹⁹

En su origen, la modificación propendía a la mantención del procedimiento sumario, pero introduciéndole alteraciones que lo aceleraban notablemente. Estas modificaciones eran tan radicales que, en definitiva, significaban su substitución íntegra por una tramitación procedimental completamente diferente. En este sentido, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tuvo presente la opinión solicitada al profesor Tavolari O., quien apuntó que la norma que hacía aplicable a esta clase de procesos el procedimiento del juicio sumario había perdido toda vigencia y debía ser eliminada. Agregó que, si algún procedimiento se asemeja al nuevo que se proyecta, es el de las querellas o interdictos posesorios del Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil, título del que están tomadas varias de las normas que se adoptan.²⁰ De ahí que se haya aprobado el texto definitivo que, suprimiendo las referencias al procedimiento sumario, dispone claramente que *los juicios a que se refiere el artículo anterior se regirán por las reglas siguientes.*

¹⁷ En sentido favorable se pronuncia PIEDRABUENA RICHARD, G., *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos. Ley 18.101*, Santiago, Edit. Fallos del Mes, 1982, pp. 55-8.

¹⁸ La Corte Suprema, por sentencia de fecha 29 de agosto de 2002, ha resuelto la designación de un árbitro que debía resolver de un modo que se opone a las normas de competencia y de procedimiento aplicables a la materia y a la circunstancia de que los derechos conferidos en la ley son irrenunciables por el arrendatario es nula, porque, tratándose de arbitadores, éstos fallan obedeciendo sólo a su prudencia y a la equidad y no están obligados a guardar en sus procedimientos más reglas que las señaladas por las partes en el compromiso o las que, con el carácter de mínimas, prevén en su defecto los artículos 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil, *todo lo cual resulta incompatible con las formas y trámites obligatorios que prevé la respectiva ley sobre arrendamiento de predios urbanos, en este caso, el D.L. 964 de 1975, vigente a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento invocado (artículo 1° transitorio de la ley 18.101).*

¹⁹ Véase el Boletín de la Cámara de Diputados, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 37ª, 19 de diciembre de 2002, pp. 11 y ss.

²⁰ Véase el Diario de Sesiones del Senado, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 22ª, 21 de enero de 2003, pp. 3206 y ss.



c) **Los principios del nuevo procedimiento:** La disposición del art. 8° permite colegir que el legislador propende claramente a dos principios: la oralidad y la concentración.

La **oralidad** se manifiesta en el numeral 1), que señala que el *procedimiento será verbal*; y en el numeral 4), que indica que la audiencia comenzará con la *relación verbal de la demanda* y con la referencia a la *contestación verbal del demandado*.

Una primera observación permite concluir que el establecimiento de la oralidad no agrega nada novedoso a la situación prevista en la regulación anterior. En efecto, la norma del art. 8° número 1 es repetición textual del art. 682 CPC, disposición perfectamente aplicable a los procesos regidos por la normativa de la Ley 18.101, anterior a la reforma.

Una segunda reflexión dice relación con la efectividad práctica de este principio, no sólo respecto del primer y principal acto procesal de parte, la **demand**a, cuya articulación en forma verbal es difícilmente practicable, sino especialmente porque el propio legislador deja abierta la posibilidad de que *las partes puedan, si quieren, presentar minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen*. Con esta facultad atribuida a las partes, es de temer, sin embargo, que pese a la buena voluntad del legislador, el ideal de la oralidad devenga en mero palabreo, propiciándose la tramitación por escrito, tal como ha ocurrido con el procedimiento sumario.

En tercer lugar, me parece que el legislador maneja un concepto restringido de la oralidad, ya que entiende que la oralidad es simplemente un método, una técnica conforme a la cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencias.

Lo cierto, sin embargo, es que el concepto de oralidad no puede limitarse a una discusión oral en la audiencia, sino tiene un significado más amplio y comprensivo. Con la oralidad se sintetiza un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios entre sí coordinados, inseparables unos de otros.

En este sentido, la oralidad implica, supone, la **inmediación**, es decir, que la actuación del juez se verifique en contacto personal con las partes, prescindiendo de intermediarios. Ello no ocurre así en la nueva regulación no sólo por la ausencia de norma que la instituya, sino porque, por ejemplo, se consagra en el art. 8° N° 4 el trámite de la *relación verbal de la demanda*, el paradigma de la ausencia de inmediación, es decir, de la falta de contacto personal con las partes, prescindiendo de intermediarios.

Por otra parte, la oralidad sólo tiene sentido si el juez que ha de decidir la controversia es el mismo que ha asistido al desarrollo de la prueba y entrado en relación directa con las partes. Es decir el juez de un proceso oral debe estar constituido desde el comienzo del pleito hasta su conclusión por la misma persona física. Es evidente que la oralidad no funciona si los actos procesales se llevan a cabo ante personas diferentes, porque la impresión recibida por el juez que asiste a uno o más actos no puede infundirse en el otro que deba juzgar.²¹

En este orden de ideas, no existe una norma categórica que garantice esa identidad física que se viene aludiendo, con lo que buena parte de las ventajas de la oralidad se desperdician. Piénsese, por ejemplo, en que es perfectamente posible que la inspección personal practicada por un juez sea apreciada por otro, con lo que desaparece la razón de ser de la misma.

La **concentración** es otro principio a que la reforma dice propender. Decir oralidad equivale a decir concentración. La concentración en realidad es una característica exterior de la oralidad, por lo que hablar de concentración y oralidad es una redundancia. De ahí que no sea extraño que, para Alcalá-Zamora, sea más apropiado hablar de proceso concentrado más que de proceso oral.

La concentración debe considerarse desde dos puntos de vista:

1. En relación con la actividad procedimental, la concentración implica que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia y, de no ser posible, en varias audiencias, pero próximas entre sí, de modo tal que los actos procesales realizados de palabra ante el juez no desaparezcan de su memoria.

El texto de la ley (en su art. 8°) reconoce esta característica a que conduce la oralidad, señalando que el procedimiento ha de llevarse a efecto en una audiencia única de contestación y prueba, pero admite la posibilidad de una audiencia complementaria, en el evento que el demandado deduzca reconvencción.

En efecto, se establece en el art. 8° N° 6 que, *si se hubiere deducido demanda reconvenccional, la demandante podrá solicitar se cite a las partes a una nueva audiencia a realizarse dentro de los 5 días siguientes, a objeto de proceder a la contestación de la misma y a la recepción de la prueba que ofrezca. Vale decir, se entrega a la decisión del actor la posibilidad de contestar y rendir prueba*

²¹ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, trad. Casais y Santaló, México, Edit. Cárdenas, 1989, pp. 150-1.

en la misma audiencia o bien, solicitar que se verifique una nueva audiencia en breve plazo para tales efectos. A esta audiencia, cuyo día y hora determinará el tribunal, dentro del plazo previsto en la norma, *las partes se entenderán citadas de pleno derecho*. Si en la audiencia principal no alcanzare a ser rendida toda la prueba, *cualquiera de las partes podrá solicitar se reserve para dicha audiencia el examen de la prueba pendiente* (art. 8° N° 6).

2. Un segundo aspecto a considerar en relación con la concentración se refiere a que tanta importancia como la unidad del acto tiene la concentración en relación con la cuestiones previas e incidentales.

En un proceso dominado por la oralidad, todas estas cuestiones previas e incidentales se concentran en una misma audiencia, por regla general, sin que impidan la entrada al fondo del asunto. Este es el ideal, pero el legislador no puede desconocer que en ciertas y determinadas situaciones puede ser necesaria una audiencia complementaria. En esta materia debe prever que también hay incidentes y cuestiones previas, que pueden aconsejar sean resueltas antes de entrar al fondo del asunto.

En esta orientación, resulta comprensible la norma del art. 8° N° 8 en cuanto que *los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia, conjuntamente con la cuestión principal, sin paralizar el curso de ésta*.

Sin embargo, me parece que una postura tan radical sobre la materia puede producir efectos adversos a los pretendidos.

Es fácil entender que lo que se busca es evitar que a través de la promoción de incidentes, se provoque la suspensión del procedimiento. Pero el deseo de evitar suspensiones puede llevar, por un lado, a situaciones más perniciosas aún que la suspensión y, por otro lado, puede significar un peligro para la justicia.

En el primer sentido, debe tenerse precaución, no vaya a ocurrir que una aspiración de economía y concentración conduzca a la máxima antieconomía, de perder trabajo, tiempo y dinero, en virtud de haberse tramitado completamente un proceso que a la postre resultó sin valor, nulo. De acuerdo a la economía procesal, es fundamental que el legislador tienda a evitar que el tribunal y las partes desarrollen una labor inútil, susceptible luego de ser anulada. Ésta es la razón de que existan los incidentes de previo y especial pronunciamiento.

Aunque, como se ha resuelto, la cuestión de saber si un incidente es o no de previo y especial pronunciamiento, debe ser resuelta en cada caso par-

ticular, como pauta general puede decirse que corresponde a todos aquellos relativos a la nulidad de actuaciones y resoluciones, porque es necesario subsanar todo defecto procesal antes de seguir el curso del proceso; también en los casos en que aparezca claramente que la resolución de la cuestión incidental es determinante en la eficacia de actuaciones posteriores. Piénsese en las cuestiones sobre competencia, la nulidad de lo obrado o falta de personería.²²

Cuando señalo que la concentración llevada al límite puede significar un peligro para la justicia, pienso fundamentalmente en las cuestiones de carácter prejudicial penal. La aplicación estricta del art. 8º Nº 8 lleva a concluir que, de seguirse una causa criminal por los mismos hechos que se debaten ante el tribunal, en ningún caso se suspenderá el procedimiento que se siga ante este último. Esto puede resultar peligroso y parece más correcta la regulación que hacía el art. 5º inc. 2º del viejo CPP, en orden que *cuando la acción civil se ejercite separadamente de la penal, aquélla podrá quedar en suspenso desde que el procedimiento criminal pase al estado de plenario* en relación con lo dispuesto en el artículo 167 CPC.

La resolución sobre los incidentes queda para la sentencia definitiva, la que *se pronunciará sobre la acción deducida y sobre los incidentes, o sólo sobre éstos cuando sean previos o incompatibles con aquélla* (art. 8º Nº 8).²³

d) La demanda y la notificación de la resolución recaída en ella: Como se insinuó, la demanda debe presentarse por escrito no sólo por las dificultades funcionales que implicaría la posibilidad de su interposición verbal, sino porque la propia ley se refiere al *escrito de demanda* (art. 8º Nº 3).

Los requisitos de postulación procesal no presentan excepciones a las reglas generales, salvo los juicios cuya *renta vigente* –nótese que no su cuantía– al tiempo de la interposición de la demanda no sea superior a cuatro unidades tributarias mensuales, en los que se dispensa de las cargas proce-

²² SALAS VIVALDI, I., *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7ª ed., Santiago, Edit. Jurídica, 2000, pp. 40-3.

²³ La Corte Suprema, por sentencia de 29 de octubre de 2002, ha insistido que, *al no existir disposición en sentido contrario, rige en la especie el artículo 690 del Código de Enjuiciamiento Civil, con arreglo al cual en un juicio de esta índole, de modo diferente a lo que acontece en el procedimiento ordinario, todos los incidentes deben promoverse y tramitarse en la misma audiencia «conjuntamente con la cuestión principal», sin paralizar su curso, y, sobre todo, según fluye de esa misma norma, sólo en la sentencia definitiva cabe emitir pronunciamiento a su respecto... Que, en tales circunstancias, es de toda evidencia que una excepción como la opuesta en autos por los demandados sólo puede ser resuelta una vez agotados todos los trámites propios y pertinentes al procedimiento sumario.*

sales sobre representación y defensa letrada (art. 8º N° 10).²⁴ Al respecto, se hace preciso un breve comentario. Prescindiendo de la conveniencia o no de que intervengan estos profesionales,²⁵ es evidente que a la realidad de la intervención directa de la parte se oponen obstáculos culturales de carácter general y especialmente aquellos determinados por el desconocimiento de la técnica procesal. Por otro lado, es perfectamente posible que el demandado cuente con servicios jurídicos, lo que puede producir desigualdad. De ahí que, en estos supuestos, me parece conveniente la existencia de normas que garanticen dicha igualdad, imponiendo a quien pretenda valerse de procurador y defensa letrada, ponerlos en conocimiento del tribunal para que la parte contraria tenga la oportunidad de designar también sus propios asesores. Tal posibilidad se encuentra expresamente prevista en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

El acto procesal de la demanda no precisa cumplir requisitos que escapen de la norma general, salvo en lo concerniente a la actividad probatoria, dado que es necesario la indicación *en la demanda* de los medios de prueba de que se valdrá el demandante y, si se trata de la prueba de testigos, es menester presentar la nómina respectiva en el mismo escrito (art. 8º N° 3).

Mención especial merece lo relativo a la **notificación de la demanda**. Con arreglo a lo previsto en el art. 8º N° 2, la notificación de la demanda se practica en la forma prevista en el art. 553 CPC, vale decir, de acuerdo a las normas generales contenidas en el Libro I de dicho Código; sin embargo, tratándose de la notificación especial del art. 44, procederá aunque el demandado no se encuentre en el lugar del juicio. Adicionalmente, tratándose de la notificación prevista en el art. 44 CPC, *se presumirá de pleno derecho como domicilio del demandado el que corresponda al inmueble arrendado*.

Relacionando las disposiciones citadas, puede concluirse, en primer término, que la notificación de la demanda debe practicarse de manera personal, no existiendo normas que alteren esta forma de notificación (art. 40 CPC). En seguida, la modalidad prevista en el art. 44 CPC presenta especialidades destacables.

²⁴ La propuesta original se refería a los juicios cuya *renta vigente* no fuera superior a cuatro unidades de fomento, sin embargo se propuso en la Comisión Mixta reemplazarlas por cuatro unidades tributarias mensuales *precisamente para facilitar el ejercicio de los derechos de los arrendadores de viviendas que tienen una renta baja, cuya primera dificultad es la obtención de recursos para costear los honorarios de un abogado que los patrocine, sobre todo en aquellos casos en que el arrendatario adeuda varios meses del canon estipulado* (Véase Informe de la Comisión Mixta, de fecha 12 de marzo de 2003).

²⁵ El Informe de la Comisión Mixta, de 12 de marzo de 2003, hizo explícita la preocupación por la ausencia de patrocinio, porque cuando las partes hacen su propia defensa, normalmente es insatisfactoria, ya que carecen de conocimientos sobre la estrategia procesal adecuada para presentar sus argumentos o no acompañan oportunamente sus medios de prueba.

Como se sabe, la notificación regulada en el art. 44 CPC es una modalidad de la notificación personal, llamada a sustituir a ésta cuando no ha podido practicarse por no ser habido el notificado. Su procedencia está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que la persona a quien se haya de notificar haya sido buscada en dos días distintos en su habitación o en el lugar donde ejerce ordinariamente su industria, profesión o empleo, sin ser habido; 2) que se acredite que el demandado se encuentre en el lugar del juicio y cuál es su morada o el lugar donde ejerce ordinariamente su industria, profesión o empleo, bastando, para establecer ambas circunstancias, la debida certificación del ministro de fe. Cumplidas estas exigencias el juez, previa petición de parte, ordena la notificación en la forma señalada en el inc. 2º del art. 44 CPC.

Pues bien, para los efectos del proceso previsto en la Ley 18.101, el segundo de los requisitos indicado no tiene aplicación, ya que, por una parte, el art. 553 CPC –aplicable por la remisión del art. 8º Nº 2– hace procedente la notificación aunque el demandado no se encuentre en el lugar del juicio y, por otra parte, la certificación de cuál es su morada o lugar de trabajo es tan innecesaria como improcedente, desde que la ley *presume de pleno derecho* que el domicilio del demandado corresponde al inmueble arrendado.

La razón de ser de esta disposición se relaciona con la dificultad de la actual legislación respecto de resolver a qué domicilio se notifica al arrendatario que no paga el arrendamiento, que se oculta o que no se puede ubicar. Se agrega que, con la modificación, se ahorrará bastante tiempo para los efectos de iniciar una demanda contra aquellos morosos que no paguen la renta... dando certeza respecto del domicilio del demandado.²⁶

De manera que, para la procedencia de esta modalidad de notificación, serán precisas las (dos) búsquedas negativas requeridas por la disposición del art. 44 CPC, las que deberán haberse efectuado en el domicilio que corresponda al inmueble arrendado. En seguida, cumplida esta exigencia, será necesaria una resolución judicial ordenando la notificación en la forma señalada en el inc. 2º del art. 44 CPC. Aunque, a primera vista, la exigencia de las búsquedas pudiera resultar inoficiosa, por carecer de contenido, me parece que con su práctica se proporciona una racional probabilidad de ser habido el arrendatario demandado.

De otra parte, no debe perderse de vista que la regla general sigue siendo la notificación personal del demandado.

²⁶ Boletín de la Cámara de Diputados, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 37ª, 19 de diciembre de 2002. p. 20.

Una primera reflexión se relaciona con la importancia del domicilio en materia procesal. El domicilio no sólo importa para los efectos de determinar el lugar en que debe llevarse a efecto la correspondiente notificación, sino que, como se sabe, es un elemento que sirve para determinar la competencia territorial del tribunal.

En tal sentido, un primer problema podría presentarse cuando existe disconformidad entre el domicilio real del demandado y el que corresponde al inmueble arrendado. En principio, como la notificación ha de ser personal, debiera prevalecer el domicilio real del demandado, aunque no corresponda al del inmueble arrendado. Si el demandado es notificado en forma personal, no se presentará problema alguno. Distinto ocurrirá si el demandado no es habido, aun cuando conste cuál es su domicilio real y su presencia en el lugar del juicio. En tal caso, la notificación con arreglo al art. 44 CPC es improcedente, porque la Ley *presume de pleno derecho* que el domicilio del notificado es otro (el del inmueble arrendado). En tal evento, se comprende cómo una norma que fue dada para facilitar la notificación se vuelve contra quien es el supuestamente favorecido por el precepto.

Entiendo que el problema se solucionará con cierta facilidad en la práctica, indicándose en la demanda como domicilio del demandado el del inmueble arrendado, aunque éste no sea coincidente con el real. En estas condiciones, lógicamente la notificación personal debiera fracasar, pero, con el sólo atestado del ministro de fe que dé cuenta de las búsquedas infructuosas, procederá la modalidad de notificación por el art. 44 CPC.

Otro problema que pudiera presentarse se relaciona con la posibilidad de que se haya pactado *prórroga de competencia*. Es posible que se haya convenido entre las partes atribuir competencia a un tribunal distinto del territorialmente competente, en este caso, distinto al del domicilio del inmueble arrendado. Nuevamente, si la notificación se practica personalmente no se presentará inconveniente alguno, pero las dificultades se plantean para el supuesto en que se den los presupuestos de procedencia de la notificación conforme al art. 44 CPC, pues en tal caso la ley *presume de derecho el domicilio del demandado*. Ello conllevaría no sólo la ineficacia de esta modalidad de notificación, sino que podría comportar la incompetencia del tribunal. Me parece que, en tal caso, debe prevalecer la voluntad de las partes por sobre la ficción legal, dado que la presunción está referida *únicamente* para los efectos de lo previsto en el art. 44 CPC.

El problema se plantea porque ello podría significar una verdadera renuncia al domicilio hecha por el arrendatario, lo cual no tendría nada de novedoso ni reprochable a la luz de lo previsto en el art. 12 CC, pero, tratándo-

se de este proceso especial, debe recordarse que aún mantiene vigencia la norma del art. 19, que consagra la irrenunciabilidad de los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios.

e) La contestación de la demanda, el llamado a conciliación y la posibilidad de deducir reconvenición: Con arreglo a lo previsto en el art. 8º N° 4, concluida la relación de la demanda, se procede *con la contestación verbal del demandado*. Al respecto, debe tenerse presente que el numeral 1º autoriza a las partes para *presentar minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen*, de manera que la oralidad del trámite es relativa.

En la contestación, el demandado puede, además de formular resistencia, reconvenir, es decir, interponer contra el demandante otra pretensión. Con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se inicia un nuevo proceso, que se resolverá en el mismo procedimiento. La ley exige a quien reconviene la carga procesal de dar cuenta en el mismo acto de *los medios de prueba que sustentan su pretensión* (art. 8º N° 5).

Con el objeto de resguardar el derecho de defensa del demandado reconvenicional, se faculta a éste para solicitar se cite a una nueva audiencia dentro de breve plazo –cinco días–, cuyo objeto principal es la contestación de la misma y la recepción de la prueba que ofrezca el demandado reconvenicional. A esta nueva audiencia, las partes se entenderán citadas de pleno derecho (art. 8º N° 6).

Verificado el trámite de la contestación o ante la inactividad del demandado (rebeldía), acto seguido, agrega el art. 8º N° 4, *se procederá obligatoriamente al llamado a conciliación*. Es interesante consignar que el precepto no formula distinciones sobre el eventual contenido de la contestación, para imponer el llamado a conciliación. Como se sabe, es posible que el demandado al contestar la demanda la acepte llanamente o bien, que en sus escritos no contradiga en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio.

Aunque ambas figuras presentan diferencias sustanciales, tienen en común, cuando operan, la consecuencia jurídica de imponer al tribunal el deber de citar a las partes para oír sentencia (art. 313 CPC).

Lo interesante, a mi entender, es que en el juicio ordinario, el allanamiento y la no contradicción sustancial de los hechos hacen legalmente improcedente el llamado a conciliación (art. 262 CPC). En cambio, tratándose de este proceso especial, aun en estas hipótesis, dicho llamado sigue siendo

obligatorio. La solución me parece acertada, desde que, en ambos casos, la factibilidad de llegar a una composición amigable del pleito es más probable que cuando se formula resistencia.

En el evento de deducirse reconvencción y el demandado reconvenicional opta por contestar en la misma audiencia, por una consideración de economía procesal, me parece que el llamado a conciliación debiera producirse contestada que sea la reconvencción. En cambio, si la contestación se produce en la audiencia complementaria referida en el art. 8º Nº 6, contestada que sea la reconvencción, debiera llamarse a conciliación sobre lo debatido en materia reconvenicional, sin perjuicio del llamado obligatorio, en la primera audiencia, respecto de la demanda principal.

En efecto, aunque pudiera parecer inficioso un segundo llamado conciliatorio, entiendo que si la oportunidad para hacerlo es una vez contestada la demanda y si respecto del proceso reconvenicional se permite la posposición del trámite de la contestación, implícitamente se está prorrogando la oportunidad para llevar a efecto el trámite conciliatorio para la audiencia complementaria.

Por otro lado, la audiencia complementaria también puede servir para que se complete la prueba que no se alcance a producir en la audiencia principal, sea que dicha prueba se refiera a la demanda principal o a la reconvenicional, porque el precepto del art. 8º Nº 6, parte final, no hace distinción ni en cuanto al objeto de la prueba ni en lo que atañe al titular para solicitar dicha reserva, ya que se refiere a *cualquiera de las partes*.

f) **Actividad probatoria:** De no producirse avenimiento total, el juez deberá establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que deberá recaer la prueba, es decir, recibe la causa a prueba (art. 8º Nº 6), singular exigencia si se repara en la concentración del procedimiento que caracteriza al proceso y que en el procedimiento que rige las querrelas o interdictos posesorios –que es el modelo seguido por la ley– no procede la recepción de la causa a prueba. Entiendo que lo relevante es que la resolución que fija los hechos sobre los que ha de rendirse prueba admite reposición, de acuerdo a las reglas generales y, con arreglo a lo previsto en el art. 795 Nº 3 CPC, constituye un trámite esencial, cuya omisión autoriza casación formal (art. 768º Nº 9 CPC)

En cuanto al **procedimiento de recepción de la prueba**, la reforma tiende a concentrar en una misma audiencia tanto la contestación como la recepción de la prueba. Sólo en el evento de deducirse reconvencción se prevé la posibilidad de celebrar una audiencia complementaria. Tratándo-

se de la prueba de testigos, si el demandante pretende valerse de ella, deberá presentar la nómina respectiva en el mismo escrito de demanda, mientras que el demandado deberá hacerlo antes de las 12:00 horas del día que preceda al de la audiencia. Si, por cualquier causa, no tiene lugar la audiencia el día correspondiente, entiendo que, con ello, queda diferida también la oportunidad para la presentación de la nómina.

Esta carga procesal relativa a la hora límite de presentación de la lista me parece inútil e inconveniente. Es ineficaz, porque no garantiza el conocimiento previo de ella a la contraparte, frustrando la eficacia del derecho a inhabilitar los testigos presentados. Resulta inconveniente, porque posibilita que se susciten situaciones impeditivas para la rendición de la prueba de testigos. La circunstancia que esta modalidad se aplique a las querellas posesorias y a los juicios especiales derivados del contrato de arrendamiento regulados en el CPC, que parece ser la causa de su inclusión, no justifica su inconveniencia.

Nada dispone la ley respecto de la prueba testifical de que pretenda valerse el demandado reconvenicional. Sin embargo, como le asiste el derecho de solicitar se fije una audiencia complementaria para que en ella se proceda a la contestación y a la recepción de la prueba que ofrezca, junto con solicitar la nueva audiencia, deberá proponer medios de prueba. La oportunidad en que el demandado reconvenicional debe presentar la nómina de testigos es dudosa, pero no pudiendo ser exigible en la audiencia principal, debiera seguir la regla aplicable al demandado, esto es, antes de las 12:00 horas del día que preceda al de la audiencia.

Contribuye a la concentración la circunstancia de que la prueba testimonial no se pueda rendir ante un tribunal diverso de aquel que conoce de la causa (art. 8º Nº 7). La disposición, incorporada en la Cámara de Diputados, tenía por objeto *no dilatar el trámite del juicio y no concurrir a tribunales de distintas áreas geográficas del país.*²⁷

El hecho de establecerse un régimen procedimental especial, breve y concentrado, torna dudosa la procedencia de medios de prueba distintos de la testifical y documental. La prueba pericial, que reviste utilidad para los efectos de acreditar el valor de eventuales mejoras y posibles deterioros, suele entorpecer la tramitación de estos procesos. Por otro lado, la prueba confesional también provoca dilaciones.

Como por una parte no existe norma que limite o restrinja los medios admisibles y, por otra, como el art. 8º Nº 7 establece que las partes serán

²⁷ Véase el Boletín de la Cámara de Diputados, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 37ª, 19 de diciembre de 2002, p. 21.



citadas para oír sentencia una vez *concluida la recepción de la prueba* y no una vez concluida la audiencia, la regulación queda con un vacío que puede ser aprovechado para demorar el proceso.

En cuanto a la **iniciativa en el aporte de las pruebas**, rige el principio dispositivo, pero no ha quedado reservada exclusivamente a las partes, ya que tiene la importante excepción prevista en el art. 15, que faculta al tribunal para decretar, de oficio o a petición de parte, los medios probatorios que estime pertinentes.²⁸ La circunstancia de que el juez pueda decretar de oficio la práctica de medios de prueba no significa que le sea posible la aportación de hechos no alegados por las partes al proceso ni que le esté permitido realizar una verdadera investigación en la pesquisa de las fuentes de prueba. Sigue recayendo sobre las partes la carga de aportar los hechos relevantes al proceso (principio de aportación de parte).

En lo que concierne a la **determinación de los medios de prueba**, el legislador, frente a las alternativas teóricas para su regulación, ha optado por seguir el régimen tradicional, esto es, el establecimiento taxativo de los medios de prueba admisibles, apartándose de lo que es ya una marcada tendencia de la legislación comparada hacia una amplia admisibilidad de los medios de prueba. Entiendo, por otra parte, que cuando la ley autoriza al juez para decretar de oficio la práctica de medios de prueba, se está refiriendo únicamente a aquellos elementos de convicción reconocidos como tales en nuestro ordenamiento (arts. 341 CPC y 1698 CC).

En lo atinente a la **valoración de la prueba**, la reforma ha establecido, en el art. 8º Nº 7, que la prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, suprimiéndose la referencia del art. 15, que facultaba al tribunal para apreciar la prueba en conciencia. La verdad es que no siempre ha existido un claro deslinde entre la *apreciación en conciencia* y según la *sana crítica*, aunque la tendencia parece haberse inclinado por atribuir a la primera una forma de convencimiento libre, exclusivamente subjetivo, mientras que en la segunda dicha convicción ha de estar objetivada por la lógica y las máximas de experiencia.²⁹ De este modo, la *sana crítica* se ha venido configurando como una categoría intermedia entre el sistema de prueba legal o tasada y el de libre convicción.³⁰

²⁸ Véase PECCHI CROCE, C., "Atribuciones del juez en la nueva ley de arrendamiento", en *Nueva legislación sobre arrendamiento*, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 1975, pp. 167-71.

²⁹ COUTURE, E., *Fundamentos de derecho procesal civil*, México, Editora Nacional, 1984, pp. 268-276.

³⁰ Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, debieron explicitar que la facultad de apreciar la prueba en conciencia no puede significar arbitrariedad ni abuso (Véase, PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *La prueba en materia sustantiva civil*, Santiago, Edit. Jurídica, 1989, pp. 90-3; del mismo autor, puede verse "Arrendamiento. Prueba, naturaleza de las obligaciones y terminación", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. II, N° 1-2, dic. 1991, pp. 88-9).

Lo cierto, sin embargo, es que *la valoración de la prueba conforme las reglas de la sana crítica no es más que un modo de designar el sistema de apreciación libre de la prueba, que hace hincapié en la racionalidad del proceso de valoración y precave frente a un subjetivismo incontrolado en la materia... influye, además, en el contenido que debe darse a la motivación de la sentencia en cuanto a los hechos, que no puede quedar limitada a exponer el resultado de la valoración conjunta, sino que ha de comprender la exposición del iter y de los elementos tenidos en cuenta para la valoración.*³¹

La Corte Suprema ha resuelto que *la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio.*³²

g) Sentencia definitiva: Con arreglo a lo previsto en el art. 8º Nº 6, *concluida la recepción de la prueba, las partes serán citadas a oír sentencia.*

En primer lugar, la oportunidad para la *citación para oír sentencia* es una vez concluida la recepción de la prueba y no una vez que concluya la audiencia destinada a recibir las probanzas. Esto deja abierta la posibilidad de acudir a medios probatorios de difícil práctica en la audiencia, como la confesional o el peritaje, que por no estar excluidos, deben regirse por las normas del Libro II, relativo al Juicio Ordinario. Como la norma del art. 432 CPC, que hace procedente la citación para oír sentencia *existan o no diligencias pendientes* no tiene aplicación, es muy probable que en la práctica se produzca un retardo en la citación para oír sentencia.

Una segunda observación es para dejar en evidencia uno de los más acusados defectos de la nueva regulación: la ley no establece plazo para la dictación de la sentencia definitiva, debiendo acudirse a las reglas generales. Esto significa, por imperativo del art. 3º CPC, que debe aplicarse el plazo previsto en el art. 162 CPC, vale decir, 60 días, lo que parece estar en contraposición frontal con el carácter concentrado y breve con que se pretende caracterizar al nuevo procedimiento. Ello, por cierto, sin considerar la posibilidad del tribunal de decretar *medidas para mejor resolver*,

³¹ ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con CÁMARA, JUAN), Valencia, Punto y Coma, 2000, pp. 273-4.

³² Sentencia de la Corte Suprema, de 6 de enero de 2003, Rol N° 400-01. La claridad se aleja del concepto cuando, acto seguido, el máximo tribunal sentencia que *se trata de un proceso interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, es una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde privativamente a los jueces del fondo. Consecuente con estos principios, cualquiera que sea la apreciación que adopten los jueces al respecto, e incluso los errores en que puedan incurrir al valorar, ponderar y justipreciar el mérito probatorio que otorgan a un informe pericial, no son susceptibles del recurso de casación en el fondo, toda vez que no podrían dichos jueces incurrir en infracción de ley –el citado artículo 425– si éste les concede una facultad entregada sólo a su prudencia y equidad.*

perfectamente procedentes en esta clase de juicios, lo que puede provocar un retardo aún mayor en el pronunciamiento de la sentencia.

h) Régimen de los recursos: Importantes modificaciones se han introducido en esta materia, en particular respecto del recurso de apelación. Las reformas apuntan a restringir el recurso en dos ámbitos: en cuanto a las resoluciones impugnables y en cuanto a los efectos de la concesión del recurso.

En lo concerniente a las resoluciones susceptibles de apelación, la ley las limita a la sentencia definitiva de primera instancia y a las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación (art. 8º Nº 9).

En lo que atañe a los efectos de la concesión del recurso en el cumplimiento del fallo, la ley ha optado por eliminar de manera radical el efecto suspensivo de la apelación. Para reforzar la ejecutabilidad inmediata atribuida a la sentencia, se ha dispuesto la improcedencia de la orden de no innovar (art. 8º Nº 9).

En general, cuando el legislador permite ejecutar resoluciones judiciales pendientes de algún recurso,³³ es decir, que no se encuentran firmes, lo hace para evitar que los recursos sean usados con fines ajenos a los que les son propios, casi siempre referidos al retardo de la efectividad práctica de la sentencia. En efecto, suele suceder que los recursos se utilicen no por estimar el recurrente que la sentencia es injusta, sino sólo para demorar el proceso con el propósito de mantener la situación de hecho anterior al proceso.

Aunque se trata de una opción de política legislativa que implica asumir los riesgos derivados de una posible sentencia revocatoria, entiendo que no es posible desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia por la sola concesión de un recurso.

Por otra parte, se suprime la facultad del tribunal superior de disponer no innovar. La *orden de no innovar* fue introducida en la regulación de la apelación en virtud de la reforma de la Ley 18.705, pero, en el procedimiento aplicable a los juicios derivados del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, aún con anterioridad a la vigencia de la ley 18.101, se estableció la facultad del tribunal superior para que, a petición del arrendatario demandado, pudiera disponer la suspensión del cumplimiento del fallo, si se

³³ Esta figura se conoce como *ejecución provisional*.

solicitaba con justa causa (arts. 38º N° 6 D.L. 964 y 8º N° 6 Ley 18.101, en su texto original). Esta solicitud de suspensión comportaba una verdadera orden de no innovar.

La opción del legislador parece razonable en cuanto, por vía de la orden de no innovar, se produce una desnaturalización del efecto no suspensivo que atribuye la ley a la apelación.³⁴ Por otro lado, es probable que esta reforma provoque algún grado de descarga de trabajo en los tribunales superiores, al operar como verdadero disuasivo para un eventual recurrente, frente a la circunstancia de tener en su contra una sentencia condenatoria y que esta sentencia ya está ejecutada.

Sin embargo, como observación de carácter general, es decir, no sólo relativa al proceso arrendaticio de la Ley 18.101, sino para todos los supuestos de ejecución inmediata previstos en el ordenamiento, resulta indispensable la regulación sistemática de los efectos de la revocación de la sentencia sobre los actos de ejecución realizados. En efecto, en el caso específico de un proceso derivado de un contrato de arrendamiento, es posible que la sentencia de primera instancia haya dado lugar a la demanda y ordenado la restitución del inmueble arrendado. Apelada la sentencia y pendiente el recurso, como la sentencia es de ejecución inmediata, se la puede llevar a efecto, efectuándose el lanzamiento del demandado y la entrega del inmueble al demandante. Cuando la sentencia es confirmada y gana firmeza, desaparecen los límites que separan la ejecución provisional de la definitiva. Sin embargo, el problema se presenta si la sentencia de primera instancia es revocada y desestimada la demanda.

En general, se dice que en tal caso todo lo obrado por el juez inferior pendiente la apelación concedida en el sólo efecto devolutivo está subordinado en su validez y consecuencia a lo que resuelva el tribunal de alzada respecto del recurso.³⁵

Aunque el enunciado es cierto como afirmación de entrada, no aporta claridad sobre la manera en que tales efectos operan. En el caso concreto, no es sencillo determinar cómo ese arrendatario que fue privado de la

³⁴ El Ministerio de Justicia no fue partidario de suprimir esta facultad, porque constituye un resguardo necesario desde el momento en que la apelación se concede en el solo efecto devolutivo... la eliminación de esta facultad puede dejar al arrendatario que ha sido vencido en una situación de desprotección mientras no se falla el recurso. Véase *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 344ª ordinaria, sesión 16ª, 31 de julio de 2001, pp. 2205-6.

³⁵ ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, A., *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil*, Santiago, Edit. Jurídica, 6ª ed., 1985, p. 37. Se ha resuelto que todo lo actuado en virtud de una resolución judicial que causa ejecutoria es condicional en el sentido de depender su validez de la suerte que corra el recurso de apelación concedido en la forma señalada (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 9 de marzo de 2001, en *La Semana Jurídica*, diciembre, 2001).

tenencia del inmueble puede recuperarla, dado que es discutible restarle validez o retrotraer los actos de ejecución ya practicados.³⁶ Adicionalmente, tampoco es simple precisar si es posible hacer efectiva la responsabilidad civil respecto de aquel que se aprovechó de la ejecución provisional de una sentencia posteriormente revocada.

Es interesante destacar que, aun cuando el fundamento de la reforma ha sido evitar que el arrendatario incumplidor se mantenga en el uso y goce de la cosa arrendada, mientras se tramita la apelación, la norma no hace distinciones en cuanto al legitimado para impetrar la ejecución provisional. Ello significa que nada impide, por ejemplo, que el arrendatario que obtuvo sentencia absolutoria y condena en costas a su favor –y que fue apelada– pueda instar por la ejecución provisional del pronunciamiento sobre las costas. Lo mismo cabe referir respecto del arrendatario que fue condenado en cuanto a la acción, pero sentencia favorable en cuanto a la reconvencción, que puede apelar de la sentencia que le condena y pedir la ejecución provisional de la sentencia dictada en la reconvencción, que le es favorable.

Respecto de la **competencia del tribunal superior**, el art. 8º Nº 9 establece la facultad del tribunal de apelación para pronunciarse, a solicitud de parte, sobre todas las cuestiones que se hayan debatido en primera para ser falladas en definitiva, aun cuando no hayan sido resueltas en el fallo apelado, en una reiteración textual de la norma del art. 692 CPC. Evidentemente que una materia tan técnica no fue objeto de discusión parlamentaria alguna. Su inclusión probablemente obedezca a un resabio de la anterior regulación sometida a las reglas del juicio sumario.

La situación de otros recursos distintos al de apelación no ha sido alterada, de manera que, en lo que atañe al recurso de casación, habrá que tener presente que, según las reglas generales, su interposición no suspende el cumplimiento de la sentencia (art. 773 CPC) y que cuando la sentencia recurrida es la sentencia definitiva dictada en un juicio de desahucio, el recurrente carece de la facultad de exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas (art. 773 inc. 2º CPC). Observa TAVOLARI que todos los supuestos de imposibilidad de solicitar fianza de resultas se refieren a juicios cuya sentencia definitiva admite impugnación posterior por vía de juicio ordinario posterior.³⁷ Al

³⁶ Ejemplo de esta falta de claridad es el fallo de la Corte Suprema de 10 de julio de 1974, en RDJ, t. 71, s. 1ª, p. 108, que implícitamente acepta aplicar el proceso de ejecución de sentencias regulado en los arts. 233 y ss., a favor del demandado que obtuvo sentencia revocatoria, para perseguir la restitución de las cosas al estado anterior. Nótese que el propio tribunal reconoce que dicho proceso de ejecución se refiere sólo a las sentencias de condena y que la sentencia desestimatoria de la demanda no reviste este carácter.

³⁷ TAVOLARI OLIVEROS, R., *Recursos de casación y queja*, Santiago, Edit. Jurídica Conosur, 1996, p. 68.

respecto, se ha estimado que cuando se alude a los juicios de desahucio, la ley se refiere a todos aquellos que se derivan de un contrato de arrendamiento.

5. Otros aspectos procesales afectados por la reforma

a) Situación del arrendatario que abandona el inmueble sin restituirlo:

La reforma incorpora un nuevo inciso al art. 6º, que se refiere a la situación del arrendatario que abandona el inmueble sin restituirlo. En tal caso, el arrendador podrá solicitar al juzgado competente la entrega del inmueble, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe.

Para tales efectos, dicho funcionario debe levantar acta del estado en que se encuentre el bien raíz al momento de su entrega y remitirá copia de ella al tribunal.

El origen de la norma se encuentra en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propósito de la disposición del art. 23 ter de la propuesta original, que describía y sancionaba al arrendatario que, sin haber pagado o afianzado las rentas o indemnizaciones, defraudare al arrendador abandonando el inmueble o extrayendo los objetos retenidos. La Comisión estuvo de acuerdo con la idea de suprimir dicha regla, que había sido objeto de prevenciones por parte del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y de la Acop-Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios A.G., durante el Primer Informe.

Sin perjuicio de ello tuvo en cuenta que, *si bien el incumplimiento en los pagos obedece, en muchos casos, a una situación de insolvencia grave, que impide al arrendatario cumplir con sus compromisos, es frecuente que personas sin escrúpulos abandonen en forma subrepticia el inmueble que arriendan, para no pagar las rentas y servicios adeudados, pero, además, lo dejan cerrado. Con ello el arrendador queda en una situación muy incómoda, puesto que, si recupera la tenencia de la propiedad abandonada, se expone a que el arrendatario le impute violación de domicilio, con el sólo objeto de lograr una transacción y no pagar las deudas. Este hecho produce un grave daño al arrendador... Por ello la Comisión acordó permitir, en estos casos, que el arrendador recupere la posesión del bien raíz, de manera expedita a través de una gestión sin forma de juicio en que el juez lo autorice al efecto, con la sola constatación realizada por un ministro de fe acerca del abandono del inmueble.*³⁸

³⁸ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 346ª extraordinaria, sesión 4ª, 2 de abril de 2002, pp. 222-3.

En efecto, con la modificación legitima un proceder que ya se había hecho común en la práctica, aunque limitado a los supuestos en que había juicio pendiente.

Es dudosa la naturaleza de esta gestión. La expresión *sin forma de juicio* pareciera ser indicativa de que se trata de una gestión judicial no contenciosa. En cualquier caso, aun cuando parece poco discutible que para llevar a efecto la diligencia no es preciso oír al arrendatario, deberá necesariamente producirse una cierta actividad de acreditamiento ante el tribunal, haciendo constar, por lo menos, la existencia del contrato de arrendamiento y el hecho objetivo del abandono. Sin embargo, lo que no está claro es si la *certificación de abandono* es condición previa de procedencia de la gestión, previa a la solicitud, o si ella es coetánea con el levantamiento del *acta del estado del inmueble* al momento de la entrega. La primera interpretación, que exige acreditar ante el tribunal el supuesto de hecho de la norma, esto es, el abandono del inmueble, podría estar justificada con el propósito de evitar que el arrendador aproveche alguna ausencia transitoria del arrendatario para obtener la autorización judicial de entrega del inmueble; sin embargo, presenta el grave inconveniente de requerir una duplicidad de certificaciones, con los consiguientes costos. En cualquier caso, de aceptarse este sentido de la norma, nada impide que las certificaciones se verifiquen por ministros de fe diferentes, tanto respecto de la clase de funcionario, cuanto respecto de las personas que los desempeñen. La remisión de copia del *acta de estado del inmueble* no tiene justificación aparente.

Por otra parte, entiendo que si, por cualquier causa, existe oposición del ocupante, tenga o no la calidad de arrendatario,³⁹ la gestión fracasará, debiendo acudir al procedimiento contencioso que corresponda.

b) La facultad judicial de suspender el lanzamiento: Como se señaló,⁴⁰ la propuesta original apuntaba a la supresión de algunas facultades judiciales discrecionales, entre ellas, la de suspender el lanzamiento. En la moción con la que se inició el Proyecto de la ley, se dejó constancia que se proponía la eliminación del art. 13 inc. 2º, que permite al juez suspender el lanzamiento hasta por seis meses, lo que en la práctica se presta a abu-

³⁹ En la Cámara se observó que en la práctica solía darse el caso que el arrendatario al abandonar el inmueble dejaba dentro de él una especie de sucesor, quien no tenía contrato alguno con el arrendador, pero que impedía la recuperación de la propiedad y se pidió estudiar la posibilidad de ampliar los efectos de esta nueva norma a la situación descrita. Sin embargo, se señaló que si el sucesor no era un subarrendatario, lo normal en tales casos era que esas personas permanecieran en la propiedad a título precario, pero la forma de expulsarlas se sujetaba a un procedimiento distinto –el juicio sumario– y no parecía adecuado establecerlo en esta legislación especial.

⁴⁰ Véase párrafo 3 letra c.

sos de todo tipo, que, sumados a los largos plazos de desahucio, la suspensión de la ejecución de la sentencia, la demora en resolverse los recursos judiciales, etc., hacen que pueda tardarse en recuperar una propiedad arrendada.⁴¹ El Ministerio de Justicia no fue partidario de tal supresión, porque responde a criterios de justicia material. Sin embargo, dado su carácter excepcional y la necesidad de que los tribunales la apliquen con prudencia, sugirió reducir el plazo máximo de seis a dos meses.

En la Cámara de Diputados se expresó que el propósito de las indicaciones era terminar con los abusos en que incurren muchos arrendatarios que no pagan la renta amparándose en normas proteccionistas y dilatorias para no entregar la vivienda y recurriendo a los tribunales para que éstos resguarden su *derechos*. Se agregó que el arrendatario que no pagaba sus rentas se beneficiaba con todo el lapso que dure el juicio. Una vez terminado el proceso, resolviéndose la restitución de la propiedad, la ley fija un plazo para la entrega del inmueble, vencido el cual se concede al juez la facultad de postergar el lanzamiento por un plazo de seis meses, que incluso puede ser renovado. Se concluyó señalando que las personas que no pagan el arriendo muchas veces cuentan con la *complicidad* de los tribunales, que prácticamente prorrogan la vigencia del contrato más allá de lo razonable.⁴²

Frente a la propuesta de eliminar la facultad de suspender el lanzamiento, se presentaron dos indicaciones: una para autorizar la suspensión por un plazo máximo de quince días y para fijar el plazo en no más de dos meses. La Comisión acordó rechazar la propuesta y acoger una solución intermedia entre ambas indicaciones parlamentarias, conviniendo sustituir el plazo de seis meses por treinta días.⁴³

c) Auxilio policial para asegurar el derecho legal de retención: El Proyecto consultaba una serie de medidas tendientes a reforzar el derecho del arrendador de percibir el pago de las rentas e indemnizaciones respectivas. Una de ellas, que fue la que en definitiva prosperó, proponía hacer aplicable a los contratos de arrendamiento regidos por esta Ley la disposición del art. 598 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza al arrendador para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, si el arrendatario pretende burlar el derecho de retención extrayendo los objetos.⁴⁴

⁴¹ Véase *Diario de Sesiones del Senado*, legislatura 343^a extraordinaria, sesión 11^a, 15 de noviembre de 2000, p. 1226.

⁴² Véase el *Boletín de la Cámara de Diputados*, legislatura 348^a extraordinaria, sesión 37^a, 19 de diciembre de 2002, pp. 12-3.

⁴³ Véase el *Boletín de la Cámara de Diputados*, legislatura 348^a extraordinaria, sesión 37^a, 19 de diciembre de 2002, p. 22.

⁴⁴ La disposición del art. 598 CPC tiene aplicación general, cualquiera sea la naturaleza del bien arrendado.



La proposición se aprobó por unanimidad, en los mismos términos propuestos.

d) Situación de las pretensiones de desahucio y restitución desestimadas: El art. 16 establece que si se declarare sin lugar el desahucio o la restitución, el actor no podrá intentar nuevamente tales acciones sino transcurridos seis meses desde que haya quedado ejecutoriada la sentencia de rechazo, a menos que se funden en hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda. El plazo anterior era de un año.

Los representantes del Ejecutivo explicaron los fundamentos de la reforma, frente a una indicación tendiente a suprimirlo, señalando que se trataba de respetar la cosa juzgada y no dar lugar a presentar demandas una y otra vez, puesto que si el fallo había sido contrario a los intereses del actor, *seguramente se debía que no tenía razón o a fallas del abogado...*⁴⁵ En similares términos, en la Cámara se justificó la reducción del plazo de un año a seis meses, puesto que *muchas veces los abogados cometen errores y el arrendador no puede quedar impedido de demandar la devolución del inmueble.*⁴⁶

6. Sobre la vigencia de la ley: La Ley 19.866 no contiene norma alguna sobre su vigencia en el tiempo, lo que constituye un vacío de manifiesta inconveniencia.

El estudio de la vigencia temporal de la ley procesal está condicionado por dos factores: la irretroactividad de la ley y el desarrollo temporal sucesivo del proceso.

En virtud de la irretroactividad de la ley, al proceso que se inicie estando en vigor una determinada ley procesal se le aplicará dicha ley, con independencia de la materia objeto de la pretensión, que estará regida por el derecho sustantivo que corresponda, que podría tal vez encontrarse derogado al momento de iniciarse el proceso.⁴⁷

El desenvolvimiento temporal sucesivo del proceso explica la necesidad ineludible de incluir reglas transitorias en las regulaciones legales que contemplen el caso de los procesos pendientes al comenzar la vigencia temporal de las nuevas normas.

⁴⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Cámara de Diputados, Legislatura Extraordinaria, Sesión 35ª, 17 de diciembre de 2002.

⁴⁶ Véase el *Boletín de la Cámara de Diputados*, legislatura 348ª extraordinaria, sesión 37ª, 19 de diciembre de 2002, p. 14.

⁴⁷ DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal. Introducción* (con DIEZ PICAZO y VEGA), Madrid, Edit. CE R. Areces, 1999, p. 135.

En efecto, como señaló CHIOVENDA, para comprender la aplicación de la ley procesal en el tiempo debe distinguirse entre los procesos terminados, los no iniciados y los pendientes. Los dos primeros no plantean problema, rigiendo en un caso la ley antigua y en el otro, la ley nueva. Es la tercera situación la que se presenta como compleja, porque puede crearse colisión entre ambas regulaciones.⁴⁸

En principio, la vigencia temporal de la ley procesal no depende de una norma distinta a la general, que es la del art. 9º CC, de modo que una primera observación conduce a reconocerle vigencia inmediata e irretroactiva. Al respecto, debe considerarse que el ordenamiento ha dispuesto una normativa complementaria que concreta el referido principio para ciertas materias, comprendiendo normas de carácter procesal, que es la *Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes*, de 7 de octubre de 1871.

La regla es que las leyes procesales rigen *in actum*, es decir, de inmediato, lo que significa que prevalecen sobre la antigua desde su entrada en vigor (art. 24 LER). En concreto, los procesos pendientes iniciados bajo la vigencia de la anterior normativa deben sujetarse a las normas de la nueva ley.

La circunstancia de que, iniciado un proceso bajo el imperio de una determinada ley procesal, deba regirse, a partir de cierto momento, por otra ley procesal posterior, ha conducido a sostener que las leyes procesales tienen el carácter de retroactivas,⁴⁹ lo que, por cierto, no es exacto, porque significa confundir efecto inmediato con el retroactivo y porque para que una ley procesal fuera retroactiva sería necesario que los efectos procesales producidos por actos realizados bajo el imperio de una norma procesal, queden anulados o modificados por una posterior, la cual, de ese modo, extiende hacia atrás en el tiempo su eficacia normativa.⁵⁰

La norma del art. 24 LER contiene dos notables excepciones: los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas no son alcanzados por los efectos de la nueva ley, rigiéndose por la antigua.

⁴⁸ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, trad. Casais y Santaló, México, Edit. Cárdenas, 1989, pp. 155-65.

⁴⁹ La Corte Suprema, por sentencia de 29 de abril de 1933, en RDJ, t. 30, s. 1ª, p. 317, sostuvo que con arreglo a lo previsto en el art. 24 LER, las leyes sobre substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores, disposición que constituye una excepción al art. 9º CC. En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de 10 de julio de 1954, en RDJ, t. 51, s. 2ª, p. 87, sostuvo que las normas referentes al enjuiciamiento criminal tienen efecto retroactivo, porque deben aplicarse desde la fecha en que empiecen a regir y prevalecen, por tanto, sobre las anteriores.

⁵⁰ ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con CÁMARA, JUAN), Valencia, Punto y Coma, 2000, p. 403.

Aplicando estas nociones, podría afirmarse que un proceso iniciado bajo el imperio de la anterior normativa de la Ley 18.101 debe comenzar a regirse por las disposiciones de la nueva, con las dos señaladas excepciones.

Así, si una demanda fue presentada y proveída bajo la vigencia de la antigua ley, pero aún se encuentra pendiente de notificación, deberá arreglarse al procedimiento de la nueva normativa, lo que supone un problema adicional, pues debería proveerse de un modo distinto, con lo que la nueva ley estaría afectando una actuación o diligencia iniciada bajo la antigua ley. En el mismo orden de ideas, si la demanda presentada y proveída bajo la vigencia de la antigua ley fue debidamente notificada bajo el imperio de la nueva, la audiencia respectiva no podría sujetarse a las reglas de la nueva ley, aunque se lleve a efecto bajo su imperio, porque las partes no han sido citadas para una audiencia de contestación, conciliación y prueba, sino sólo para las dos primeras, con lo que el principio de *vigencia inmediata* de la ley procesal se vería afectado.

En tales situaciones, me parece que una aceptable solución es que, atendiendo al carácter breve y concentrado de esta clase de procesos, debiera considerarse todo el procedimiento ya comenzado como una *actuación ya iniciada* y que, por ende, debe regirse íntegramente por la ley antigua. No es posible desconocer que esta interpretación fuerza un tanto el sentido de la disposición del art. 24 LER, pero con ella se evita que se vea afectado el conjunto armónico del proceso.

Naturalmente que, tratándose de otras actuaciones procesales que en sí constituyen un acto procesal dotado de cierta unidad, se deben sujetar a las prescripciones de la nueva ley, como ocurre con la facultad judicial de suspender el lanzamiento, que se mantuvo, pero disminuyéndose el plazo máximo. En tal caso, aunque el proceso se haya tramitado íntegramente bajo el imperio de la anterior normativa, la suspensión del lanzamiento solicitada bajo la vigencia de la nueva normativa se sujeta al plazo máximo establecido en la nueva ley. En estos casos, difícilmente podría alegarse tener *derecho adquirido* a un mayor plazo de lanzamiento. Distinto es el caso de las normas que reducen los plazos de desahucio y restitución (arts. 3º, 4º), que, por tratarse de normas de carácter sustantivo, sólo se aplican a aquellos contratos celebrados bajo la vigencia de la nueva normativa (art. 22 LER).⁵¹

⁵¹ Similar situación se produjo con la promulgación de la Ley 17.600, modificatoria de la Ley 11.622, que no contenía normas transitorias sobre este punto. La jurisprudencia se inclinó por considerar aplicable el art. 22 LER, estimando que los contratos anteriores se regían por la ley vigente al momento de su celebración. Así, RAMOS PAZOS, R., "Ámbito de aplicación del D.L. 964, sobre arrendamiento de bienes inmuebles urbanos", en *Nueva legislación sobre arrendamiento*, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 1975, p. 43.

Lo mismo cabe decir de la norma del art. 6º inc. 2º, referida a la situación del arrendatario que abandonare el inmueble sin restituirlo, que por tratarse de una norma procesal, se aplica con efecto inmediato, con independencia de la época de celebración del contrato. En fin, la norma sobre valoración probatoria (art. 8º Nº 7), como es norma procesal rige *in actum*, aun cuando el proceso se haya sometido a la tramitación prevista en la anterior normativa.

En definitiva, ante la inexcusable falta de previsión legislativa de no establecer disposiciones transitorias, corresponderá a los tribunales resolver caso a caso aquellas situaciones que plantee el desenvolvimiento práctico de la norma, para evitar y, en su caso, solucionar las posibles colisiones de normas.



Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria

Rodrigo Ugalde Prieto

Magíster en Derecho de la Empresa

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En este ámbito la prescripción debe analizarse como un medio de extinción de las infracciones y de sus respectivas sanciones.

En efecto: "a diferencia de la prescripción civil, la prescripción en materia de infracciones y sanciones se caracteriza por provocar un efecto extintivo de la responsabilidad derivada de las infracciones cometidas, o de las sanciones ya impuestas, según los casos".¹

Para estudiar el tema de la prescripción de la acción represiva del Estado en estos casos, se distinguirá entre contravenciones tributarias y delitos tributarios.

II. Prescripción de la acción derivada de las contravenciones

Doctrinariamente estas infracciones se clasifican, a su vez, en dos subtipos:

A. Infracciones civiles

Don Pedro Massone Parodi las define como: "*el incumplimiento de una obligación o de un deber tributario, imputable al deudor, sancionado por la ley con una sanción civil*".²

El mismo autor citado agrega al respecto:

"En el ámbito tributario, la infracción civil se presenta como un incumplien-

¹ Ramón Falcón y Tella. *La Prescripción en Materia Tributaria*, pág. 256. Distribuciones de La Ley S.A., Madrid, 1992,

² Pedro Massone Parodi. *Principios de Derechos Tributarios*, pág. 298. Edeval. Valparaíso, 1975.

*to de la obligación de pagar el tributo, que causa un daño al erario, aun por el solo peligro de omitir o retardar el pago; por su parte, la sanción representa una indemnización por este daño”.*³

Dentro de las infracciones que se contienen en el artículo 97 del Código Tributario, pueden clasificarse como civiles las establecidas en los números 2 inciso 1º y 11 del señalado precepto.

A.1. Prescripción de la acción para perseguir las infracciones civiles

En su texto original el Código Tributario no contemplaba una norma expresa sobre la prescripción de la acción para perseguir estas infracciones.

En efecto, el artículo 200 del Código Tributario se refería solamente a la prescripción de la facultad del Servicio de Impuestos Internos para liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que hubiere lugar. En consecuencia, dicha norma no es, ni ha sido nunca aplicable al caso que nos ocupa, pues de lo que se trata aquí es de perseguir la responsabilidad por **infracciones** a la legislación tributaria, acción diversa a la de **liquidar impuestos**, revisar cualquier deficiencia en su liquidación y **girar** los impuestos a que ello diere lugar.

Por su parte, el artículo 201 del mismo Código trata de la prescripción de la *“acción del Fisco para perseguir el pago de los impuestos, intereses, sanciones y demás recargos”*.

Esta norma no es aplicable a la prescripción de las infracciones tributarias, por cuanto claramente se refiere a la prescripción de una acción diversa, como lo es aquella que corresponde a la acción de cobro del Fisco-Tesorerías.

Aquella es una **acción distinta** de la concedida por el artículo 200 del Código Tributario al Servicio de Impuestos Internos para liquidar impuestos, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que hubiere lugar y, a mayor abundamiento, que pertenece a un **órgano distinto** del Servicio de Impuestos Internos, como lo es el Servicio de Tesorerías.

Hoy en día ello está confirmado por el hecho de que el legislador tuvo que introducir un nuevo inciso 3º al artículo 200 del Código Tributario para

³ Pedro Massone Parodi. Obra citada, pág. 298.

regular este tema. Además, se confirma por lo dispuesto en el número 5 de la Circular 73 del año 2001, en el que refiriéndose a la acción de cobro prevista en el artículo 201 del Código Tributario señala:

“Al respecto, debe tenerse presente que la acción de cobro de los impuestos adeudados la ejerce el Fisco a través de la Tesorería General de la República, que es el organismo recaudador. El procedimiento a que se somete esta acción es el desarrollado en el Título V del Libro III del Código”.

Antes de la reforma de la Ley 19.506 se discutió en la doctrina y la jurisprudencia cuál era el plazo de prescripción que correspondía aplicar a estas infracciones.

Para algunos, correspondía aplicar el plazo de tres años previsto en el artículo 201 del Código Tributario, por cuanto el referido texto utilizaba el término sanciones.

Ello era un error jurídico. por cuanto el término **sanciones** no se puede interpretar **aisladamente** del resto de la norma, de cuyo contexto se desprende que ella se refiere a la prescripción de la **acción de cobro** de los impuestos y de sus accesorios, esto es, **intereses, sanciones y demás recargos** (reajustes, multas).

Por otra parte, el artículo 201 no regula una prescripción de acciones del Servicio de Impuestos Internos –que es el que persigue la aplicación de las sanciones–, sino que se refiere a una acción propia del Fisco-Tesorerías.

Por último, tal como se reconoce en el número 5 de la Circular 73 del año 2001, el procedimiento en el que se puede discutir si está –o no– prescrita la acción del Fisco-Tesorerías, es el procedimiento previsto en el Título V del Libro III del Código Tributario, que regula el denominado: “cobro ejecutivo de obligaciones tributarias de dinero”.

En cambio, las sanciones por infracciones tributarias son perseguidas por Impuestos Internos mediante los procedimientos establecidos en el Título IV del Libro III del Código Tributario, a saber: a) Procedimiento General para la aplicación de sanciones previsto en el artículo 161 del Código Tributario; y b) Procedimientos Especiales para la aplicación de ciertas multas establecidos en el artículo 165 del Código Tributario.

Atendido lo expuesto en los párrafos anteriores para otras opiniones, al no existir norma expresa en el Código Tributario, correspondía aplicar el plazo de seis meses que para las faltas establece el artículo 94 del Código

Penal, remitiéndose a dicha norma en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Código Tributario.

Desde el 30 de julio de 1997, fecha de publicación de la Ley 19.506, esta discusión quedó definitivamente zanjada, al incorporarse el siguiente inciso tercero al artículo 200 del Código Tributario:

“En los mismos plazos señalados en los incisos anteriores y computados en la misma forma prescribirá la acción del Servicio de Impuestos Internos para perseguir las sanciones pecuniarias que accedan a los impuestos adeudados”.

De este modo el plazo de prescripción será de tres años por regla general y de seis años cuando se trate de perseguir las sanciones pecuniarias, que accedan a **impuestos sujetos a declaración**, cuando ésta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa.

A.2. Infracciones administrativas

Se les ha definido como *“toda violación culpable de una obligación, de un deber o de una prohibición tributaria, sancionada por la ley con una sanción administrativa”*.⁴

Dentro de la enumeración del artículo 97 del Código Tributario, pueden calificarse como infracciones administrativas las de los números 1, 2 inciso 3º, 3, 6, 7, 10, salvo el caso previsto en el inciso 3º, 15, 16, 17, 19, 20, y 21 del artículo 97 y las infracciones previstas en el artículo 109 del mismo cuerpo legal.

III. Prescripción de la acción para perseguir las infracciones administrativas

Del mismo modo que en el caso anterior, antes de la Ley 19.506, el Código Tributario no contemplaba una norma expresa sobre la prescripción de la acción para perseguir estas infracciones, lo que generó la misma discusión en cuanto a cuál era el plazo de prescripción aplicable en la especie.

Desde el 30 de julio de 1997, fecha de publicación de la Ley 19.506, esta discusión quedó zanjada, al incorporarse el siguiente nuevo inciso final al artículo 200 del Código Tributario:

⁴ Pedro Massone Parodi, Obra citada, pág. 291.

“Las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto, prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”.

En consecuencia, todas estas infracciones prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se cometió la infracción. Así ocurre, por ejemplo, la infracción del N° 10 del artículo 97 del Código Tributario, esto es, la **no emisión de documentos**, prescribirá en tres años desde la fecha en que el documento debía ser emitido sin que ello haya ocurrido.

IV. Prescripción de la acción derivada de los delitos tributarios

Para tratar el tema de la prescripción de la acción emanada de los delitos tributarios hay que distinguir –en nuestra opinión– las siguientes situaciones:

1. El Servicio de Impuestos Internos o el Consejo de Defensa del Estado ejercen la acción penal por delito tributario de acuerdo a la facultad otorgada por el actual inciso 1º del artículo 162 del Código Tributario.

Como en dicho caso se está ejerciendo una **acción penal corporal**, se aplica lo dispuesto en el artículo 114 del Código Tributario, que señala:

“Las acciones penales corporales y las penas respectivas prescribirán de acuerdo con las normas señaladas en el Código Penal”.

En consecuencia, se aplicarán las normas que sobre la prescripción de la acción penal se establecen en los artículos 93 número 6, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 del Código Penal.

Procede aplicar todas estas normas en virtud de lo señalado en el artículo 114 del Código Tributario, precedentemente transcrito y, además, por cuanto no existe ninguna norma especial del referido Código que excluya su aplicación en materia penal-tributaria.

La aplicación de las señaladas normas significará que la mayoría de los delitos de que trata el artículo 97 del Código Tributario prescribirán en cinco años, por tratarse de simples delitos. Ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal.

Así, los delitos previstos en el N° 4 inciso 1º final, números 5, 8, 9, 10 inciso 3º, 12, 13, 14, 18, 22 y 23 del artículo 97 prescribirán en el plazo de

cinco años. Lo mismo ocurre en el caso del delito previsto en el artículo 100 del Código Tributario.

Hacen excepción a lo anterior los delitos contenidos en los incisos 2º y 3º del N° 4 del artículo 97 precitado, los que prescribirán en 10 años, por tratarse de crímenes, atendida su penalidad. Al efecto, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal.

En relación con el texto del artículo 94 del Código Penal, es necesario referirse a lo que dispone su texto en la parte que señala:

“Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieren penas privativas de libertad, se estará a la mayor”.

Esta norma tiene especial relevancia en los delitos tributarios previstos en el artículo 97 del Código Tributario, pues generalmente ellos tienen penas compuestas de multas y penas privativas de libertad.

Por lo tanto, si se ha ejercido la acción penal, para la aplicación de las normas del artículo 94 del Código Penal se estará a las penas privativas de libertad.

Más complejo es el problema cuando se trata de los delitos previstos en los números 4, 5 y 22 del artículo 97 del Código Tributario, los que tienen penas privativas de libertad compuestas.

Incluso más, en el caso de los delitos previstos en los incisos 2º y 3º del N° 4 del artículo 97 precitado, las penas privativas de libertad van desde el presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado mínimo, como en el caso del delito del inciso 2º, y del presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado medio, como ocurre en el caso del delito del inciso 3º.

Ahora bien, como en el texto actual del artículo 94 del Código Penal no se dice que para los efectos de la prescripción de la acción penal, tratándose de una pena compuesta, debe estarse a la mayor, útil es precisar cuál es el criterio que debe seguirse.

Al efecto, la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 9 de octubre de 1995, fijó la doctrina de que **tratándose de penas compuestas, para los efectos de la prescripción, debe estarse a la pena mayor**. Esta sentencia se



dictó en el Recurso de Queja Criminal Rol 125 y se publicó en *Revista C*
ceta Jurídica N° 184, correspondiente al mes de octubre del año 1995.

En dicho caso se trataba de un contribuyente condenado por el delito previsto en el inciso segundo del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, al cual los Sres. Ministros de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó le reconocieron la prescripción gradual prevista en el artículo 103 del Código Penal y, consiguientemente, le redujeron la pena privativa de libertad aplicada en la sentencia de primera instancia de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo.

La Excm. Corte Suprema, al acoger el recurso de queja, determinó que se había aplicado la prescripción gradual en un caso que no correspondía.

El criterio de la Excm. Corte se encuentra desarrollado en el considerando 4° de la sentencia de 9 de octubre de 1995, que se transcribe a continuación:

“Que si bien es cierto que la modificación que el artículo 19 de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, introdujo al artículo 94 del Código Penal, no precisó, expresamente, como lo hacía el texto primitivo, que tratándose de una pena compuesta, cualquiera que fuere, para los efectos de la prescripción, debía estarse a la pena mayor, cabe observar que no existe en la historia del establecimiento de esa ley ninguna razón que hiciera suponer un cambio de criterio del legislador. Fluye de la modificación legal que lo que se quiso aclarar fue que en el caso de las penas privativas de libertad y penas que no tuvieran dicho carácter, para el cómputo de la prescripción de la acción penal debe estarse al correspondiente a las penas privativas de libertad. De este modo, al no indicarse ahora, expresamente, qué ocurre cuando las penas compuestas lo fueron por distintos grados de penas privativas de libertad, debe concluirse que su situación debe resolverse igual a la que el artículo 19 de la Ley N° 18.857 contempló para idéntico caso respecto de las penas no privativas de libertad, esto es, que debe estarse a la pena mayor, toda vez que no se divisa por qué habría de adoptarse una posición distinta en uno y otro caso, siendo de advertir que un criterio igualitario fue el que se aplicó por más de un siglo en la vigencia del Código Penal, sin que se pensara en la necesidad de reformarlo. Por otra parte, lo lógico es que, tratándose de penas compuestas, se fije un lapso de tiempo que comprenda los distintos grados de la sanción y no que se deje de considerar uno de ellos, lo que sería arbitrario y carente de sentido”.

Estos términos de prescripción de la acción penal empiezan a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito (art. 95 del Código Penal).

En los mismos plazos señalados precedentemente, esto es, 5 años y 10 años, respectivamente, prescribirán las penas impuestas por sentencia ejecutoriada. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal.

El tiempo de prescripción de las penas comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiera ésta principiado a cumplirse.

2. El Servicio de Impuestos Internos decide no ejercer la acción penal por delito tributario

En caso que no se ejerza la acción penal y el Director del Servicio de Impuestos Internos ordena al Director Regional que notifique al contribuyente un acta de denuncia por la infracción y aplicar la **multa** correspondiente, cabe preguntarse cual será la situación de la prescripción.

Sobre esta materia existen dos opiniones, a saber:

PRIMERA OPINION:

El Servicio de Impuestos Internos sostiene en la Circular 48 de 1997 y en la Circular 73, de 11 de octubre del año 2001, que corresponde aplicar los plazos de 5 o 10 años previstos en el artículo 94 del Código Penal: **“atendida la pena corporal teórica que en cada caso haya establecido el legislador”** (Circular 73 de 11 de octubre del año 2001, punto 11).

Así, en las páginas 22 y 23 de la Circular 48 de 1997, sostiene que la prescripción de tres años comprende sólo las **sanciones pecuniarias derivadas de las infracciones administrativas**; consecuentemente, no se aplica respecto de aquellas que se imponen como accesorias de la pena corporal, contempladas para contravenciones tipificadas como delito. En este último caso, la acción para perseguir la sanción pecuniaria prescribe en igual plazo que la acción penal corporal, aunque no se inicie juicio criminal, y la acción se deduzca con arreglo al procedimiento del artículo 161 del Código Tributario.

Lo curioso es que en esta primera circular, el Servicio de Impuestos Internos **no da ningún fundamento legal** a esta opinión.

En tanto, en la Circular 73 del año 2001, señala como fundamento de su tesis que para determinar: “en estos casos, el plazo de prescripción que afecta a la acción del Servicio para perseguir la aplicación de sanciones debemos recurrir a las normas del Código Penal, toda vez que en el Código Tributario no existe normativa aplicable” (Circular 73, punto 11).

A continuación –partiendo de este errado criterio– señala que para clasificar los delitos tributarios de “crímenes” o de “simples delitos” debe obviarse la sanción pecuniaria y atender únicamente a la sanción corporal, por cuanto: “en el caso que se haya optado por perseguir únicamente la sanción pecuniaria, es una multa, razón por la cual no es posible atender a ella para calificar el hecho como crimen, simple delito o falta. Ello por cuanto la multa, por expresa disposición legal, no es una pena exclusiva de crimen, simple delito o falta, sino que, por el contrario, es una pena común a las tres clases mencionadas. De esta forma, para poder clasificar el hecho típico como crimen, simple delito o falta, debemos obviar la sanción pecuniaria y atender únicamente a la sanción corporal”.

En nuestra opinión la tesis de Impuestos Internos es jurídicamente errada, por cuanto **sí existe norma especial sobre la materia**, a saber, el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, puesto que cuando se notifica un **acta de denuncia** por este tipo de infracciones la **única pena concreta** que se le puede aplicar al contribuyente en el juicio respectivo es una **sanción pecuniaria**, que **no accede al pago de un impuesto**, y los presupuestos legales para dar aplicación a la señalada norma legal son –precisamente– que se trate de una **sanción pecuniaria que no acceda al pago de un impuesto**.

Es decir, aquí estamos frente a un caso que encuadra perfectamente en la situación prevista en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario.

SEGUNDA OPINION:

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia no ha compartido la tesis de Impuestos Internos.

Se fundamenta esta opinión en que en estos casos el Servicio de Impuestos Internos en la especial naturaleza de la acción que se está ejerciendo cuando el Director de Impuestos Internos decide no ejercer la acción penal.

En efecto, en tales casos no se está ejerciendo una acción penal corporal, desde que con la notificación del acta de denuncia sólo se busca aplicar al contribuyente una **sanción pecuniaria**, como lo es la **multa**.

Prueba de ello es lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 161 del Código Tributario, que establece el procedimiento que se aplica en estos casos. Dicha norma dispone:

“Las sanciones por infracción a las disposiciones tributarias que no consistan en penas corporales serán aplicadas por el Director Regional competente, o por los funcionarios que designe, conforme a las instrucciones que al respecto imparta el Director, previo el cumplimiento de los trámites que a continuación se indican”.

De acuerdo a dicha norma no estamos aquí frente a un procedimiento en que se conozca del ejercicio de una acción penal corporal y, por lo tanto, no es legalmente posible aplicar las normas de prescripción del Código Penal, pues el artículo 114 del Código Tributario **sólo** lo permite tratándose de acciones penales corporales y de las penas respectivas.

Tanto es así que la Excma. Corte Suprema le ha dado a este procedimiento la naturaleza de contencioso administrativo, tal como consta en el Considerando 7º de la sentencia de fecha 19 de abril del año 2000, pronunciada por los Sres. Ministros de la 3ª Sala del Excmo. Tribunal en autos Rol 32-2000. Por esta razón es que en dicho fallo estimó que en el procedimiento del artículo 161 del Código Tributario los sentenciadores no pueden aplicar de oficio la prescripción, conforme al artículo 102 del Código Penal, por cuanto: “ese instituto opera en el ámbito del proceso penal inquisitivo, en que no sólo se establece el requisito de presencia mencionado por el recurrente, sino también otros que deben ser materia de investigación, lo que resulta impropio en el presente caso, en que se trata de una materia contencioso administrativa”.

Por lo expuesto, no cabe duda de que la norma de prescripción que corresponde aplicar es la señalada en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, que dispone:

“Las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”.

O sea, la prescripción en estos casos es de tres años, contados desde la fecha en que se cometió la infracción.

Corresponde aplicar dicha disposición por tratarse de la **norma especial** que regula esta materia, atendido que en el caso concreto de que se trata, la única sanción que se puede aplicar es una **sanción pecuniaria**.



Ahora bien, como la norma contenida en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario se incorporó al Código precitado sólo en virtud de la Ley 19.506, de 30 de julio de 1997, es necesario determinar cuál será la prescripción que se aplicará a las infracciones acaecidas **antes** de la dictación de la Ley 19.506, atendido que con anterioridad a dicha norma no existía en el Código Tributario una disposición que regulara la prescripción de estas infracciones.

En nuestro concepto, atendido que en concreto en dicha situación sólo se podrá aplicar al contribuyente una pena de multa, procede aplicar aquí la prescripción de seis meses prevista en el artículo 94 del Código Penal para las faltas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Código Tributario, que señala:

“En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales”.

Lo que se ha señalado es compartido por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que, a partir de la sentencia publicada en la *Revista Gaceta Jurídica* N° 221, correspondiente a noviembre de 1998, la que acogió un recurso de casación en el fondo deducido por un contribuyente sancionado con multa por infracciones previstas en los incisos 1° y 3° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario **anteriores a la Ley 19.506**, resolvió que las infracciones anteriores 30 de julio de 1997 prescribían en el plazo de seis meses, dando a entender que aquellas infracciones acaecidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 19.506 prescriben en el plazo de tres años.

La doctrina de la Excma. Corte Suprema se contiene en el fallo de casación de 19 de noviembre de 1998 y es la siguiente:

“3°. Que el segundo capítulo de la casación del contribuyente se funda en que la sentencia habría incurrido en error de derecho al aplicar la prescripción contemplada en los artículos 200 y 201 del Código Tributario, sin reparar en que la naturaleza punitiva del artículo 97 de ese Código, impone aplicar las normas de la prescripción penal, esto es, el artículo 94 del Código Penal”;

4°. Que por Ley N° 19.506, publicada en el Diario Oficial de 30 de julio del año pasado, se modificó, entre otras disposiciones, el artículo 200 del Código Tributario, agregándole un inciso final, en el cual se establece que *“las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto, prescribirán en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”;*

5º. Que la referida modificación ha dejado en claro que antes de su vigencia, no existía norma expresa que reglara el tiempo en que prescribían las acciones del Fisco para perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias como la de autos; en consecuencia, y tratándose de normas especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en los artículos 200 y 201 del Código Tributario, debían aplicarse supletoriamente las normas del derecho común que, según la materia específica, corresponda traer a colación;

6º. Que, en la especie, se trataba de hacer efectiva la responsabilidad infraccional del contribuyente por hechos acaecidos antes de la Ley N° 19.506; por lo tanto, el derecho común aplicable es el Código Penal, específicamente su artículo 94, en cuanto dispone que, respecto de las faltas, la acción prescribe en seis meses, y su artículo 95, que determina que ese tiempo se cuenta desde el día de la comisión del hecho respectivo;

7º. Que, en consecuencia, la sentencia ha incurrido en error de derecho al dejar de aplicar al caso de autos las disposiciones citadas del Código Penal y preferir los artículos 200 y 201 del Código Tributario; y si se considera que la última infracción denunciada se habría cometido en diciembre de 1993, no obstante lo cual la denuncia es de octubre de 1995, fecha a la que se hallaba vencido con largueza el antedicho plazo de seis meses, el error demostrado ha influido substancialmente en lo decisorio del fallo, porque de no mediar él, se habría declarado prescrita la acción fiscal”.

Por lo tanto, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial precitada –considerandos 6º y 7º–, **prescribe en seis meses** la acción derivada de infracciones tipificadas como delito tributario en las que no se ejerció la acción penal, **cuando se trata de hechos acaecidos antes de la vigencia de la modificación introducida al artículo 200 del Código Tributario por la Ley 19.506**, esto es, hechos ocurridos antes del 30 de julio de 1997.

Conforme a la misma doctrina –considerandos 4º y 5º–, **prescribe en tres años** la acción derivada de infracciones tipificadas como delito tributario en las que no se ejerció la acción penal, **cuando se trata de hechos acaecidos vigente la modificación introducida al artículo 200 del Código Tributario por la Ley 19.506**, esto es, hechos ocurridos con posterioridad al 30 de julio de 1997.

Confirmando la doctrina antedicha, con fecha 2 de septiembre de 1999, la Excm. Corte Suprema resolvió que en tales casos procedía aplicar la prescripción de tres años prevista en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario. Así consta en los considerandos 2º a 5º de la sentencia de casación de 2 de septiembre de 1999, dictada en autos rol N° 1.132-99.

La actual aplicación en los casos de infracciones posteriores al 30 de julio del año 1997, de la prescripción de 3 años prevista por el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, se ve reafirmada por el hecho de que en la página 20 del **Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inició el proyecto de ley que establece normas para combatir la evasión tributaria**, se proponía la siguiente modificación al artículo 114 del Código Tributario:

“ñ) Incorpórase el siguiente inciso final al artículo 114:

“La norma del inciso anterior se aplicará también cuando el Director resuelva no deducir querrela ni denuncia y la sanción pecuniaria deba aplicarse con arreglo al procedimiento general establecido en el artículo 161”.

La norma propuesta se rechazó durante la tramitación legislativa del señalado proyecto de ley, que se transformó en la Ley 19.578, de 19 de junio del año 2001.

La indicada norma propuesta en el Mensaje del Ejecutivo confirma la actual aplicación del plazo de prescripción de 3 años, por cuanto no es lógico pensar que el Poder Ejecutivo iba a proponer una modificación legal para regular un tema que ya estaría resuelto en el artículo 94 del Código Penal.

Por otra parte, atendido lo dispuesto en el inciso 7º del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, en el inciso 1º del artículo 3º del Código Tributario y en el artículo 18 del Código Penal, incluso es posible aplicar en los casos de infracciones anteriores al 30 de julio del año 1997 la prescripción de 3 años prevista en el nuevo inciso final del artículo 200 del Código Tributario. Ello es así por cuanto el referido inciso final del artículo 200 del Código Tributario (incorporado al texto por la Ley 19.506) puede ser calificado como una ley que favorece al afectado.

Como se sabe, estas normas pueden ser aplicadas con efecto retroactivo en virtud de lo dispuesto en la norma constitucional precitada, que establece el principio de la **retroactividad benigna**, lo que está confirmado por el artículo 18 del Código Penal y el artículo 3º del Código Tributario. Así ocurriría, por ejemplo, en un caso concreto en que no haya sido alegada la prescripción de 6 meses y sí la de tres años, tratándose de infracciones anteriores a la vigencia de la Ley 19.506.

Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones

Alejandro Dumay Peña

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

UNIVERSIDAD DEL BÍO-BÍO

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Constituye una práctica frecuente –a pesar de expresas instrucciones de la Dirección del Servicio de Impuestos Internos y de la jurisprudencia en sentido contrario, según se consigna más adelante– el que se objeten facturas y se liquiden diferencias de IVA por privación de créditos fiscales, mediante la invocación de la supuesta inexistencia de la operación –(facturas ideológicamente falsas)–, sin otro antecedente que la circunstancia de no ser ubicable, en el domicilio declarado ante la administración, el emisor de la factura que da cuenta de la operación.

La sola referencia al hecho de que el emisor de la factura no ha cumplido con el pago del IVA y no es ubicable en su domicilio, en modo alguno puede constituir un antecedente que justifique una impugnación en el sentido de que el documento da cuenta de una operación inexistente. Ello, por las razones que pasan a señalarse:

1. Porque, como lo ha señalado la jurisprudencia (Considerando 6 de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 18.5.88, dictada en los autos Cartes Flores, Luis, con Servicio de Impuestos Internos): “La referencia del fiscalizador informante acerca de la situación tributaria de quienes aparecen otorgando los mencionados documentos no puede afectar en modo alguno al reclamante, ya que no cabe responsabilizar a éste de la conducta asumida por aquellos con quienes tuvo negociaciones”.

2. Porque, como también lo ha señalado la Excma. Corte Suprema (Considerando 5 de la sentencia de 16.8.99 dictada en los autos Rol 868-99, Rafael Bozo Olate con SII): “Las circunstancias fácticas que se denuncian como irregulares –no haber sido ubicados en sus domicilios los proveedores que se señalan, y por no ser declarantes– no corresponden a las situaciones de hecho contempladas en el artículo 23 N° 5 del Decreto Ley 825”.

3. Porque, como lo ha señalado la Dirección del Servicio de Impuestos Internos al impartir instrucciones sobre la materia, en la Circular N° 60, de 4 de septiembre de 2001: "Las circunstancias de no ser ubicado el presunto emisor del documento en el domicilio indicado en éste, de no ser concurrente a notificaciones del Servicio o de encontrarse observado negativamente en los sistemas informáticos que mantiene la administración tributaria, no constituyen, por sí solas, presunciones que justifiquen la calificación de "factura falsa". En su caso, para llegar a esta calificación, deberán considerarse aquellos elementos que, en conjunto con otros antecedentes, permitan arribar válidamente a tal conclusión".

4. Porque la imputación de falsedad ideológica a las facturas debe ser acreditada con fundamentos, como lo señala la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, de 28.8.2002, dictada en la causa Rol 523-97 y publicada en el N° 593 del Boletín del Servicio de Impuestos Internos.

Sólo en esos términos cobran aplicación las normas que ponen el peso de la prueba de cargo del contribuyente, para efectos de desvirtuar las impugnaciones concretas del fiscalizador y no para acreditar efectividad de operaciones sólo en razón de haberse impugnado tal efectividad.

Con relación a esta misma materia, pueden formularse las siguientes consideraciones adicionales:

a) Las liquidaciones de impuesto, sea en cuanto equivalentes a una demanda o en su sola calidad de actos administrativos, deben ser fundadas y es sobre la base de tal supuesto que la ley pone el peso de la prueba de cargo del contribuyente, para efectos de desvirtuar impugnaciones concretas, es decir, para hacerse cargo de los hechos, antecedentes o circunstancias que invoca el liquidador en respaldo de los cobros.

En esos términos deben rechazarse las impugnaciones que carezcan de todo asidero o respaldo, como es el caso del planteamiento por el cual el fiscalizador se limita a asumir la inexistencia de operaciones mientras no se acredite lo contrario.

Tal predicamento infringe la norma del artículo 21 del Código Tributario, en la parte que prohíbe al Servicio desentenderse de los antecedentes proporcionados por el contribuyente. En este caso, las facturas, guías de despacho, documentos de pago u otros, que dan cuenta de operaciones que, a lo menos en principio, deben tenerse por efectivas, en tanto no se consigne algún antecedente concreto que permita asumir lo contrario.

b) La circunstancia de que el contribuyente emisor de una factura no haya cumplido con sus obligaciones de declaración y pago del impuesto, y no haya dado cumplimiento a los requerimientos del Servicio, lejos de constituir un elemento o antecedente que pudiera hacer presumir que las operaciones a que se refieren las facturas son inexistentes, en realidad constituyen una razón para asumir lo contrario.

Si el contribuyente emisor de la factura no hubiere realizado la operación de que ella da cuenta, no adeudaría IVA, tributo que se genera con motivo de la realización de operaciones gravadas.

Por lo tanto, si el emisor no hubiere realizado las operaciones consignadas en las facturas, no se ocultaría del Servicio de Impuestos Internos, ni asumiría las conductas indicadas, puesto que ningún impuesto adeudaría, ni tendría razón alguna para sustraerse de la acción fiscalizadora. En consecuencia, la conducta del emisor de la factura, que se pretende invocar como fundamento de la supuesta inexistencia de las operaciones, en realidad no hace sino confirmar que éstas tuvieron existencia real y, precisamente, en razón de su realización, se devengaron tributos que el emisor de la factura ha debido declarar y pagar y sólo de ese modo se explica que el emisor de la factura, consciente del incumplimiento de sus obligaciones, no concurra a las notificaciones del Servicio.

La conducta del contribuyente emisor de la factura –que reconoce una obligación incumplida– no hace sino corroborar la efectividad de las operaciones consignadas en el documento y lejos de constituir un antecedente que justifique poner en duda la efectividad de éstas, hace presumir que las operaciones efectivamente se realizaron y es precisamente por ello que se generaron impuestos que, sin embargo, no fueron objeto de declaración y pago por el obligado, lo que explica la conducta del contribuyente emisor.

c) En los términos indicados, cuando el Servicio objeta un crédito fiscal por supuesta inexistencia de la operación, en razón de que el emisor de la factura no ha efectuado declaración y pago del impuesto, incurre en una manifiesta contradicción.

En efecto, si la operación no tuvo existencia real, no existiría ningún impuesto adeudado por el emisor de la factura, ya que el IVA no es un impuesto instrumental que se devengue con motivo de la emisión de un documento, sino que un tributo que grava las ventas o servicios.

d) De acuerdo a lo que se ha venido señalando, las liquidaciones que se practican por concepto de falsedad ideológica no sólo deben estar respal-



dadas por algún fundamento o antecedente que justifique la imputación del fiscalizador. En ellas debería expresarse, con claridad y precisión, la opinión o conclusión del funcionario respecto a la naturaleza de la situación que motiva el requerimiento, desde el momento que existen dos alternativas con características y efectos totalmente diversos.

Si se asume que la operación de que da cuenta una factura no tuvo existencia real, tal documento no podría ser generador, ni de un crédito, ni de un débito fiscal.

Como se ha dicho, el IVA no es un impuesto instrumental, ni se devenga por la emisión del documento.

Lo que produce el devengamiento del IVA es la ocurrencia del hecho gravado –la realización de una venta o la prestación de un servicio– y la emisión de la factura es, de acuerdo a la ley, un hecho o circunstancia que puede anticipar el devengamiento del tributo, pero sobre la base de la existencia de la venta o servicio de que la factura da cuenta.

Por lo tanto, si en definitiva no tuvo lugar la venta o prestación, y se trata de una factura erróneamente emitida, no cabe asumir la existencia de un crédito, pero tampoco pudo generarse débito fiscal alguno.

Sin embargo, el común de las liquidaciones que se fundan en la supuesta inexistencia de las operaciones hacen referencia expresa al incumplimiento en que ha incurrido el emisor de las facturas, respecto a la declaración y pago del débito fiscal, lo que resulta inconsistente.

La otra alternativa supone que, deliberadamente, supuestos vendedor y comprador –o prestador y beneficiario del servicio, en su caso– se coludieron a efectos de simular la realización de una operación inexistente, con el objeto de defraudar al Fisco, por la vía de la generación de una factura que sería aprovechada por el destinatario –crédito fiscal–, sin que el emisor asumiera las obligaciones correlativas.

En tal caso, estaríamos frente a un fraude, constitutivo de delito tributario, cuya denuncia el fiscalizador no podría omitir, a efectos de posibilitar la interposición de la correspondiente querrela.

De la revisión exhaustiva de una multiplicidad de liquidaciones, realizada con motivo de nuestro trabajo *El Crédito Fiscal frente a la Factura Falsa* (Editorial Jurídica ConoSur. Año 2000), se advierten deficiencias en relación a los siguientes puntos específicos:

I. Un planteamiento híbrido por parte del fiscalizador, que omita pronunciamiento respecto de las alternativas planteadas, esto es, en las que no existe un pronunciamiento sobre los antecedentes de hecho: factura errónea o emitida deliberadamente con propósito fraudulento.

A mayor abundamiento, la referencia al débito fiscal no declarado ni pagado por el emisor permite asumir el supuesto de una operación real, generadora de un verdadero débito fiscal que se encuentra impago y que resulta incompatible con la inexistencia de la operación –inexistencia del hecho gravado– que se denuncia.

En esos términos, si el problema reside en una operación real, generadora de obligaciones tributarias a las que el emisor de la factura no ha dado cumplimiento, el fundamento de la impugnación se desvirtúa absolutamente.

En cambio, si no existió operación gravada, y estamos frente a un fraude constitutivo de delito tributario, el emisor del documento no sería un contribuyente deudor de IVA –como se consigna en la mayoría de las liquidaciones–, sino que un delincuente tributario que debe responder de las multas y sanciones corporales que expresamente señala la ley para tal efecto.

II. Una inconsistencia, en materia probatoria, en relación a la simulación y al fraude que eventualmente se denuncia.

Tanto la simulación, y con mayor razón la comisión de un delito, requiere ser probada por quien lo denuncia.

En cambio, como se ha venido señalando, las impugnaciones de facturas, por supuesta inexistencia de la operación, carecen de respaldo probatorio y, en la mayoría de los casos, de antecedentes mínimos de sustentación.

En contraposición a los conceptos que se han venido planteando, ha primado la tesis de que el liquidador, en cuanto fiscalizador, está dotado de facultades para impugnar la documentación y el crédito fiscal, sin expresión de causa, de modo que la carga probatoria se traslada al contribuyente.

Sin embargo, tratándose de una impugnación fundada en supuesta inexistencia de la operación –lo que necesariamente implica una imputación de simulación y, eventualmente, de un fraude–, el criterio de relevar al fiscalizador de toda carga probatoria, al extremo de aceptar que se omita consignar los hechos o antecedentes que lo llevan a estimar que la operación no se ha realizado, no resulta jurídicamente aceptable.

Además, tal predicamento da base para una ilegalidad, al posibilitar que, en el hecho, la supuesta inexistencia de la operación se utilice como mero pretexto para la privación de créditos fiscales, por la sola circunstancia de encontrarse impago el correlativo débito fiscal.

Como las causales de pérdida del derecho a crédito no son otras que las que taxativamente consigna el artículo 23 del DL 825 –que no incluye la falta de pago del IVA por el emisor de la factura–, las liquidaciones que se fundan en la supuesta inexistencia de la operación, que no respaldan tal acusación y que, en cambio, ponen énfasis en el no pago del impuesto por parte del vendedor o prestador de servicios, deberían ser examinadas acuciosamente por el tribunal competente.

Si la operación efectivamente no hubiere tenido lugar, estaríamos frente a un caso de simulación, que de acuerdo a la jurisprudencia debe ser acreditada por quien la denuncia y, tratándose de una simulación fraudulenta, correspondería dar aplicación a la normativa procesal propia de los delitos tributarios.

Lo que en gran medida ha confundido a los tribunales llamados a conocer de esta materia es la deficiente redacción de la norma que se contiene en el N° 5 del art. 23 del DL 825, que parece poner de cargo exclusivo del contribuyente la obligación de acreditar la efectividad material de la operación.

Sin embargo, a través del análisis de la historia fidedigna de la ley y de otros antecedentes, creemos haber demostrado, en el trabajo a que se ha hecho referencia –*El Crédito Fiscal frente a la Factura Falsa*–, que las exigencias a que se refieren los incisos segundo y siguientes de la citada norma suponen la acreditación previa de la concurrencia de alguna de las causales de pérdida del derecho a crédito a que se refiere la indicada disposición legal en su inciso primero.

En cualquier caso, consideraciones elementales de justicia y equidad justifican que el tribunal que debe conocer de una causa originada en impugnación de facturas por supuesta inexistencia de las operaciones de que ellas dan cuenta, requiera al funcionario fiscalizador un pronunciamiento sobre cuestiones esenciales, inherentes a una impugnación de tal naturaleza:

A. Razones o circunstancias han llevado al funcionario a estimar o concluir que las operaciones de que dan cuenta las facturas no se han efectuado, es decir, no han tenido existencia real, y

B. Si, de acuerdo a los antecedentes investigados o que obran en poder del Servicio, se trataría de facturas emitidas erróneamente, por ventas o servicios que no han tenido lugar, o de una simulación fraudulenta, en que los contribuyentes involucrados se han coludido para dar cuenta de una operación no efectuada, con el único propósito de dañar el interés fiscal.

Sólo en esos términos el tribunal podrá quedar en situación de resolver adecuadamente la controversia, imponer al reclamante la carga probatoria que efectivamente corresponda y dar estricta aplicación a la norma del art. 23 N° 5 del DL 825, la cual, en su inciso final, señala expresamente, que la acreditación del pago de la factura mediante cheque nominativo, y demás exigencias a que la norma se refiere, carecerán de toda validez en los casos de fraude, vale decir, cuando se trate de operaciones efectivamente simuladas, en que el supuesto comprador o beneficiario del servicio se hubiere coludido con el emisor para generar la apariencia de una operación inexistente.

En cambio, el predicamento de dar curso a la liquidación, para limitarse a verificar si el contribuyente acredita el pago mediante cheque nominativo o aporta antecedentes sobre la efectividad material de las operaciones a que se refieren las facturas impugnadas por el liquidador, difícilmente podrá permitir una adecuada resolución de las controversias sobre impugnación de créditos fiscales por supuesta inexistencia de la operación.



Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink

Francisco Pfeffer Urquiaga

Profesor

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Aún no se conocen todos los detalles sobre uno de los casos más impactantes que en los últimos años le ha tocado vivir al mercado de capitales chileno. El llamado caso Banco Central-Corfo-Inverlink.

Se sabe que el desfalco bordea a lo menos los 106 millones de dólares en papeles sustraídos de la Corfo;

- que todo comenzó al descubrirse la filtración de información privilegiada desde la presidencia del Banco Central a un importante ejecutivo del Grupo Inverlink;
- que el escándalo se agudizó cuando se denunció la sustracción de papeles de la Corfo y se descubrió que estos circularon velozmente en el mercado de capitales, pasando de mano en mano entre los más diversos operadores y terminando, en la mayoría de los casos, en cartera de los fondos mutuos;
- que los antedichos papeles fueron puestos en circulación por ejecutivos y/o personeros vinculados al Grupo Inverlink en complicidad con funcionarios de Corfo, lo que dio las primeras señales de que se estaba en presencia de una operación organizada y bien montada por personeros de ese grupo empresarial;
- que las primeras reacciones de las autoridades políticas de gobierno originaron una crisis de iliquidez, desconfianza y paralización en el mercado del dinero que no se veía desde la crisis de los 80 y que significó un retiro masivo de recursos y partícipes del sistema de administración de fondos de terceros;¹

¹ La ya celebre "Teoría del Jarrón". Cifras extraoficiales hablan del retiro aproximado de 600 millones de dólares del sistema de fondos mutuos durante los primeros días del escándalo, motivado principalmente por la incertidumbre que se generó en el mercado acerca de quién debía asumir las pérdidas de los papeles sustraídos de la Corfo. Además, el mercado de instrumentos de renta fija estuvo paralizado casi por completo durante los mismos primeros días.

- que las primeras investigaciones judiciales confirmaron los temores iniciales, en cuanto a que se estaba en presencia de un conjunto de operaciones estructuradas y bien organizadas por el citado grupo empresarial destinadas a captar recursos financieros y que se habían realizado durante mucho tiempo;
- que la referida asociación empresarial operaba con tentáculos en organismos públicos (Banco Central, Corfo) y privados (operadores de mesas de dinero en bancos, empleados de corredores de bolsa, etc.), lo que hacía relativamente fácil el uso de la información privilegiada ilícitamente obtenida y la circulación en el mercado de capitales de los papeles sustraídos de Corfo, circunstancias ambas, entre otras, que ahora explican el rápido y explosivo crecimiento del Grupo Empresarial Inverlink;
- que los organismos fiscalizadores no detectaron ninguna irregularidad en el prolongado funcionamiento de las entidades que formaban parte del citado grupo empresarial y que se encontraban bajo su control, actuando sólo cuando el escándalo ya había estallado;
- que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora de la autoridad se manifestó mediante la intervención de la Compañía de Seguros administrada por el grupo Inverlink, la aplicación de multas a diversos ejecutivos del grupo empresarial por infracciones varias a la ley de mercado de valores y de sociedades anónimas y a través del ejercicio de acciones civiles y penales dirigidas contra los mismos personeros;
- que en los organismos públicos la responsabilidad de “mando” se hizo efectiva con la renuncia del Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo, del Presidente del Banco Central y del Superintendente de Valores y Seguros, todos personeros de reconocida competencia técnica en el ámbito de sus funciones;
- que en el ámbito privado los hechos anteriormente descritos desencadenaron el desmoronamiento del denominado Grupo Inverlink, encontrándose en la actualidad sometidos a proceso sus principales ejecutivos, en procedimiento de quiebra su sociedad matriz, de la cual dependen sus filiales más importantes, como son la AFP, Cía. de Seguros e Isapre, y sujeta a intervención judicial la administración de los restantes activos del grupo;
- que de igual modo significó la paralización transitoria del mercado de papeles de renta fija en los días más críticos del escándalo, un serio cuestionamiento a la actuación de los organismos fiscalizadores involucrados, un grave daño al activo máspreciado de todo mercado de capitales, como lo es la confianza pública, y colocó nuevamente en debate la añosa disputa entre quienes quieren más y estrictas regulaciones versus quienes pretenden más libertad y autocontrol.

A partir de los hechos indicados, de los cuales sólo hemos tomado conocimiento por la difusión que de los mismos ha efectuado la prensa nacional, revisaremos cómo funcionaron las instituciones y mecanismos introducidos por las últimas reformas a la legislación bancaria y de mercado de valores, a fin de precisar si es realmente necesario introducir mayores y más estrictas regulaciones en el funcionamiento del mercado de capitales, como al parecer sería la intención del Ejecutivo al abordar las próximas reformas a la legislación que lo regula, o si ello, de ocurrir, sólo creará nuevos costos de transacción que tornará ineficiente el marco regulatorio dentro del cual se desarrolla el mercado de capitales chileno.

I. El costo de la regulación

Bien se sabe que la competencia es muy saludable para el funcionamiento de los mercados.

Un mercado en competencia es garantía de que los recursos y factores productivos se asignen correcta y eficientemente y que los bienes y servicios alcancen niveles de calidad, estética y precio inigualables.

También se sabe que el mercado perfectamente competitivo es sólo un modelo de análisis cuya reproducción en la realidad humana ha sido una pretensión inalcanzable hasta la fecha. Sólo existen mercados con diversos niveles de imperfección y el óptimo al que se pretende llegar, mediante la mano reguladora de la autoridad, es precisamente el de acercarse lo más posible al modelo de mercado perfecto.

La regulación en los mercados imperfectamente competitivos –aquellos en donde los niveles de competencia por sí solos no son capaces de garantizar que los recursos y factores productivos se asignen correcta y eficientemente y que los bienes y servicios alcancen niveles de calidad, estética y precio óptimos–, pretende evitar que en éstos se originen pérdidas de eficiencia para la economía, se distorsione la correcta asignación de los recursos productivos y se produzcan situaciones de inequidad, desigualdad y de abuso de poder, generalmente en desmedro del consumidor o de la parte más débil de la relación contractual.

El instrumento de la regulación somete a la actividad productiva que opera en la lógica de un mercado imperfecto a un marco dentro del cual aquélla debe desenvolverse. La libertad para desarrollar esa actividad aparece así limitada por cuanto se debe ejercer dentro del marco definido por la ley.

Mediante los requisitos de acceso o barreras de entrada y los requisitos de permanencia impuestos por el legislador se amplía o restringe la libertad para que los agentes privados desarrollen la actividad productiva en particular.

La habilitación constitucional con que cuenta el legislador para regular la actividad productiva de los agentes privados no aparece precedida de una exigencia sustantiva o valórica que la fundamente, como sí se exige en la habilitación de que dispone el mismo legislador para prohibir ciertas y determinadas actividades económicas. El fundamento para prohibir ha de ser necesariamente que las actividades económicas sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

En cambio el legislador es soberano para regular. Lo podrá hacer con la finalidad de introducir orden en el desarrollo de una actividad, con el objeto de tutelar bienes jurídicos que posibilitan el funcionamiento de ciertos mercados, con el propósito de impedir abusos de quienes detentan posiciones de dominio, en fin, con el ánimo de salvaguardar principios que permitan el desarrollo de ciertas actividades económicas esenciales para el crecimiento económico del país. En general la mano reguladora del Estado en la economía liberal se justifica y legitima sólo para corregir las externalidades negativas, para regular los monopolios y equilibrar la oferta subóptima de bienes públicos.²

Cabe recordar que la habilitación para regular de que dispone el legislador enfrenta la limitante del numeral 26 del artículo 19 del Código Político, en cuanto este precepto garantiza que el instrumento de la regulación no podrá transformarse en una prohibición de ejercicio, al establecer que los requisitos de acceso y permanencia no podrán significar un impedimento al libre desarrollo de la actividad productiva.

En términos de eficiencia económica, el instrumento de la regulación no es neutro. Muchas veces origina costos mayores a los beneficios que con él se pretende alcanzar, por un incorrecto análisis de los efectos económicos de la norma jurídica que la contiene.

² Entendemos por bienes públicos aquellos que los mercados privados no producen en cantidades suficientes, porque no existen los incentivos adecuados para las empresas privadas, como por ejemplo, defensa nacional, administración de justicia, etc. "Es posible impedir a las empresas que arrojen vertidos imponiendo regulaciones, pero es mucho más difícil para los gobiernos fomentar la producción de bienes públicos. Estos son actividades económicas –que reportan grandes o pequeños beneficios a la comunidad– que no es eficiente dejar a la iniciativa privada. Importantes ejemplos son la provisión de defensa nacional y el mantenimiento del orden público interno, la construcción de una red de autopistas y la financiación de la ciencia básica y de la sanidad pública. Las empresas privadas no producen una cantidad suficiente de estos bienes públicos, porque los beneficios se dispersan tanto entre la población que ninguna empresa o consumidor tiene incentivos económicos para suministrarlos". Paul A. Sameulson, William D. Nordhaus. *Economía*, p. 51.

A partir de 1960, año en que Ronald Coase publicó su ya famoso *The Problem of Social Costs*, que dio origen al hoy más conocido como "Teorema de Coase",³ artículo seminal que originó una verdadera revolución económica en el campo legal en los Estados Unidos de Norteamérica, se viene cuestionando, cada vez con mayor fuerza, la eficacia de las intervenciones reguladoras del Estado.⁴

Como se sabe, la base del postulado coasiano sostiene que si los costos de transacción son cero o cercanos a cero, se producirá el resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derechos elegida.⁵

Dicho de otra forma. Las partes enfrentadas por un conflicto potencial lo resolverán independientemente de lo que diga la norma jurídica si la negociación entre ellas que concluirá en la solución más eficiente no tiene ningún costo de transacción.⁶

³ Coase, Ronald Harry. *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial, Madrid, España, 1994. Se trata de una obra constituida por reimpressiones de artículos ya publicados del mismo autor. El capítulo 6 se refiere al "Problema del Costo Social", publicado originalmente como "The Problem of Social Costs", en *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1 y ss., 1960.

⁴ La eficiencia es uno de los conceptos fundamentales de la economía. Se produce eficientemente cuando la economía no puede producir una mayor cantidad de un bien sin producir una menor cantidad de otro. La eficiencia de Vilfredo Pareto dice que una situación es eficiente si no hay ningún cambio posible de esa situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro. Véase Samuelson, Paul, y Nordhaus Willian. *Economía*, ob. cit., págs. 27 y ss. También a Polinsky, Mitchell, en *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ed. Barcelona, 1985.

⁵ Son costos de transacción aquellos desembolsos que las partes deberán cubrir para llevar a cabo una transacción de mercado. Estos dependerán de la transacción de que se trate. Caben dentro de esta categoría los costos asociados a las negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, el pago de asesores, la elaboración de los contratos, el precio de la información, las inspecciones para verificar el cumplimiento de los acuerdos, etc.

⁶ Coase postulaba que las partes mismas pueden negociar la solución eficiente –fuera del sistema legal o judicial– sin acudir al Estado para corregir las externalidades. En su artículo, Coase comenzó con el ejemplo de un médico cuya capacidad para examinar a sus pacientes se veía mermada por el ruido de la maquinaria de un confitero que trabajaba en el edificio contiguo. Históricamente, la opinión de los economistas y de los juristas sobre este tipo de situación era sencilla y clara: el ruido del confitero estaba perjudicando al médico y debería impedirle hacerlo. La idea clave de Coase consistía en que esta opinión pasaba totalmente por alto la naturaleza recíproca del problema. Es cierto que el ruido del confitero perjudicaba al médico, pero si quisiéramos impedirle hacerlo, le perjudicaríamos, pues, al fin y al cabo, hacía ruido, pero no para perjudicar al médico, sino para ganarse la vida. En este tipo de situaciones, una persona sale perjudicada, independientemente de lo que ocurra. El hecho de que el daño que causa el ruido al médico sea mayor que el daño que se causaría al confitero si se le prohibiera trabajar es una cuestión empírica. Según Coase, a ambas partes les interesa evitar el peor de estos dos resultados desagradables. La visión que se tenía anteriormente de las externalidades bajo la influencia de Pigou creó una tradición jurídica en la cual el confitero era declarado responsable, por lo general, de los daños que pudiera causar su ruido al médico, lo que no siempre era la solución más eficiente. Empero, según Coase, si el médico y el confitero pudieran negociar sin incurrir en costo alguno, se obtendría el resultado más eficiente, independientemente de que el confitero fuera responsable. Craig R. Giesze. "El Análisis económico de la información privilegiada en el Mercado de Capitales y Valores. ¿Justicia Ineficiente?" *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26 N°4, p. 810.

A partir de tales postulados, muchos concluyeron que si el Estado se abstenía de intervenir, los individuos siempre hallarían por su cuenta una solución eficiente. No obstante, el mismo Coase afirmaba muy claramente que esta conclusión sólo era válida en un mundo en el que las partes pudieran negociar incurriendo en un costo relativamente bajo.

Si los costos de transacción de las negociaciones privadas son altos o prohibitivos –muchas partes involucradas–, o si los derechos, obligaciones y responsabilidades legales entre los particulares son mal especificados, entonces el Estado debe intervenir para “lubricar” el proceso de negociación entre ellos. En este contexto, el Estado debe promulgar una ley o una norma jurídica cuyo efecto es reducir los costos de transacción de las negociaciones privadas o aclarar la asignación de los derechos, obligaciones y responsabilidades legales entre las partes, con la finalidad de facilitar el proceso negociador.

Por ende, en la lógica coasiana si existe alguna falla de mercado en la forma de una externalidad negativa –por ejemplo, la falta de información suficiente en los mercados de valores–; si los costos de transacción de las negociaciones privadas son bajos; y si los derechos, obligaciones y responsabilidades legales de las partes son bien establecidos y claros, entonces el Estado no debe intervenir de ninguna forma en el mercado, mediante la promulgación de una norma legal o juicio, para corregir la falla. La mano invisible de Adam Smith bajo estas circunstancias es más que suficiente para permitir que los particulares mismos solucionen su propio problema. En cambio, si los costos de transacción de las negociaciones privadas son muy altos, o si los derechos, obligaciones y responsabilidades legales entre los particulares son mal especificados, entonces el Estado debe aprobar una ley, con el fin de facilitar el proceso negociador entre los particulares.⁷

La aplicación y extensión del Teorema de Coase en el contexto de evaluar las sanciones más eficientes para castigar violaciones de las normas comerciales y civiles, llevó a Gary S. Becker a la conclusión sorprendente de que una multa es superior, en términos de eficiencia, a la sanción de la cárcel: “Si los individuos son neutrales al riesgo, el sistema eficiente de exigibilidad de la ley es aquel en el que la multa sea lo mayor posible –igual a la fortuna de los individuos cuyo comportamiento se requiere controlar–. Esto facilita el que la necesaria probabilidad de detección sea muy pequeña, a fin de ahorrar costos de ejecución. Adviértase que la razón de este resultado no depende de la magnitud de los costos impuestos a otros por la actividad perjudicial. Así, por ejemplo, si cierta actividad impusiese solo un costo de

⁷ Craig R., Giesze. Ob. cit., pp 813 y 814.



un dólar a otros, seguiría siendo eficiente utilizar una multa lo mayor posible (10.000 dólares, por ejemplo), a fin de lograr la disuasión óptima con el menor gasto posible en la ejecución.⁸

El análisis de Gary Becker demuestra que una multa muy alta casi siempre es superior, en términos de eficiencia, que el castigo de la cárcel para sancionar los delitos de cuello blanco, incluyendo aquellos tipificados en la ley de mercado de valores, porque esta última sanción implica enormes costos de administración y mantenimiento.

Los resultados empíricos presentados en el libro *Law and Economics*, recientemente publicado en español por los economistas estadounidenses Robert Cooter y Thomas Ulen, demuestran la eficiencia de la aplicación de multas altas, en vez de la cárcel, para castigar los delitos de cuello blanco, incluyendo aquellos tipificados en la ley de Mercado de Valores: "Cuando una disminución en la probabilidad de detectar un delito (ej. desde 50% a 10%) es igual al aumento en la magnitud del castigo (reemplazar la cárcel con una multa), entonces el costo esperado de un delito se queda igual para los reos. Pero los costos administrativos del Estado pueden cambiar. La probabilidad de ser atrapado y condenado depende en gran parte de los recursos que se asignen para detectar, arrestar y enjuiciar a los reos de delitos de cuello blanco –por ejemplo, del número y la calidad de auditores, peritos tributarios, fiscales, abogados, policía y los demás. Estos recursos cuestan mucho. En cambio, la puesta en práctica de multas es relativamente barata. Estos hechos implican... invertir poco en la detección y el enjuiciamiento de los infractores, pero multar severamente a los individuos atrapados. Se puede mostrar que se multaría el delito más grave hasta una cantidad igual a la fortuna de los individuos cuyo comportamiento se requiere controlar (El profesor Gary Becker llegó a esta conclusión en su famoso artículo citado por el Comité del Premio Nobel...). Además, se puede demostrar que la sanción de la cárcel es ineficiente, a menos que el Estado haya agotado completamente la opción de multas... Los costos sociales de la cárcel incluyen los costos directos del edificio, mantenimiento, trabajadores y el costo de oportunidad de perder la productividad de las personas encarceladas. Con respecto a los costos directos, se estima que el costo es entre US\$ 20.000,00 y US\$ 30.000,00 por año para mantener un reo en una cárcel de alta seguridad en los Estados Unidos. Encarcelando a más personas por más tiempo no es, tal vez, la manera más eficiente para reducir el número de delitos... Adviértase que se usan multas más en Europa occidental y la cárcel como método de castigo en los Estados Unidos...

⁸ Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. vol. 76, 1968, pp. 169 y ss. Citado por Craig R. Giesze. Ob. cit., p. 814.

La multa típica en los Estados Unidos es una multa fija, independiente de la fortuna del individuo, con multas máximas codificadas en las leyes penales. En cambio, muchos países europeos combinan el uso de una multa fija con una multa adicional (llamada "multa del día"), que se calcula de acuerdo al ingreso del individuo culpable".⁹

Por lo tanto, una multa muy alta, en vez de la encarcelación, es la sanción eficiente y preferible de los economistas para hacer cumplir con la exigibilidad de las leyes penales que regulan los delitos de cuello blanco. De esta forma, congruente con los estudios de Gary Becker, Robert Cooter y Thomas Ulen, el Estado debe aspirar a disminuir sus gastos de ejecución para regular ciertos delitos, sin sacrificar la disuasión óptima, reduciendo la probabilidad de detección, pero, al mismo tiempo, aumentando la multa proporcionalmente.¹⁰

De consiguiente, a la luz de los antecedentes sucintamente descritos, podemos concluir que la intervención reguladora del Estado sólo será eficiente, en el sentido económico de la expresión, si con ella disminuyen los costos de transacción existentes en el mercado; que, por el contrario, sería ineficiente si la mano reguladora del Estado sólo introduce mayores costos a la posibilidad de que los particulares asuman y resuelvan directamente los efectos de las externalidades negativas que enfrentan; que como expresión de la "justicia eficiente" el Estado debe privilegiar la sanción de los ilícitos tipificados en la legislación bancaria y de valores con pena de multa y no de cárcel, ya que ello le origina menores costos; en fin, que la existencia de un entramado complejo de normas, muchas veces difusas, confusas y difíciles de entender, como aquellas que conforman el marco regulatorio del mercado de capitales, originan, por sí solas, un costo que las puede tornar ineficientes.

No obstante la importancia que el Teorema de Coase ha tenido en el análisis de los efectos económicos de los marcos regulatorios, es necesario destacar también el aporte y la fuerte influencia que en estas mismas materias ha ejercido la Escuela Institucionalista o de Harvard.¹¹

Para estos autores el funcionamiento eficiente de los mercados sólo se al-

⁹ Robert Cooter y Thomas Ulen. *Economía y Derecho*, pp. 4-5, 420-24.

¹⁰ Craig R. Giesze. Ob. cit., p. 816.

¹¹ Los valiosísimos aportes doctrinales realizados por un conjunto de profesores de la Escuela de Economía de la Universidad de Harvard, destacándose entre ellos los conocidos economistas Andrei Shleifer y Robert W. Vishny. Estos autores destacan en sus estudios la importancia que tiene una adecuada protección a los accionistas para la creación de un mercado de valores profundo. Así, si el inversionista siente que sus derechos no están adecuadamente protegidos, debido a que el sistema legal es ineficaz frente a las posibles extracciones de riqueza de los directivos, abandonará tales mercados.

canza mediante la creación de un entramado de normas que garanticen la efectividad y certidumbre de los derechos de cada uno de los actores de ese mercado.

El mercado deja de ser eficiente y consecuentemente deja de cumplir los roles económicos que le son propios, cuando los actores que participan en él no cuentan con un marco de protección adecuado de sus derechos, razón por la cual, ante la sensación de desamparo, optan por no recurrir a él. En esta hipótesis el mercado no cumple ningún rol económico, razón por la cual la pérdida de eficiencia del mismo se origina por la falta de regulación y no por un exceso de la misma.^{12,13}

Revisaremos a continuación si las últimas reformas introducidas en la legislación bancaria y de mercado de valores fueron o no influidas por los conceptos antes analizados; si las normas e instituciones recién reformadas,¹⁴ tocadas por el caso Banco Central-Corfo-Inverlink, funcionaron eficiente y adecuadamente; o si, por el contrario, su funcionamiento defectuoso aconseja, en base al mismo concepto de eficiencia, introducirles algunas nuevas reformas.

II. La información privilegiada

Como se sabe, la Ley N° 19.705, publicada en el D.O. de 20 de diciembre del año 2000, más conocida como Ley de Opas, introdujo, entre otras, reformas al artículo 60 de la Ley de Mercado de Valores, al título XXI del mismo cuerpo legal y a los artículos 4º, 27 y 28 del D.L. N° 3.538, orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros. La Ley N° 19.301, de marzo de 1994, había reemplazado el antiguo artículo 13 por todo un título nuevo, el que lleva el número XXI, para tratar sistemáticamente el uso de la información privilegiada.

En el artículo 166, que establece las presunciones de conocimiento de información privilegiada y que determina los sujetos activos del delito de la

¹² Estos mismos economistas muestran abundante evidencia empírica que demuestra la directa relación existente entre la desprotección de los agentes de mercado y el abandono que ellos hacen de él.

¹³ Específicamente en relación con las regulaciones de los mercados de capitales, esta corriente de pensamiento propugna que sea el legislador el que debe instaurar un conjunto de instituciones legales que garanticen un adecuado nivel de protección al inversionista. En especial, las normas deben apuntar a establecer un adecuado nivel de información sobre las operaciones sociales; un marco regulatorio para las actividades de los accionistas controladores; y la necesidad de crear instancias intermedias que controlen con mayor eficacia la labor de los directivos.

¹⁴ Las reformas introducidas por la Ley N° 19.705 a la legislación sobre Mercado de Capitales, principalmente a la Ley de Mercado de Valores, de Sociedades Anónimas, de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, entre otros cuerpos legales, como así también, la modificación que experimentó la Ley General de Bancos por la Ley N° 19.528 y las leyes N° 19.705 y 19.769.

letra e) del artículo 60 de la LMV, se introdujo una nueva letra c) mediante la cual se amplía la presunción de conocimiento de información privilegiada a las personas controladoras o sus representantes, que realicen operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control.

Cabe recordar que uno de los objetivos principales de la Ley N° 19.705 fue el de regular las tomas de control, de modo tal que esta nueva presunción de conocimiento de información privilegiada debe entenderse establecida necesariamente en el contexto de una operación o negociación tendiente a la enajenación del control.¹⁵

Con esta nueva presunción de conocimiento de información privilegiada y a partir de la indeterminación e imprecisión del concepto de controlador, el universo de personas afectadas por esta presunción simplemente legal crece enormemente, lo que dificulta cualquiera posibilidad de negociación directa entre las partes en potencial conflicto. En la lógica del Teorema de Coase, con esta reforma puntual se aumentan los costos de transacción, por lo que se aleja una solución eficiente que pudieran negociar las partes en conflicto y se hace necesaria la intervención de la mano sancionadora de la autoridad.

En la misma línea de facilitar la sanción del uso indebido de información privilegiada, se agregó una letra q) al artículo 4° del D.L. N° 3.538, en cuanto se facultó a la Superintendencia de Valores y Seguros para estimar el monto de los beneficios, expresado en su equivalente en unidades de fomento, que hayan percibido los infractores al Título XXI de la Ley N° 18.045, señalándolo en la resolución que aplica la sanción, estableciendo además que la Superintendencia, para el solo efecto de velar por los intereses de los terceros perjudicados, según lo previsto en el artículo 172 de la Ley N° 18.045, podrá solicitar al tribunal competente que decrete las medidas precautorias que la ley señala. Ello debería traducirse en una mayor facilidad para que los afectados insten por la reparación de los perjuicios que la infracción a estas normas les originan.

En la misma dirección se modificaron los artículos 27 y 28 del D.L. N° 3.538, al aumentar las multas que puede aplicar la S.V.S. por infracción a las normas bajo su control, entre las que figuran aquellas que prohíben el uso de información privilegiada, desde 1.000 unidades de fomento hasta 5.000 U.F., cantidad que se puede aumentar en tres o cinco veces en el evento de haber reiteración. Ello es sin perjuicio de que se mantiene la facultad de la S.V.S. de aplicar como sanción una multa equivalente al

¹⁵ Habrá que estarse al concepto de controlador que contiene el artículo 97 de la LMV, que, como se sabe, es confuso y difícil de precisar.

30% del valor de la emisión u operación irregular. Claramente aparece aquí la influencia de los autores antes citados.

En materia de tipos penales la letra e) del artículo 60 de la LMV precisa que sólo pueden ser sujetos activos del delito de uso indebido de información privilegiada las personas a que se refiere el artículo 166 que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada.

Se trata de un delito calificado, toda vez que el sujeto activo de la conducta ilícita ha de ser necesariamente alguna de las personas indicadas en el artículo 166 de la misma ley.

Con el propósito de fortalecer la represión penal de las conductas asociadas al uso de información privilegiada, y en el entendido de que el camino de la sanción penal es el más indicado, se agregaron nuevas letras al citado artículo 60, mediante las cuales se tipificaron conductas ilícitas que hasta esa fecha no tenían una sanción penal y que por su gravedad se estimó necesario fueran elevadas a la categoría de ilícitos penales.¹⁶

¹⁶ La incorporación de las letras b), f), g), h), i), y j) al artículo 60 de la LMV ha sido muy criticada por la doctrina nacional. Tanto por ser una mala expresión de técnica legislativa, como por ser contraria a las tendencias más modernas de política criminal que han privilegiado la aplicación de multas como sanción a los delitos de cuello blanco. El profesor Mario Garrido Montt, al participar en el Seminario sobre la Nueva ley de Opas, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile en septiembre de 2000, fue muy crítico respecto a la manera como se tratan los tipos penales económicos, como también a lo inconveniente de tipificar como delitos muchas conductas desplegadas en la actividad económica. Preciso: "Consideramos—sin embargo— altamente peligroso crear una serie de figuras penales con criterio casuístico, recogiendo en el marco de las conductas antijurídicas en que puede incurrirse una serie de hechos aislados, sin que se afinquen en una clara determinación del interés jurídico a proteger, y menos aun precisando los principios más generales que deberían regir esta materia. También, sin adelantar su punibilidad, como sucede con los que se han creado, que son de simple peligro, por el mero riesgo que podría importar su concreción. Esta misma sistemática, que se observa en buena parte de las leyes especiales que dicen relación con la actividad económica, se ha convertido en la regla general. Una normativa sobre el mercado de valores no podría constituirse en excepción, lo que hace aconsejable la revisión de todas las leyes económicas penales". Refiriéndose específicamente a las nuevas letras que se incorporan al artículo 60, precisó: "Parece lamentable establecer esta nueva letra —se refiere a la letra f)—, pues está muy vinculada a la actual letra a) del art. 60 (los que hicieren oferta publica sin distinguir si es de venta o adquisición), lo que podría haberse complementado en su redacción, para comprender lo que se pretendió con la letra f). Entrar a reglar casos particulares y específicos semejantes separadamente, fuera de ser arbitrario, en definitiva plantea problemas de interpretación de los preceptos en su aplicación concreta. Lo más aconsejable sería unificar el contenido de ambas letras y establecer el alcance de la prohibición con un sentido más amplio". En relación con la letra g) sostuvo que "repetimos la misma crítica que antes se señaló. La letra g) que se propone tiene vinculación con la actual letra e) del mismo art. 60, lo que aconseja adecuar su redacción en un solo precepto, y no en dos diferentes con un contenido tan semejante, aunque con pequeñas variantes. En substancia las diferencias más ostensibles entre el contenido de la letra e) y el de la letra g) que se propone,

Se agrega una nueva letra g) mediante la cual se sanciona al que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operación o transacción con valores de oferta pública.

Este nuevo delito no exige la concurrencia de ninguna calidad en el sujeto activo, de manera tal que cualquiera persona que sirviéndose de información privilegiada ejecute un acto que le irroque beneficio o le evite una pérdida en cualquiera operación o transacción con valores de oferta pública, podrá calificar como autor del mismo.

La letra h) nueva sanciona al que revele información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública.

La agregación de la letra h) llenó un vacío de nuestra legislación de valores, con la tipificación y sanción de la figura de "comunicación de información privilegiada", tal como se efectúa en el derecho comparado.¹⁷ Se trata de una norma de aplicación general que no requiere de ninguna calidad especial en el autor de la conducta.

Queda claro, entonces, que en la última reforma a las normas que regulan el uso indebido de información privilegiada el legislador optó tanto por aumentar el monto pecuniario de las sanciones como por tipificar nuevas conductas como ilícitos penales, las que se castigan con penas de presidio.

Queda claro también que en las reformas apuntadas hay una notoria influencia tanto de los seguidores de Coase como de la escuela institucionalista o de Harvard.

Frente al caso puntual que nos ocupa, si bien no podemos calificar a priori como privilegiada a la información que se filtró desde la presidencia del

incide en que en este último caso se amplía el campo del sujeto activo y se incorpora en el tipo subjetivo un elemento del injusto de naturaleza trascendente". En relación con la letra h) dijo: "Se repite el defecto antes indicado, el contenido de la letra h) que se propone ofrece semejanza con la letra d) del actual art. 60. Aparentemente el nuevo precepto sería más general en cuanto a los agentes que podrían cometerlo, pero se limita su aplicación al exigir que en él concorra un elemento subjetivo del injusto: la finalidad de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida que, como se hizo notar anteriormente, sólo es un objetivo, no es necesario que se concrete". *Delitos en la Legislación de Valores, tipificación de nuevas conductas*. Material sin publicar.

¹⁷ La figura del "tipping", por ejemplo, que es la aplicación y desarrollo jurisprudencial de la regla 10b-5 de la Securities and Exchange Commission de EE.UU.

Banco Central, toda vez que ignoramos su contenido material, es de presumir, por los efectos que ella ha originado, que tal información sí podría calificar como privilegiada.

Suponiendo entonces que tal información es privilegiada, queda claro que ni el aumento de la sanción de multa ni la tipificación de más ilícitos penales originó los incentivos necesarios para desalentar las conductas de utilización indebida de tal información. No sólo en la primera etapa de filtración de la información, sino que también en las sucesivas transacciones que se hicieron con papeles cuyo origen dudoso ya se conocía en el mercado.¹⁸

A la luz de los hechos que originan estas notas, es claro que la mayor cuantía de las multas y la extensión de la represión penal no fue lo suficientemente convincente para desincentivar el tráfico y posterior uso de información privilegiada.

Desde la perspectiva del sujeto activo de las conductas ilícitas, la existencia de más delitos que tipifiquen tales conductas o el aumento de las multas asociadas a la infracción de tales conductas es bastante indiferente. En general, al momento de cometer tales infracciones no se representa la posibilidad de ser descubierto ni menos de que se hará acreedor de la sanción con que tales conductas son reprimidas. En la mayoría de los casos los sujetos activos ni siquiera saben cuál es la sanción por la utilización indebida de información privilegiada.

Para el caso que nos ocupa, en la lógica coasiana la solución eficiente sería facilitar la negociación directa entre las partes involucradas para que éstas alcancen el acuerdo más conveniente para todas ellas. En la hipótesis que comentamos, en donde no hay una determinación precisa de las conductas ilícitas ni de los afectados por tales conductas, ello es prácticamente imposible. En esta hipótesis los "costos de transacción" son muy altos, razón por la cual la solución "eficiente" no se alcanza a través de la negociación entre las partes, sino que requiere la intervención del Estado para atenuar esos costos o para proveer de una estructura regulatoria que desincentive la comisión de tales ilícitos.

La forma como el Estado podría atenuar los costos de transacción sería el precisar con mucha mayor nitidez lo que se entiende por información

¹⁸ Véase nota de prensa que informa sobre investigación del Ministro Villarroel de los retiros de depósitos que hicieron varias empresas y conocidos empresarios de la corredora Inverlink. "Caso Corfo-Inverlink: Varias empresas alcanzaron a retirar dineros antes de que estallara la crisis". www.emol.cl Todo sobre el caso Inverlink.

privilegiada –para que así todos sepan a priori que se está en situación potencial de usarla, sin que ello pase por la opinión discrecional ex post dada por el fiscalizador–; acotar más finamente quiénes son los potenciales sujetos activos de esta conducta;¹⁹ en fin, facilitar el aprovechamiento de los efectos económicos de la sentencia para todos los que se encuentran en la misma posición del demandante.²⁰

En relación con esto último, bien sabemos que muchas veces el perjuicio individual experimentado por cada accionista no es incentivo suficiente para que éste accione judicialmente –principio costo-beneficio–, razón por la cual mantiene una posición pasiva. Pero la suma de todos esos pequeños perjuicios individuales puede ser un incentivo más poderoso para que decida su accionar. En la medida que el sostenedor de la acción pueda beneficiar con la sentencia a todos los que se encuentren en esa posición, se logra una clara disminución de los “costos de transacción”.

Ahora, desde la perspectiva de la autoridad que pretende resguardar el principio de transparencia e igualdad de trato de todos los operadores del mercado de valores al sancionar el uso de información privilegiada, ¿qué resulta más eficiente? ¿Más normas con más descripción de conductas ilícitas o mayor cuantía de las multas para reprimir las mismas conductas?

En la línea del Teorema de Coase, no cabe duda que es más eficiente la opción de las multas altas. Como expresión del principio costo-beneficio queda en evidencia que para la autoridad es menos costoso castigar con multa y no con presidio la infracción de tales ilícitos.

De consiguiente y a modo de conclusión en lo que dice relación con la normativa sobre uso de información privilegiada, creemos nosotros que las últimas reformas a que nos hemos referido fueron en la dirección correcta, salvo en lo relativo a la tipificación de nuevos ilícitos penales. Estimamos necesario, al igual que el profesor Garrido Montt, perfeccionar la redacción de los tipos ya existente, eliminando algunos que se repiten y que confunden al intérprete.

Adicionalmente, estimamos que es más eficiente emplear los recursos del Estado en la profesionalización, tecnificación y especialización de los fiscalizadores –auditores, contadores, peritos tributarios, abogados, ingenieros en informática, etc.–, que importa colocar un énfasis en el monitoreo a los agentes privados y en una actuación ex ante de la autoridad, que

¹⁹ Las expresiones que utiliza el artículo 165 de la LMV no son precisamente manifestación de tal certidumbre. “Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación...”.

²⁰ Lo que en el derecho anglosajón se conoce con el nombre de las “acciones de clase”.



orientar los mismos recursos a la represión penal de los infractores de tales conductas.

Creemos que las disposiciones vigentes son por sí solas suficientes para tutelar los principios de transparencia e igualdad de trato que subyacen en ellas. Estimamos que no es conveniente, a partir del caso que comentamos²¹ y en relación con el uso de la información privilegiada, tipificar nuevos ilícitos penales ni establecer mayores restricciones o regulaciones de las ya existentes. Sí sería aconsejable acotar con mayor precisión el concepto de información privilegiada y los sujetos activos que pudieren hacer uso de ella.

III. Licencias bancarias y barreras de entrada

En una de las últimas reformas sustantivas introducidas a la Ley General de Bancos –las contenidas en la Ley N° 19.528– se modificó el procedimiento de otorgamiento de licencias bancarias y se incrementó el capital mínimo requerido para la constitución de un Banco.²²

El otorgamiento de licencias bancarias se sometió a un procedimiento más objetivo, eliminado la antigua facultad discrecional de que disponía el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras para “rechazar sin expresión de causa” la solicitud de un nuevo banco comercial.²³

Tal facultad se sustituyó por requisitos cuyo cumplimiento deben acreditar los socios fundadores y cuya constatación quedó entregada a la misma autoridad supervisora.

Se trataba, según consta de la historia de la ley, de facilitar el ingreso de nuevos operadores al sistema bancario.

Menor discrecionalidad es garantía de mayor certeza jurídica. Al existir un procedimiento objetivo en donde la facultad del funcionario se agota en la

²¹ No creemos conveniente, como expresión de técnica legislativa, aprobar nuevas leyes o introducir reformas a las ya existentes a partir de un caso específico. Obviamente hay que aprender de la experiencia y perfeccionar las instituciones. Pero la prudencia aconseja esperar a que los hechos se decanten para identificar con precisión si realmente hubo una falla en los marcos regulatorios, o si ello sólo se debió a un mal empleo por el fiscalizador del instrumental legal disponible.

²² Para mayor información véase nuestra obra *Ley General de Bancos*. Editorial Jurídica Conosur, 1998.

²³ El inciso 2º del antiguo artículo 27 disponía: “El prospecto que debe preceder a la formación de la sociedad será calificado previamente por el Superintendente y podrá ser rechazado sin expresión de causa. Lo mismo se aplicará para transformar una sociedad financiera en empresa bancaria”.

constatación del cumplimiento de ciertos requisitos, los agentes económicos saben con precisión si están o no en condiciones de desarrollar la actividad económica. Como contrapartida, al no confiar en el juicio de mérito, criterio o facultad discrecional del mismo funcionario, se acrecienta el riesgo de que ingresen a la actividad elementos no deseados.

De otro lado, también se reformó el artículo 50 de la ley y se aumentó de 400.000 UF a 800.000 UF el capital mínimo para constituir un banco comercial.

Esta mayor exigencia patrimonial era consistente con la liberalización del procedimiento para otorgar nuevas licencias bancarias. Los nuevos operadores debían contar con un elevado nivel de solvencia patrimonial.

Con posterioridad, mediante la Ley N° 19.769, de 7 de noviembre de 2001, se modificó el artículo 51 del D.F.L. N° 3, estableciendo que al tiempo de otorgarse la escritura social de un banco o de autorizarse el funcionamiento de una sucursal de banco extranjero, el capital mínimo deberá estar pagado en un 50%. Adicionalmente se indicó que no existe plazo para enterar el saldo de capital. Esto significa que el banco se puede constituir sólo con 400.000 UF.

De consiguiente, las últimas reformas han rebajado considerablemente las barreras de entrada al negocio bancario, tanto en lo relativo al procedimiento de otorgamiento de licencias como en cuanto a los requerimientos patrimoniales.

Ello obviamente acrecienta el riesgo de que ingresen a la actividad operadores inescrupulosos o con menos trayectoria y experiencia en el tema bancario.

A partir del caso que nos ocupa, en el cual si bien no hay un banco comercial directamente implicado en los hechos que se investigan como parte integrante del grupo empresarial Inverlink, han surgido voces orientadas a revisar la normativa sobre otorgamiento de licencias bancarias.²⁴

En apoyo de esta línea argumental se sostiene que "la experiencia ha demostrado que es necesario dar mayor discrecionalidad en la decisión que tiene la Superintendencia de rechazar una licencia en cierto tipo de casos". Aunque la discrecionalidad debe reponerse, se precisa que "la SBIF

²⁴ Véanse por ejemplo las opiniones de Christian Larrain en "Inverlink y la Supervisión", en *El Diario* de 13 de mayo de 2003, y de doña Antonieta de la Fuente en "Posiciones encontradas frente a discrecionalidad de la SBIF", en *El Diario* de 15 de mayo del mismo año.

debe entregar una opinión fundada de su decisión en términos generales en caso de rechazar una petición para entrar al sistema”.

Creemos nosotros que no es conveniente retroceder en lo que ya se ha avanzado. Si después de mucho se logró establecer un procedimiento objetivo en el otorgamiento de licencias bancarias, no resulta aconsejable, a partir de lo que pudo haber ocurrido,²⁵ entregar herramientas de mayor discrecionalidad a la autoridad supervisora.

Según lo vimos en párrafos anteriores, el crecimiento de la discrecionalidad del funcionario se hace a costa de la certeza jurídica del agente económico. El fortalecimiento de este valor –seguridad jurídica– es uno de los grandes avances que se plasmaron en la institucionalidad económica que recoge el Código Político de 1980. En su momento más de alguna opinión se alzó en contra de la facultad discrecional de la SBIF para denegar sin expresión de causa el otorgamiento de una licencia bancaria, calificándola derechamente como inconstitucional, por ser contraria, entre otros, al numeral 21 del artículo 19.

Adicionalmente más discrecionalidad implica debilitar la nitidez y precisión de las barreras de entrada al sector. Ello importa aumentar los costos de transacción del marco regulatorio, lo que en la lógica coasiana lo tornaría menos eficiente.

Por último, más discrecionalidad importa dejar entregada la competencia en el sector bancario a un criterio muchas veces más político que técnico.

En razón de lo anterior, creemos nosotros que la redacción del actual artículo 28 del D.F.L. N° 3, Ley General de Bancos, es suficiente para evitar el ingreso al sector de elementos no deseados.

La integridad, entendida como una conducta previa intachable, importa también evaluar la probidad de los socios fundadores, en quienes debe concurrir aquella exigencia. De hecho el Diccionario de la Lengua Española utiliza como sinónimo de íntegro la expresión probado, recto, intachable. De igual modo, como significado de la expresión probidad señala la voz integridad y honradez en el obrar.

De consiguiente, el instrumental legal actual es suficiente para impedir el acceso al sector de personeros que carezcan de los estándares mínimos de

²⁵ Recordemos que el Grupo Inverlink sólo había anunciado, en el curso del año 2002, que solicitaría una licencia bancaria.

probidad e integridad, sin que sea necesario, en nuestra opinión, introducir mayores márgenes de discrecionalidad para delimitar tales exigencias.

Tampoco estamos de acuerdo con introducir la llamada autorización consolidada para permitir el ingreso de nuevos actores al sistema bancario.

Se entiende por autorización consolidada la aprobación del conjunto de autoridades reguladoras, tanto del sector bancario como del mercado de valores.

Si bien el mercado bancario y de valores presenta importantes grados de relación, comunicación e integración, entendemos que también presenta diferentes niveles de riesgo y diversos costos de entrada, por lo que no se pueden aplicar los mismos estándares o criterios para industrias que no lo son.

Ello importaría traspasar riesgos y costos de un sector a otro, lo que claramente juega en contra del concepto de eficiencia que hemos venido analizando. Además significaría acrecentar los ya elevados costos de entrada al sector, con el consiguiente efecto sobre la competencia.

IV. Facultades del órgano fiscalizador

La Ley N° 19.705 también introdujo importantes modificaciones al D.L. N° 3.538, orgánico de la Superintendencia de Valores y Seguros.²⁶

A las ya abundantes atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros enumeradas en el artículo 4º del citado texto legal, agregó las siguientes:

1. Evacuar los informes que le requieran los fiscales del Ministerio Público que estén dirigiendo investigaciones criminales, siempre que correspondan a materias de la competencia de la Superintendencia y se refieran a información que esté disponible en sus archivos.
2. Fijar las normas para la confección y presentación de las memorias, balances, estados de situación y demás estados financieros de los sujetos fiscalizados y determinar los principios conforme a los cuales deberán llevar su contabilidad. En ausencia de un principio contable nacional para un caso específico, la entidad fiscalizada deberá consultar previamente a la Superintendencia y se estará a las normas generales que ésta determine.

²⁶ Véanse más antecedentes sobre esta reforma en nuestra obra *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales*. Editorial Lexis Nexis, año 2002, p. 27.

3. Podrá ordenar que se rectifique o corrija el valor en que se encuentran asentadas determinadas partidas de la contabilidad, cuando establezca que dicho valor no se encuentra registrado de acuerdo a normas dictadas por la Superintendencia, o a normas y principios contables de general aceptación. Especialmente, podrá ordenar que se rectifique o corrija el valor en que se encuentran asentadas determinadas partidas de la contabilidad, cuando establezca que dicho valor no corresponda al real, pudiendo además ordenar la reversión de los estados financieros hasta por los últimos 4 años, en la forma que ella determine.
4. Disponer, cuando lo estime conveniente, que los documentos que mantenga en sus registros se archiven en medios distintos al papel, mediante sistemas tecnológicos. Asimismo, autorizar a las entidades fiscalizadas a mantener su documentación en medios distintos al papel. La impresión en papel de los documentos contenidos en los referidos medios tendrá el valor probatorio de instrumento público o privado, según la naturaleza del original.
5. Establecer la forma, plazos y procedimientos para permitir que las instituciones fiscalizadas presenten la información a que se refieren las leyes relativas al mercado de valores y de seguros en su caso, a través de medios magnéticos o de soporte informático o en otras formas que ésta establezca, así como la forma en que dará a conocer el contenido y detalle de la información.
6. Cobrar y percibir los derechos por registro, aprobaciones y certificaciones que establece la presente ley.
7. Estimar el monto de los beneficios, expresado en su equivalente en unidades de fomento, que hayan percibido los infractores al Título XXI de la Ley N° 18.045, señalándolo en la resolución que aplica la sanción. En la estimación de los beneficios, la Superintendencia considerará el precio de mercado promedio ponderado del valor de oferta pública en los 60 días anteriores al de la fecha de las transacciones hechas con información privilegiada.
8. En asuntos civiles, presentar a los tribunales de justicia informes escritos respecto de los hechos que hubiere constatado, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica y se les podrá otorgar el carácter de plena prueba.
9. Proporcionar asistencia técnica y colaborar en la investigación de infracciones a la legislación de valores y seguros, que le soliciten entidades reguladoras o supervisoras extranjeras u organismos internacionales, en

virtud de convenios o memorándum de entendimiento que haya celebrado, para la cooperación técnica, intercambio de información, capacitación y asistencia recíproca, en materias de su competencia.

10. Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Asimismo y previa resolución fundada del Superintendente, podrá convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas. Del mismo modo, podrá convenir esta interconexión con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, con los cuales haya celebrado convenios o memorándum de entendimiento.

De igual modo, según lo vimos en los acápite anteriores, en el ámbito de las facultades sancionadoras, se aumentó el monto de las multas de 1.000 a 5.000 UF, introduciendo otros ajustes menores destinados a facilitar el cobro y pago de las mismas multas.

En nuestra opinión, el conjunto de instrumentos contables, financieros y legales de que dispone la Superintendencia de Valores y Seguros son suficientes para enfrentar, con eficiencia, cualquiera labor de fiscalización.

Frente al caso que nos ocupa, en el que al parecer existió una verdadera asociación ilícita organizada para delinquir, es muy poco el espacio en que puede moverse el fiscalizador. No debemos olvidar que en Estados Unidos de Norteamérica, el mercado más regulado del mundo, ocurrieron los casos de fraude más importantes de que se tenga memoria, como lo son el de Enron, World Com, etc.

Creemos nosotros que la eficiencia en la labor fiscalizadora de la S.V.S. no pasa por un cambio legal, sino que por ajustes internos que privilegien, entre otros aspectos, las inspecciones y auditorías in situ;²⁷ la incorporación de un enfoque de análisis de riesgo y auditoría de procesos que permita revisar los procedimientos que producen los números registrados en las Fecus; mayor precisión y más altos estándares de exigencia para los auditores externos, en términos de controles internos y externos más rigurosos;²⁸ en fin, priorizar la vigilancia sobre aspectos relacionados con la

²⁷ De acuerdo con la opinión de Christian Larraín, la SEC en Estados Unidos efectúa 650 inspecciones in situ sólo a los corredores de bolsa. *El Diario*, 13 de mayo de 2003.

²⁸ En relación con el caso que origina estas notas, empiezan a aparecer las primeras críticas a la labor de los auditores externos de las empresas del Grupo Inverlink. ¿Como los auditores no detectaron la gran cantidad de irregularidades que hoy pesquiza la justicia? Cabe recordar que la desaparición de una de las firmas de auditoría más importante de Estados Unidos se originó por su actuación y posterior responsabilidad en los perjuicios que la debacle financiera de los gigantes caídos originó en muchos pequeños inversionistas.



solvencia de los agentes y analizar sus conductas pasadas como antecedente de comportamientos futuros.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que la supervisión consolidada, que sí requiere de un ajuste legal, se impone como una necesidad a partir de los hechos que dan cuerpo al caso que comentamos en estas notas.

Como lo explica Christian Larraín,²⁹ el riesgo de contagio existe en el sistema financiero y no es una mera invención de los analistas. Este riesgo se puede originar en problemas aun no habiendo exposición financiera. Las noticias sobre pérdidas en compañías coligadas pueden debilitar la confianza de los inversionistas de otras empresas y someterlas a presión de liquidez. La pérdida de confianza también puede desatarse por causas no financieras, tales como informes sobre el involucramiento del personal gerencial o técnico de una compañía relacionada en negocios ilegales o poco éticos.

De consiguiente, si existe un riesgo de contagio, como por lo demás quedó en evidencia con los primeros hechos que originaron el caso que comentamos, es claro que la supervisión consolidada se impone como una necesidad que contribuirá a hacer más eficiente la labor del fiscalizador.

V. Depósito centralizado de valores

Como se sabe, desde la reforma que experimentó la legislación sobre mercado de capitales en el año 1989, se autorizó la constitución de sociedades que tuvieran como giro exclusivo "recibir en depósito valores de oferta pública del Fisco de Chile, del Banco Central, de la Corfo, de los agentes de valores, los corredores de bolsa, las bolsas de valores, los bancos y sociedades financieras, las administradoras de fondos mutuos, de fondos de pensiones, de fondos de inversión, de compañías de seguros y reaseguros, de fondos de inversión de capital extranjero y de administradoras de fondos para la vivienda y de facilitar las operaciones de transferencia de dichos valores".

Pueden ser objeto del depósito a que se refiere la ley los valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, los emitidos por el Banco Central de Chile, por los bancos y sociedades financieras, los que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general y los emitidos o garantizados por el Estado.

²⁹ *El Diario*, 13 de mayo de 2003.

Las sucesivas reformas que ha experimentado la Ley N° 18.876 han ido corrigiendo diversos problemas prácticos que dificultaban la implementación de las instituciones cuya creación se autorizó por la citada ley.

Ello explica que recién el 15 de marzo de 1993 se creara la hasta hoy única empresa de Depósito Central de Valores –DCV– que opera en el país.

Uno de los últimos escollos fue removido recién con la Ley N° 19.705, que perfeccionó los procedimientos destinados a emitir y registrar títulos desmaterializados, esto es, sin un soporte documentario.³⁰

Conforme con las citadas disposiciones y las normas de carácter general que ha venido dictando la S.V.S., en la actualidad es perfectamente posible que todos los instrumentos de oferta pública que circulan en el mercado puedan transferirse mediante simples registros electrónicos realizados por el DCV.

De haber operado en su integridad el sistema habilitado por la ley, lo más probable es que no se hubiera producido un caso como el que comentamos, al menos en lo que dice relación con la circulación de los papeles.

Informes de prensa dan cuenta de cómo los diversos operadores del sistema han ido implementado rápidamente los procedimientos para registrar sus valores en el DCV.³¹

VI. Conclusiones

A partir de los hechos que constituyen el denominado caso Banco Central-Corfo-Inverlink y del análisis de la normativa recientemente modificada, podemos concluir que el caso en cuestión no se originó por un deficiente funcionamiento del marco regulatorio del mercado bancario y de valores, el que en todo caso puede ser perfeccionado con ajustes menores, sino que por la no utilización del instrumental legal disponible y por la entidad de la organización que estructuró, implementó y ejecutó. Ello en razón de que:

1. Los costos de transacción de cualquier negociación privada en el contexto de una disputa legal originada por el uso de información privilegiada son muy altos, razón por la cual ellas no se efectuarían y las partes por su cuenta no serían capaces de resolver los conflictos originados.

³⁰ Véanse más antecedentes en nuestra obra *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales*, Editorial Lexis Nexis, 2002, en especial las modificaciones introducidas a los artículos 11 y 23.

³¹ Véase WWW.emol.cl. Todo sobre el caso Inverlink.

2. En razón de ello es necesaria la existencia de una estructura normativa que lo regule. El marco regulatorio existente sobre el uso de información privilegiada es eficiente. Sin perjuicio de ello, es posible perfeccionar alguna de las normas indicadas, como por ejemplo, introducir mayor precisión en el concepto de información privilegiada, una mayor determinación de los sujetos activos de la conducta ilícita y la posibilidad de que el sostenedor de una acción participe a todos los otros accionistas que se encuentren en su posición de los beneficios económicos de su accionar, ya que todo ello disminuye los costos de transacción de ese marco regulatorio, mejorando su eficiencia.

3. Es más eficiente privilegiar sanciones de multa y no de presidio a los delitos por uso indebido de información privilegiada.

4. No es eficiente ni estimulará la competencia en el sector bancario introducir mayores grados de discrecionalidad en el otorgamiento de licencias bancarias.

5. Menor discrecionalidad es garantía de mayor certeza jurídica. Al existir un procedimiento objetivo en donde la facultad del funcionario se agota en la constatación del cumplimiento de ciertos requisitos, los agentes económicos saben con precisión si están o no en condiciones de desarrollar la actividad económica.

6. La redacción de la letra b) del actual artículo 28 del D.F.L. N° 3, Ley General de Bancos, es suficiente para evitar el ingreso al sector de elementos no deseados, ya que la integridad, entendida como una conducta previa intachable, importa también evaluar la probidad de los socios fundadores de la entidad en formación, en quienes debe concurrir aquella exigencia.

7. No es eficiente introducir la autorización consolidada en el proceso de otorgamiento de licencias bancarias, ya que ello importaría traspasar riesgos y costos de un sector a otro, lo que claramente juega en contra del concepto de eficiencia al acrecentar los ya elevados costos de entrada al sector, con el consiguiente efecto sobre la competencia.

8. El conjunto de instrumentos contables, financieros y legales de que dispone la Superintendencia de Valores y Seguros son suficientes para enfrentar, con eficiencia, cualquiera labor de fiscalización, por lo que no es aconsejable otorgarle más atribuciones.

9. La mayor eficiencia en la labor fiscalizadora de la S.V.S. no pasa por un cambio legal, sino que por ajustes internos que privilegien, entre otros

aspectos, las inspecciones y auditorías in situ; la incorporación de un enfoque de análisis de riesgo y auditoría de procesos que permita revisar los procedimientos que producen los números registrados en las Fecus; mayor precisión y más altos estándares de exigencia para los auditores externos, en términos de controles internos y externos más rigurosos; el énfasis en la vigilancia sobre aspectos relacionados con la solvencia de los agentes y el análisis de sus conductas pasadas como antecedente de comportamientos futuros.

10. Es eficiente introducir la supervisión consolidada para atenuar el riesgo de contagio en el mercado de capitales.

11. Es eficiente incorporar a todos los agentes de mercado a la transferencia electrónica de fondos.

Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones) *

Ramiro A. Mendoza Zúñiga

Profesor de Derecho Administrativo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (PROGRAMA MAGÍSTER, CONCEPCIÓN)

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Blanca Oddo Beas

Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

I. Introducción

La enorme influencia de la actividad regulatoria del Estado en la vida de los particulares lleva a que hoy exista una cantidad considerable de controversias respecto de las cuales debe conocer, por mandato del legislador, la propia Administración. En su gran mayoría estos conflictos tienen una tramitación precisa, determinada en la ley del ramo; así sucede, por ejemplo, en el campo del derecho eléctrico o de las telecomunicaciones. Sin embargo, estos asuntos no pueden desligarse de la normativa general aplicable a todas las cuestiones que se susciten entre la Administración y los particulares (destinatarios directos o indirectos), de forma tal que, en lo que sea aplicable, siempre deben respetarse los principios y normas básicas que impone de manera obligatoria, a todos los órganos de la Administración, la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.¹

De ahí que ante esta subsistencia de normas igualmente obligatorias, unas especiales y otras generales, en la práctica pueden advertirse ciertos problemas de interpretación producidos generalmente por la ambigüedad o la falta de regulación de una materia específica en la ley especial, situación que conlleva a suplir tales falencias con la aplicación de la ley general, lo que es de común ocurrencia, por ejemplo, en los procedimientos administrativos de solución de controversias que se establecen en las leyes regulatorias especiales.

* Estando este trabajo en prensas, fue publicada la ley 19.880, de 29 de mayo de 2003, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, cuyo Capítulo IV, Revisión de los actos administrativos, arts. 53 a 62, regla los recursos administrativos jerárquicos y de reposición, a los que se refiere este trabajo, consignando un plazo común de 5 días para su interposición.

¹ Actualmente contenida en DFL 1, Ley 19.653, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

Pero ¿hasta qué punto es efectivo este carácter supletorio de la ley general?, o bien ¿cuál es el alcance de sus normas ante la ley especial? Verdaderamente, no existe una respuesta unitaria para estas interrogantes, habida consideración de su carácter esencialmente casuístico. Sin embargo, acaecen problemas de esta clase que pueden denominarse como de ordinaria ocurrencia, tal es lo que sucede con el recurso de *reposición o reconsideración* administrativa establecido en el actual artículo 10 de la Ley de Bases, el que a consecuencia de la jurisprudencia, principalmente administrativa, se ha visto notoriamente disminuido en su aplicación en todas aquellas hipótesis en las que existe un procedimiento administrativo especial que consagre tal instancia en algunos de sus trámites, como es el preciso caso de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, que establece un específico procedimiento sancionador de carácter administrativo ante el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, conforme se establece en el artículo 36 A del señalado cuerpo legal.

En efecto, se ha discutido si en este procedimiento es pertinente el medio de impugnación administrativo conocido como recurso de *reconsideración o reposición*, atendiendo a que, en ciertas ocasiones, se ha expresado por parte de este Ministerio que la *única* vía de impugnación prevista para una decisión adoptada bajo ese marco normativo es la jurisdiccional, ya que considerando la entidad pecuniaria o extintiva de la sanción adoptada por la autoridad administrativa, en los términos del artículo 36 A, tal autoridad actúa como un "juez" y, por ello, sólo podría acudir al reclamo que bajo la denominación de *apelación* ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la Corte Suprema, contempla la ley.

Contrastando tal aseveración, resulta que, revisados los antecedentes normativos y jurisprudenciales, tanto judiciales como administrativos, que existen sobre este tema, es inconcuso que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando sanciona pecuniaria (imponiendo una multa) o extintivamente (caducando una concesión), lo hace siempre y solamente como la superior autoridad administrativa que es en este sector y jamás como autoridad judicial, ya que, por lo demás, nunca podrá serlo, ni en ésta ni en cualquier otra materia, sin que ello importe transgredir la Carta Fundamental; y, a partir de allí, resulta también imposible de evitar el remedio administrativo impugnativo del artículo 10 de la Ley de Bases (*Principio de impugnabilidad*), a menos de lo que en verdad se pretenda sea sustraer la aplicación del derecho constitucional de petición² (art. 19 N° 14 de la Carta Fundamental), que es el fundamento inmediato de la norma legal de bases recién señalada.

² Vid. Pedro Aguerrea Mella, *El Derecho de Petición ante la Administración del Estado: Acerca de la obligación de respuesta*, Ius Publicum (Universidad Santo Tomás), N° 9, 2002.



Todo, por demás, conforme a los antecedentes y razonamientos que seguidamente se exponen.

II. La procedencia indiscutible de impugnaciones administrativas

La Ley de Bases consagró en su título I (normas generales, arts. 1-17), dogmática y operativamente, los principios fundamentales que rigen a toda la Administración del Estado (legalidad, subsidiariedad, responsabilidad, eficiencia, coordinación, control, impugnabilidad, etc.), y éstos lejos de demostrarse como un catálogo de disposiciones “programáticas” o de meras intenciones legislativas, han devenido en soportes cotidianos de la actividad y de los derechos de las personas, quienes con su aplicación y ejercicio han motivado una creciente doctrina contralora y judicial, particularmente en el caso del *principio de impugnabilidad*,³ que con tanta precisión considera el artículo 10 de la Ley de Bases.⁴

Veamos parte de esta jurisprudencia.⁵

El art. 10 señala que “Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá *siempre* interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, *sin perjuicio* de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”.

De lo expuesto se traduce una circunstancia esencial, reforzada además por el adverbio “*siempre*” utilizado por el legislador, que es el asentamiento expreso y directo de que en el derecho nacional a) no existen actos que puedan carecer de reproche en cuanto a su juridicidad, b) que, en todo caso, puede acudir a la vía administrativa a fin de que las mismas autori-

³ Sobre impugnación, antes de la Ley de Bases, vid. Iván Aróstica Maldonado, *Impugnabilidad de los actos administrativos*, en Revista Chilena de Derecho (PUC), 16 N° 2 (1989), pp. 455 y ss.

⁴ Nos hemos referido a parte de esta jurisprudencia administrativa en comentario publicado en Informe Constitucional N° 1.669, de 7 de enero de 1998, *Alcances sobre el artículo 9° de la ley N° 18.575*.

⁵ Los dictámenes más relevantes emitidos por la Contraloría respecto de la materia en análisis son 38.894 (1988); 25.178 (1992); 13.483 (1996); 15.730 (1993); 2.196 (1993); 10.718 (1995); 29.999 (1995); 33.167 (1996); 3.012 (1999); 40.370 (1999); 49.847 (1999); 39.516 (2000); 14.459 (2001); 30.532 (2001). Por su parte, en el ámbito judicial, tienen relevancia, entre otros, *Carlos Barria con Dirección Regional del Trabajo del Bío-Bío* (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, 1988, tomo 85, N° 3, 2.5, pp. 304 y ss.); *Comercial Multimarket con SII* (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, 1991, tomo 88, N° 1, 2.5, pp. 361 y ss.); *Supermercados Unimarc con Inspección Provincial del Trabajo* (Fallos del Mes, 1991, N° 392, pp. 333 y ss.); *Watt's Alimentos con Inspección del Trabajo* (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, 1993, tomo 90 N° 1, 2.5, pp. 104 y ss.).

dades enderecen su actuar conforme a derecho, y c) todo ello sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

Ahora bien, sin perjuicio de esta entidad, asumiendo el hecho de que respecto del Estado-Administración no se tenía habitualidad en cuanto a los esfuerzos impugnativos, resulta que la práctica cotidiana había asentado una suerte de principio inverso, en el sentido de que raramente resultaban contradichos los actos de la Administración. Ello viene a explicar los problemas en cuanto a la interpretación y aplicación efectiva del principio de impugnabilidad, que ha encontrado diversas consideraciones en la jurisprudencia administrativa y judicial.

En efecto, la Contraloría General de la República, fundamentalmente a partir del año 1988, mediante el Dictamen 38.894, en una jurisprudencia que nunca ha modificado ha dicho que el recurso de reposición contemplado en la Ley 18.575, art. 10, constituye sólo un resguardo mínimo que ha establecido la ley citada para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, no procediendo entonces en contra de resoluciones respecto de las cuales el legislador expresamente ha previsto otros recursos administrativos especiales.

En otras palabras, para que se considere impertinente acudir en dicha sede a la misma autoridad que dictó el acto cuestionado a efectos de motivar un cambio de una decisión anterior, ha de existir una expresa y precisa regulación legal que considere algún recurso administrativo, si ello no ocurre, resulta indiscutiblemente despejada la vía para acceder a pedir una "revisión" al mismo autor de lo que antes fue decidido y, todo ello, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales que considere el ordenamiento. No resulta menor dar cuenta de que en el ámbito administrativo, como antes que nada se trata de atender al principio de servicialidad, no tienen cabida, por regla general, aquellas instituciones propias del orden jurisdiccional que imponen la imposibilidad de rever lo decidido, tales como el desasimiento del tribunal, la cosa juzgada, el abandono del procedimiento, entre otras. La principal imposibilidad de actuación, en el sentido antes dicho, es acá la intangibilidad de los derechos adquiridos, de modo tal que, por principio, la Administración encuentra un freno a sus posibilidades jurídicas de actuación y de revisión cuando existen derechos que han sido adquiridos por beneficiarios de actos administrativos anteriores.

Luego, por dictamen 25.178, de 1992, se estableció que, no obstante la carencia de un procedimiento específico de reclamación para los efectos del artículo 10, es deber del servicio respectivo "actuar conforme a dere-

cho y revisar los actos dispuestos con infracción al ordenamiento jurídico, los que deben ser modificados o dejados sin efecto cuando adolezcan de un vicio de ilegalidad o se hayan basado en supuestos erróneos", por ello es que se torna "irrelevante la existencia de un procedimiento de reclamación específico para que el afectado pudiera o no recurrir a esa Secretaría de Estado en el caso de que se trata". Antes bien, la reconsideración es el medio de mantener, cuando es factible, apartados del ordenamiento jurídico administrativo actos que adolecen de nulidad de derecho público.

Con mayor desarrollo, los Dictámenes 15.730, de 1993, 13.483, 29.999 y 33.167, todos de 1996, han establecido la posición que podríamos denominar consolidada de la Entidad de Control, y que podemos resumir del siguiente modo:

a) Los recursos de reposición o reconsideración son los medios que la ley franquea a los interesados para obtener la modificación, o que se deje sin efecto un acto administrativo por la autoridad que lo dictó, y por ello su característica esencial es que tanto su presentación, conocimiento y resolución corresponde a la misma autoridad que dictó la decisión reclamada.

b) La reconsideración o reposición prevista por el art. 10 de la Ley 18.575, no releva al legislador de la posibilidad de considerar especial y particularmente recursos administrativos distintos como de reconsideración o jerárquicos especiales, afectando dichos reclamos administrativos a formalidades y plazos propios o singulares. En aquellos casos, existiendo una aplicación legal especial de la reconsideración administrativa, y dado que esta regulación se sujeta al *principio de especialidad*, ha de estarse primeramente a aquélla, puesto que esta legislación ha de aplicarse preferentemente.

c) Como se ha advertido, el recurso de reposición contemplado en el aludido art. 10 constituye sólo un *resguardo mínimo* que ha establecido la Ley 18.575 para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a resoluciones de los órganos administrativos que pudieren aplicarles.

d) Por otra parte, en lo que dice relación con el recurso jerárquico, si no existe superior jerárquico competente en la materia para conocer y resolver un recurso de jerarquía o de apelación administrativa, no puede ejercerse en este caso el derecho consignado por el artículo 10 de la Ley de Bases, puesto que en cuanto a este recurso, se ha exigido para su procedencia, como segundo requisito, la existencia de un superior jerárquico: "...conforme al indicado artículo 9º, el recurso jerárquico se podrá interponer cuando proceda, "ante el superior correspondiente", de lo cual se

infiere que aquél no puede deducirse siempre, sino que sólo cuando proceda y, además, ante el respectivo superior jerárquico...".⁶

e) Debe también consignarse que para esta jurisprudencia contralora la interposición de estos recursos administrativos no tiene la virtud de suspender el acto recurrido, ni, claro está, sus efectos. Se ha podido entonces decir que "como puede apreciarse de la sola lectura de la norma legal en estudio, aparece que el legislador no ha conferido ningún efecto especial a la interposición del recurso de reposición en ella previsto".⁷ Más rotundamente: "Atendido lo expresado, y teniendo en consideración una de las principales características de los actos administrativos, cual es su ejecutividad –en cuya virtud tales actos producen sus efectos jurídicos desde que quedan totalmente tramitados, aun sin el consentimiento de los administrados–, cabe sostener que la interposición del recurso de reposición que se analiza no produce la suspensión del acto recurrido".⁸

Por lo demás, estos criterios del contralor se demuestran coincidentes con la jurisprudencia judicial, así en *Comercial Multimarket Ltda. con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos VIII Región*, señala el considerando 3° que "El recurrente ha afirmado que no interpuso reclamación contra la resolución Ex 1720 ya citada, sino que optó, más de 9 meses después que ella le fuera notificada, por interponer recurso de reposición, fundado en lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta última disposición legal al establecer como norma general para la Administración del Estado que contra los actos administrativos se podrá siempre interponer el recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, no ha hecho más que consagrar un resguardo mínimo para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, especialmente cuando en las leyes aplicables al caso concreto no se contemplan medios de impugnación de dichos actos. Si por el contrario en dichas leyes se contemplan medios de impugnación, deberá estarse a lo establecido en ellas, especialmente en cuanto a las resoluciones susceptibles de ser impugnadas y a las formalidades y plazos para hacer valer aquéllos".⁹

⁶ Dictamen 13.483, de 1996.

⁷ Dictamen 29.999, de 1996.

⁸ Dictamen 33.167, de 1996.

⁹ En una posición crítica a la expuesta, aparece el comentario a la misma sentencia que hace el profesor Eduardo Soto Kloss: "(2°) Ni en amparo ni en inaplicabilidad el constituyente imaginó plazos, y nadie los ha pretendido imponer, ya que ni el agravio a la libertad personal ni el agravio a la Constitución producido por una ley que la infringe, pueden admitir preclusión, tampoco a los recursos administrativos, reposición y jerárquico, el legislador orgánico constitucional los sometió a plazos, y es más: entendió que "se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo". "Siempre" significa sin excepción,

Por otra parte, no han faltado servicios que han pretendido dificultar el ejercicio de la acción constitucional de protección, sea subordinándola al ejercicio previo de acciones administrativas, o al agotamiento de fases administrativas, o a la interposición exclusiva de acciones judiciales o administrativas especiales. Efectivamente, siempre podrá interponerse contra los actos de autoridad administrativa el recurso de reposición o de apelación (jerárquico), si procede, pero el ejercicio de estas acciones administrativas, en sede de igual naturaleza, nunca será, por cierto, obligatorio, como lo han pretendido algunas autoridades, que es lo que aconteció precisamente en *Carlos Barría con Dirección del Trabajo del Bío-Bío* y en *Supermercados Unimarc con Inspección del Trabajo*. La prefiguración legal de acciones administrativas o judiciales jamás podrá enervar la procedencia de un recurso de protección, en cuanto exista un acto ilegal o arbitrario que afecte algún derecho fundamental.

Por lo hasta acá dicho, podemos señalar que:

- A la luz de la jurisprudencia señalada, existiendo un procedimiento administrativo especial de impugnación previsto por la ley y desarrollado además en algún especial cuerpo reglamentario (como, por ejemplo, acontece con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (DS 30/97(MSGP) arts. 43 ss.), resultaría absolutamente improcedente la aplicación del art. 10 de la Ley 18.575. Debe destacarse que el artículo 10, tantas veces aludido, en su parte primera expresa textualmente que “Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley”, de donde se sigue que si ésta establece un régimen recursivo, debe necesariamente seguirse aquél.

es decir, jamás podrá ninguna autoridad administrativa negarse a aceptar a tramitación y conocer un tal recurso, y resolverlo, sea positivamente acogiendo, sea negativamente rechazándolo; como tampoco podrá lícitamente rechazarlo por extemporáneo, desde que no está sometida a plazo su interposición. Todas las disquisiciones que hace el recurrido y el tribunal devienen impertinentes, ya que simplemente no han tenido en cuenta las palabras y el sentido de la Ley 18.575 (art. 9°). Y este autor añade más adelante que “(4°) Porque la Ley 18.575 es una ley orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, y su Título I establece –desarrollando las Bases de la Institucionalidad, Capítulo I de la Constitución– los principios generales de la actuación de todo órgano de la Administración (sea fiscal/centralizado, sea descentralizado como el SII y cada uno de sus órganos internos a ese Servicio); principios de juridicidad (art. 2°), de responsabilidad (art. 4°), de servicialidad (art. 3°), de eficiencia (art. 5°), de probidad (art. 7°), de imparcialidad (arts. 16 y 17), etc, y de impugnabilidad de los actos que emitan (art. 9°), que viene aquí a cuenta. Todo esto se impone por sobre toda otra norma, aun si específica, a toda actuación administrativa, ya que tiene una jerarquía superior. ¿Qué sentido tendría la existencia de una ley orgánica si puede ser dejada sin efecto y suprimida, por una simple ley común? Actuar como lo ha hecho la autoridad tributaria es actuar sobrepasando esta ley orgánica, suprimiéndola ¿Y en virtud de qué potestad? Pues, de ninguna, ya que el empleado administrativo, por encumbrado que esté en la escala jerárquica de la organización, carece enteramente de poderes jurídicos para así obrar. Hacerlo es caer en la nulidad (art. 7° de la Constitución) y aun más, en la vía de hecho, con todas las responsabilidades que ello significa, disciplinaria, patrimonial y penal” (comentario de sentencia cit. Nota 2, en particular págs. 367 y 368, RDJ, allí citada).

- Si hay regulación legal y reglamentaria, debe, siguiéndose el principio de especialidad expuesto, ser obviamente aplicada preferente y prioritariamente, ello además teniendo en cuenta que en estas reglamentaciones se consideran y resguardan todos los elementos del debido procedimiento.
- La impugnación del artículo 10 de la Ley de Bases resulta por lo dicho residual y, en cuanto se aplique, debe considerarse que no contempla plazos, no inhibe la impugnación jurisdiccional común o especial, ni produce su interposición efecto suspensivo alguno.
- En todo caso, por cuanto no se ha inhibido la impugnación jurisdiccional, la autoridad llamada a resolver tal reclamo administrativo de reconsideración o reposición debe arbitrar oportunamente su decisión, de modo tal de que antes del conocimiento judicial corresponde la resolución del recurso administrativo que se haya intentado, a efectos de que el Juez competente conozca efectivamente el verdadero acto terminal que ha adoptado la fuerza de *cosa decidida*.

II. La absoluta procedencia del recurso de reposición o reconsideración administrativo frente a una "Resolución" del señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones

El procedimiento administrativo de carácter especial que regula la determinación y la aplicación de las infracciones y sanciones en materia de telecomunicaciones se encuentra previsto en el Título VII, artículos 36 a 39, de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones. Desde luego conviene anticipar que de ninguna de las normas que allí se contienen puede colegirse en sentido contrario a lo que acá afirmamos.

En esta reglamentación podemos apreciar que se prevé la existencia de una serie de formalidades tendientes a materializar los presupuestos de un *debido proceso* que constituye un mandato constitucional que, como veremos, no sólo alcanza o se refiere a los procesos jurisdiccionales, sino que abarca o comprende a todos los procedimientos que conlleven la aplicación de una sanción.

El inciso 1° del artículo 36 A, del mencionado cuerpo legal, establece que "*Antes de aplicarse sanción alguna se deberá notificar previamente al infractor, del o de los cargos que se le formulan en su contra. El afectado, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la notificación, deberá formular sus descargos y, de estimarlo necesario, solicitar un término de prueba para los efectos*



de acreditar los hechos en que se basa su defensa. Los descargos deberán formularse por escrito ante el Ministro, señalar los medios de prueba con que se acreditarán los hechos que los fundamentan, adjuntar los medios probatorios que estuvieren en poder del imputado, y fijar domicilio dentro del radio urbano de la comuna de Santiago”.

La disposición transcrita contempla lo que la jurisprudencia contralora ha denominado, en términos generales, *principio de contradictoriedad*, el que tiene por objeto garantizar a los particulares la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses legítimos ante la autoridad administrativa, al momento en que ésta deba resolver los asuntos que les afecten, involucrando en todo proceso decisorio los derechos de audiencia, prueba y defensa.¹⁰ Entiéndase bien, siempre en sede administrativa, todo íter procedimental que conlleve decisiones que afecten a terceros amerita el oír, el probar, el alegar y ello no implica, de modo alguno, que nos encontremos en presencia de un rol distinto al administrativo.

La observancia de este principio es fundamental en la protección de los derechos de los particulares, suerte que el procedimiento que hemos comenzado a analizar cumple también con la prevención de otras ritualidades que lo suponen. El mismo artículo 36 A dispone en su inciso 2° que una vez vencido el plazo para el traslado, con o sin la respuesta del afectado o, si existiendo descargos, no hay hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, el Ministro resolverá derechamente. En caso de existir descargos y haber hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, el Ministro recibirá la causa a prueba, la que se rendirá conforme a lo establecido en la letra c) del artículo 16 bis.¹¹ Expirado el término probatorio, se haya rendido prueba o no, el Ministro resolverá sin más trámite”. Se puede afirmar, entonces, que el legislador claramente tuvo, en esta materia, como *ratio legis* que el debido proceso cabe en todo procedimiento¹² –sea del orden judicial o administrativo–¹³ y que sólo se respeta y hace efectivo cuando la autoridad actuante, antes de su decisión terminal, escucha, admite contradicción y recibe prueba.

¹⁰ Dictamen 2.196/1993.

¹¹ Debe destacarse que la remisión al artículo 16 bis no hace sino confirmar que el ámbito en el cual se da la sanción ministerial es siempre administrativo, puesto que dicha norma distingue entre los trámites procesales efectuados ante los tribunales de justicia y los tramites administrativos seguidos por las autoridades del sector.

¹² La Constitución exige y ordena a la autoridad escuchar y atender tanto las necesidades como las reclamaciones de los particulares. En especial, el artículo 1°, que asegura el derecho a participar en igualdad de condiciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2, y ello en un debido proceso, según lo ordena el artículo 19 N° 3, y debiendo, además, siempre ser oído al tenor del artículo 19 N° 14.

¹³ Las exigencias que impone el debido proceso alcanzan también a los procedimientos administrativos, como ha tenido oportunidad de consignarlo la jurisprudencia, la doctrina y la historia del texto constitucional vigente. Vid. sentencias en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, 1988, t. 85, 2.S, pp. 67 y ss, y pp. 299 y ss. También Dictamen (CGR) 589, de 1986, entre otros.

La historia fidedigna de este artículo corrobora estas observaciones, al haberse dejado constancia en la Sesión N° 25 del Senado que siempre “*Para sancionar tiene que haber un debido proceso*” y que es una “*Obligación establecer la reglamentación procesal, y así cumplir estrictamente con el mandato constitucional (artículo 19 N° 3)*”. Por ello es que si reconocemos que el artículo 36 A es una norma legal que desarrolla el principio constitucional del debido proceso en toda tramitación que se siga ante el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en lo relativo a las infracciones y multas que la misma ley prevé, es dable también aseverar que se deben prever los medios de impugnación jurisdiccionales que procedan en contra del acto administrativo terminal a que llegue esa autoridad en el cumplimiento de este mandato.

En efecto, el inciso 3° del referido artículo expresa que “*La resolución que imponga sanciones será apelable para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a menos que se decrete la caducidad de una concesión, en cuyo caso la apelación se hará para ante la Corte Suprema*”. El recurso de apelación previsto es, en la realidad de las cosas, por más que lo fueren las palabras del legislador, un reclamo especial de carácter estrictamente jurisdiccional.¹⁴

Tampoco cabría interpretar que la procedencia de este recurso se deba a que las resoluciones del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en esta clase de procedimiento, las que son propiamente *actos administrativos*, sean de naturaleza jurisdiccional, ya que al provenir de un órgano de la Administración no pueden sino ser de carácter administrativo. La ley no elevó ni constituyó al señor Ministro indicado en Juez. Cuando el legislador, aunque contrariando a la Constitución, decide atribuir funciones jurisdiccionales a entes administrativos, no deja asomo de duda en dicha calidad, puesto que lo expresa inequívoca y formalmente, así acontece, v.gr., con el rol jurisdiccional de los Directores Regionales de Impuestos Internos y con la misma calidad de los Directores Regionales de Aduanas.

Además, conviene retener que en el ámbito del derecho administrativo no cabe aplicar los conceptos privatísticos de ejecutoriedad, cosa juzgada y desasimiento con el mismo sentido y alcance que se les otorga en el campo del derecho privado, ya que en esta materia rige como principio gene-

¹⁴ Nótese que en la propia historia de la ley se produjeron debates acerca de lo dicho. Promovíase allí el cambio de las palabras *apelación* y *apelante* por las de *reclamo* y *reclamante*. La mantención de los dichos que consagra la ley actual sólo tuvo lugar a los efectos de mantener la unidad de los términos del proyecto utilizados en los artículos 13A y 36A, que disponían trámites similares en sede jurisdiccional. Sin embargo, los legisladores no advirtieron la diferente redacción que las acciones tenían en uno y otro artículo, acá con propiedad (13A) “*reclamo*”, allá impropriamente (36A) “*apelación*”. Por ello, no puede desprenderse de este verdadero desliz gramatical una conclusión que separe a dichas acciones con una entidad sustantiva diferente. Ver Diario de Sesiones del Senado (1996), Sesión 37, pág. 331.

ral aquel según el cual los actos administrativos son esencialmente revocables, en la medida que no lesionen derechos adquiridos de terceros. Lo ha explicitado comúnmente la Contraloría General de la República.¹⁵

Debe recordarse que algunos legisladores en el seno de la Comisión del Senado les pareció que con este artículo (36A) se estaba llevando demasiado lejos la obligación del *debido proceso*, a lo cual se replicó, sin discusión, "que era su obligación". Es que en el derecho público el principio de juridicidad exige que los órganos del Estado actúen con plena sujeción al derecho, aun más cuando existe un mandato constitucional que respetar, pues es sólo con ese proceder que se actúa en miras a alcanzar el fin propio de la Administración, que es servir al bien común.

En consecuencia, se advierte de modo prístino que tras el establecimiento de este reclamo jurisdiccional de carácter especial está la voluntad legislativa de conceder a los particulares una mayor protección frente a una decisión administrativa de carácter sancionador. Pues es un hecho que aun cuando la ley nada hubiese dicho a este respecto, igualmente procederían las formas usuales de impugnación que reconoce el ordenamiento jurídico, esto es, la vía jurisdiccional¹⁶ prevista en los artículos 20 y 38 inciso 2° de la Constitución, y por la vía administrativa, ordenada en los artículos 10 y 11 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.

Asimismo, en este orden de ideas no es posible que el intérprete suponga que por existir una reglamentación especial de un procedimiento sancionador, que dispone a su vez un particular modo de impugnación de carácter jurisdiccional –reclamo–, no procedan los otros mecanismos de revisión que la ley prevé para la generalidad de los casos, sean estos jurisdiccionales, como el recurso de protección, o administrativos, como el recurso de reposición o reconsideración administrativa.

Por ello es que la jurisprudencia contralora existente en relación al problema que se suscita es atinente. Cuando un procedimiento especial de carácter administrativo es regulado de manera particular en la ley, previendo determinadas formas de impugnación, jamás puede interpretarse en el sentido de dejar fuera los otros medios de revisión que la ley general ordena. De igual forma, cuando en la ley se regula específicamente una acción jurisdiccional, tampoco por dicha normativa quedan inhabilitados los medios administrativos de impugnación, sean comunes

¹⁵ Dictamen 33.926/1995.

¹⁶ La Contraloría añade *jurisdiccional o contencioso administrativo* (Dictamen 2.196, de 1993), terminología que por carecer de soporte normativo en la Constitución, debe ser omitida en su uso.

o especiales. Una correcta exégesis administrativa obliga a razonar siempre en miras de conceder al particular la mayor cantidad de posibilidades de defensa, en especial aquellas que se han concebido como resguardos mínimos, que es lo que sucede con el recurso de reposición del artículo 10 de la Ley 18.575, que hemos analizado concienzudamente en la primera parte de este informe.

Y como acá ni siquiera se ha reglado una impugnación administrativa especial, resulta plenamente pertinente acudir a la aplicación residual común de la reposición del art. 10 de la Ley de Bases. Claro es este artículo al disponer que “Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiese emanado el acto respectivo..., sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”.

Conforme a lo que hemos expuesto en el curso de este acápite, el artículo transcrito correctamente señala que existen dos vías de impugnación: una administrativa, respecto de la cual puede la ley establecer recursos para el caso concreto y, cuando no lo haga, siempre procede el recurso de reposición ante la autoridad de la cual emanó el acto; y otra jurisdiccional, que procede cuando haya lugar.

Esta situación es aplicable al artículo 36 A en estudio, ya que en él no se prevé una sede administrativa de impugnación, lo que podría haber sido una reglamentación particular del recurso de reposición otorgando, por ejemplo, un plazo para su interposición, sino que hace enseguida proceder un reclamo de carácter jurisdiccional, al que mal denomina *recurso de apelación*. Entonces, cabe afirmar que lo que hace esta norma es sólo permitir la utilización de un nuevo recurso y que, de modo alguno, limita o proscriba a los demás, ya que ello significaría dejar sin aplicación el artículo 10 de la Ley 18.575, vulnerando de paso y de suyo también el mandato constitucional del artículo 19 N° 14, lo que tornaría a la norma legal, indiscutiblemente, en inconstitucional, y de allí, los actos que en ella se amparen, nulos.

Corroborar esta interpretación una extensa jurisprudencia administrativa, en la cual la Entidad de Control ha tenido un papel trascendental. Así ha dictaminado que lejos de dejar en la indefensión a los particulares, en algunos casos no procede el recurso de reposición o reconsideración, ello sólo acontece porque la ley ha podido, en ocasiones, reglamentar o regular expresamente *estos recursos administrativos*, sin que ello constituya una alteración al artículo 10, sino, antes bien, una precisión que consiente ex-

presamente su parte primera;¹⁷ y por último, más claro aún, el órgano contralor ha dicho que el recurso de reposición contemplado en la Ley 18.575, artículo 10, constituye aquel resguardo mínimo que ha establecido la ley para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, no procediendo respecto de resoluciones para las cuales el legislador expresamente ha previsto recursos administrativos especiales. En ausencia de aquellos, como lo indica la ley, *siempre* existe la posibilidad de concurrir a pedir reconsideración al autor de una decisión administrativa.

A mayor abundamiento, como habíamos ya anotado, los tribunales de justicia han reconocido que la razón de improcedencia de este recurso general de reposición del artículo 10 se fundamenta en la existencia de recursos *administrativos* especiales reglados por la ley al caso concreto, señalando que el artículo 10 de la Ley de Bases, *"Al establecer que contra los actos administrativos se podrá siempre interponer el recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, no ha hecho más que consagrar un resguardo mínimo para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, especialmente cuando en las leyes aplicables al caso concreto no se contemplen medios de impugnación de dichos actos. Si por el contrario en dichas leyes se contemplan medios de impugnación, deberá estarse a lo establecido en ellas, especialmente en cuanto a las resoluciones susceptibles de ser impugnadas y a las formalidades y plazos para hacer valer aquellos"*.¹⁸

¹⁷ Así ha dicho: *"El recurso de reposición impetrado en estos casos, fundado en la Ley 18.575 artículo 9º, no constituye un derecho diverso de la reconsideración establecida en el artículo 136 del Código de Aguas y que, según esa norma, debe deducirse dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución respectiva. Como este precepto presenta un carácter especial frente a la primera, y además reglamenta la materia completamente, es necesario entender que sus disposiciones se aplican preferentemente... Por tanto el recurso de reposición o reconsideración sólo tiene cabida respecto de las resoluciones de la Dirección General de Aguas en la forma prevista en el artículo 136 del Código del ramo aludido, puesto que en dichos actos están debidamente resguardados los derechos de los interesados, mediante el recurso que franquea esta norma"*; también ha expresado *"No procede interponer recurso de reposición del artículo de la Ley 18.575 en contra de resolución del Consejo Superior de Educación en la que se formulan observaciones de tal envergadura a un proyecto institucional o de una nueva carrera que en el fondo significan un rechazo... ello porque este recurso no puede entablarse en contra de resoluciones que se emitan en asuntos cuya tramitación está afecta a un procedimiento reglado que contenga medios de impugnación, como es el contenido en los artículos 40 y 43 de la Ley 18.962"*; y agrega *"El Ministerio de Economía se ajustó a derecho al no acoger, por inadmisión, el recurso de reconsideración presentado en contra de la resolución de esa Secretaría que, a su vez, se pronunció sobre su reclamación en contra de la caducidad declarada por la Subsecretaría, porque la decisión del Ministerio que resuelve la reclamación no es susceptible de recurso administrativo y el artículo 9º alegado por la reclamante no es aplicable en este caso, pues el recurso de reposición que contempla constituye un resguardo mínimo que no tiene cabida en los casos en que la ley ha regulado la forma de impugnación de un acto administrativo como en este caso"*. Ello en dictámenes 14.459, de 2001; 38.894, de 1988, entre otros.

¹⁸ Comercial Multimarket Ltda. con Director Regional del Servicio de Impuesto Internos VIII Región, cit. nota 2 precedente.

III. La identidad material de las faltas administrativas y penales lleva al mismo resultado impugnativo: siempre procede la reconsideración o reposición ante la autoridad sancionadora

Aun cuando pueda pesar para algunos el hecho de que la Administración sancione a los particulares mediante un procedimiento previamente establecido por el legislador imponiendo multas que incluso pueden derivar en penas restrictivas de libertad, es innegable que la potestad sancionadora del Estado-Administración se encuentra presente en nuestro ordenamiento y un ejemplo de ello es lo que ocurre en la ley de Telecomunicaciones.

En la doctrina administrativa contemporánea¹⁹ se sostiene que hoy existe una verdadera transformación del sistema vigente de sanciones administrativas, que más que desconocerlas, intenta adecuar su existencia con los principios del debido proceso, tipicidad y legalidad, lo que implica la necesidad de proyectar al campo de las sanciones administrativas las categorías más depuradas del derecho penal. Esta proyección no viene dada por un mero capricho o una analogía sin fundamento, sino porque esta doctrina advierte una clara identidad entre las sanciones administrativas y las puramente penales.

Al adentrarnos en el estudio de la potestad sancionadora de la Administración, la primera cuestión que se nos presenta es precisamente la que se refiere a cuál es su naturaleza, pues de esta inicial determinación se derivarán los principios que deben informarla y las normas que deben regirla. Si se analizan los distintos casos que nuestro ordenamiento nos ofrece en relación a este asunto, es posible advertir que la concesión por parte del legislador a la Administración de la potestad sancionadora obedece más que nada a razones pragmáticas y en particular al fenómeno despenalizador de las contravenciones menos graves. Desde esta perspectiva, tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del *ius puniendi* genérico del Estado.

En España la jurisprudencia ha declarado en relación a esta identidad que "un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"²⁰ y de esa justificación ha resultado la aplicación de principios

¹⁹ Vid., especialmente, Juan F. Mestre Delgado, *La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública*, en Estudios sobre la Constitución Española, t. III (1991), Civitas, pp. 2494, ss., donde contiene abundante bibliografía sobre la materia. Vid., también, en op. cit., Angel Torio López, *Injusto penal e injusto administrativo*, pp. 2536 y ss. A idénticas conclusiones arriba Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo (1998), t. II.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 18/1981, de 8 de junio.



comunes a ambos ordenamientos, como los de irretroactividad de las normas sancionadoras, *non bis in idem*, prescripción, tipicidad, etc. No obstante que en España exista un fundamento constitucional²¹ claro que permite a los tribunales de justicia establecer con rango supremo la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, en Chile podemos arribar a similares conclusiones que las expuestas de la aplicación del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980.

Esta interpretación permite reconsiderar la norma contenida en nuestro Código Penal en el art. 20, que dispone que: “No se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”. Los términos de esta disposición han llevado a concluir que las sanciones administrativas no son penas, sin embargo, si se considera que esta norma fue traspasada del derecho español, donde lejos de significar o establecer tal distinción tuvo por objeto la penetración en el ordenamiento jurídico de un derecho penal administrativo y del principio jurídico preliberal, de que los funcionarios y autoridades están legitimados formalmente para la actuación de las normas integrantes del derecho penal administrativo, la referida conclusión resulta a los menos apresurada.

Es lo que se puede concluir de nuestra propia doctrina,²² que a la par con la ya expuesta, ha sostenido que cualquier elemento formal que pretenda establecer una distinción entre ambas figuras, cae al existir una identidad sustancial entre ellas, y de ahí que no puede sostenerse válidamente que las sanciones administrativas no sean penas. En efecto, las sanciones administrativas son penas, en cuanto ambas traducen la imposición de un castigo derivado de un comportamiento ilícito, lo que se corrobora por lo dispuesto en el art. 501 del propio Código Penal (ubicado en el Libro Tercero título II “Disposiciones comunes a las faltas”) al prevenir que: “En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en

²¹ Dispone el artículo 25 de la Constitución Española que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, en este mismo sentido se agrega en el mismo artículo la prevención de que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

²² Vid. sobre el particular a Iván Aróstica Madonado, *Un lustro de sanciones administrativas*, en Revista de Derecho Público (U. de Chile) 50 (1991) 173-195 y, más extensamente, en *El derecho administrativo sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 84 (1987), pp.109 y ss. También en *Algunos problemas de derecho administrativo penal*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 182 (1987) pp.71 y ss, y en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 85 N° 1 (1988), pp. 41 y ss.

este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales.

Sostener lo contrario importaría consentir graves violaciones a las garantías previstas en la Constitución, por ejemplo, se podría admitir la confiscación de bienes a través de actos administrativos, ya que la Carta sólo prohíbe aplicarla como "pena" (art. 19 N° 7 letra g); o admitirse la retroactividad de las leyes sancionatorias administrativas, pues la Ley Suprema únicamente veda ese efecto tratándose de las "penas" (art. 19 N° 3 inc. 7°); o consentirse el desconocimiento del principio de tipicidad, comoquiera que la Constitución sólo dispone que ninguna ley podrá establecer "penas" sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (art. 19 N° 3 inc. 8°).

De ahí entonces que la identidad material o sustantiva entre las sanciones penales y las administrativas sea la vía racional y justa para establecer las reglas básicas a las cuales debe sujetarse tanto el establecimiento legal como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, siendo éste también el mecanismo posible para la debida protección de los particulares frente a un eventual ejercicio abusivo o ilegal de esta potestad.

El Tribunal Constitucional ha tenido varias oportunidades para pronunciarse acerca de esta identidad material y de la procedencia de aplicar los principios constitucionales que rigen en materia sancionadora penal a las sanciones administrativas. Valga rescatar algunas de estas sentencias, como el rol N° 184,²³ recaída en el proyecto de ley que modificaba las leyes de mercado de valores, administración de fondos mutuos, de fondos de inversión, de fondos de pensiones, de compañías de seguros y otras, donde entendió que la cancelación de la inscripción electoral era una *sanción administrativa*, y sin objetar esa naturaleza le restó legitimidad a la norma por la forma en que esa sanción se verificaba, puesto que no se precisaban los aspectos básicos relativos al ejercicio de dicha potestad sancionadora, como un justo y racional procedimiento. Ese mismo orden de entendimiento se aprecia también en el rol 244, estableciendo allí, "*Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador,*

²³ Sentencia de 7.3.1994 recaída en el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.301, publicada en el Diario Oficial el 19.3.1994.

²⁴ Pronunciamiento recaído a propósito de la ley 19.473 (27.9.1996), y en el que se sigue la línea del Tribunal Supremo Español, manifestada en iguales términos, en sentencia de 20.12.1989 (Ar. 9640).

*puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado" (cons. 9°).*²⁴

En este contexto, cabe preguntarse si únicamente procede el recurso de apelación que contempla el artículo 36 A de la tantas veces referida Ley de Telecomunicaciones, contra la sanción emanada del Ministro o también, desde un punto de vista estrictamente penal de la sanción, cabe el recurso de reconsideración.

Pues bien, las faltas se encuentran contempladas en el Libro Tercero del Código Penal y en innumerables leyes especiales, reglamentos y ordenanzas municipales, faltas respecto de las cuales, en principio, son competentes para su conocimiento los Juzgados de Policía Local, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 15.231. Pues bien, dentro del procedimiento de policía local, expresamente en su artículo 21, *se acepta siempre la reposición contra la sentencia que imponga una multa*, en cuya virtud el juez puede moderar o dejar sin efecto aquella que él mismo antes impusiera. Esta especial *reposición* o *reconsideración* a la sanción aplicada, es parte inherente del procedimiento sancionatorio de las faltas, más aún cuando la Ley 19.665 derogó la posibilidad de que los juzgados del crimen conozcan de algunas específicas faltas, como ocurría hasta la dictación de la ley indicada.

Como lo señaláramos, aunque arribáramos a la temeraria conclusión de encontrarnos frente a un Ministro-Juez y comprobáramos que la ley adjetiva que es el fundamento de su actuación (Ley 18.168) no contempla un recurso de reposición o reconsideración, razones de mínima coherencia nos indican que al ser la conducta reprochada constitutiva de una mera falta, aunque dicha ley no contemple el recurso de reposición o reconsideración frente a lo que el Ministro decida (v.gr. una multa), ello no puede significar que tal remedio impugnativo se encuentre proscrito, sino que antes bien, supliendo la laguna o silencio de la ley, debemos al contrario concluir que es perfectamente aplicable por ser inherente al justo y racional procedimiento de faltas y, porque además su exclusión importaría validar una desigualdad que es contraria al ordenamiento jurídico constitucional, puesto que iguales reproches jurídicos (faltas) conllevan distintos medios impugnativos, así, si la sanción es aplicada por un juez de policía local, cabría reposición o reconsideración y, en cambio, si aquélla es aplicada por un Ministro-Juez, tal impugnación estaría vedada.

IV. Conclusiones

- Como se ve, la consagración del *principio de impugnabilidad* en el artículo 10 de la Ley de Bases, mediante el expediente de establecer como norma general para la Administración del Estado que contra los actos administrativos se podrá siempre interponer el recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, no ha hecho más que consagrar un resguardo mínimo para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, especialmente cuando en las leyes aplicables al caso concreto no se contemplen medios especiales de impugnación administrativa para dichos actos. Si por el contrario en dichas leyes se contemplan medios de impugnación, deberá estarse a lo establecido en ellas, especialmente en cuanto a las resoluciones susceptibles de ser impugnadas y a las formalidades y plazos para hacer valer.
- Se encarga de demostrarlo la jurisprudencia revisada: sólo cuando existe un remedio administrativo especial de impugnación establecido por la ley, es impertinente acudir al recurso de *reposición* o *reconsideración* administrativo residual que establece el artículo 10 de la Ley de Bases. En ausencia de dicha especial previsión normativa, es absolutamente procedente acudir a la dicha *reconsideración* administrativa, único medio a través del cual la autoridad que emitió el acto administrativo puede concurrir a revisar y corregir los actos que han podido nacer con infracción al ordenamiento jurídico, ya sea modificándolos o dejándolos sin efecto, si es que adolecen de vicios de legalidad o se han basado en supuestos erróneos que deciden un rumbo arbitrario o desproporcionado al decidir administrativo.
- Por lo demás, frente al acto concreto que se pretende impugnar por vía de una reconsideración o reposición interpuesta ante el autor del acto sanción, que conlleva la imposición de una multa impuesta por el cometimiento de una falta, han de aplicarse las mismas e idénticas consecuencias impugnativas que el ordenamiento erige para el castigo de las faltas que siempre, como se ha visto, importan la posibilidad de solicitar reconsideración frente al autor de la correspondiente sanción, siendo un indiferente jurídico si aquél pertenece al orden judicial o administrativo, conforme hemos expuesto.
- En todo caso, aunque de acuerdo al *principio de independencia* que existe entre el orden administrativo y judicial, los recursos jurisdiccionales son independientes a las reclamaciones administrativas y proceden éstas *sin perjuicio* de aquéllas, es lo cierto que el recurso de *reconsideración* o *reposición* administrativo ha de intentarse en forma previa a la impugnación ju-

dicial, puesto que a partir del momento en que la *litis* jurisdiccional ha quedado trabada, y sólo a partir de dicho instante procesal, el asunto deviene en exclusiva y excluyentemente jurisdiccional. Es por eso que la autoridad convocada a dar respuesta y resolver un reclamo administrativo de *reconsideración* debe arbitrar oportunamente su decisión, de modo tal de que antes del conocimiento judicial se haya dado la resolución del recurso administrativo que se haya intentado, a efectos de que el juez competente conozca efectivamente el verdadero acto terminal que ha adoptado la fuerza de *cosa decidida*.

- Por todo lo dicho, en presencia de un recurso de *reconsideración* la autoridad ministerial está en el deber de pronunciarse con antelación a cualquier resolución que importe el abandono de su competencia en beneficio de la autoridad judicial. Es decir, el pronunciamiento del recurso de *reconsideración* debe anteceder a la resolución que ordena la remisión de los antecedentes a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso.

Despido abusivo y daño moral

Fabiola Vergara Ceballos

Diplomada Curso de Especialización en Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

El contrato individual de trabajo está definido en el artículo 7° del Código del ramo, definición de la que se desprenden, para el empleador, la potestad jurídica de mando y, para el trabajador, el deber de obediencia. "La subordinación conlleva la existencia de un poder privado de un sujeto sobre otro, lo que hace necesaria una protección de los derechos de la persona y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de trabajo" (Verdier, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1990. Pág. 8).

Estas obligaciones y derechos acarrear consecuencias patrimoniales (prestación de servicios y pago de remuneraciones) y consecuencias más amplias y profundas conocidas como el "contenido ético-jurídico del contrato de trabajo".

Lo anterior implica que el contrato de trabajo no representa, solamente, un intercambio de servicios por remuneraciones; su fundamento reside, además, en que seres humanos se vinculan en una relación de carácter jurídico-personal, estable y continua, tras la consecución de un fin común, cual es la producción de bienes y servicios para la comunidad. Concordante con esta posición, la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, o de la horizontalidad de los derechos, mediante la irrupción de los derechos fundamentales en el ámbito privado, propugna la "ciudadanía en la empresa".

Entre los deberes del empleador, producto de este contenido ético-jurídico, está el de respeto a la persona y dignidad del trabajador; cualquier menosprecio, activo o pasivo, es una falta de respeto que causará humilla-

ción al trabajador, lo que redundará en una afección psicológica y un detrimento en su dignidad personal.

La existencia de este contenido ético-jurídico permite sostener, entonces, que determinadas actuaciones pueden importar transgresiones a los derechos y garantías fundamentales y comprometer, por tanto, la responsabilidad de las partes de la relación laboral. *Es entonces que el daño moral y su reparación cobran importancia.*

El Código del Trabajo, a propósito de la terminación de la relación laboral, ha reglamentado la indemnización por años de servicio,¹ señalando que será procedente siempre que el contrato de trabajo haya tenido la vigencia de un año o más y la causal de término, invocada por el empleador, haya sido declarada injustificada, indebida o improcedente o no se haya invocado causal alguna (arts. 163 y 168 C. del Trabajo).

El artículo 163 agrega que el monto de esta indemnización es igual a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicios y fracción superior a 6 meses, con un límite máximo de 330 días de remuneración.

La pregunta que nos formulamos es: en presencia de un despido abusivo o injustificado, que ha provocado en el trabajador una aflicción superior a la normal, ¿resarce la indemnización por años de servicio estos perjuicios morales extraordinarios? ¿Puede concurrir, junto a la indemnización por años de servicio, un resarcimiento por el daño moral experimentado por el trabajador?

En este trabajo procuraremos determinar las condiciones necesarias para la procedencia del daño moral en materia laboral y, específicamente, al momento de la desvinculación del trabajador. Para hacerlo nos parece necesario reseñar, brevemente, la reglamentación civil del daño moral, toda vez que es base de la legislación del trabajo, para luego analizar la posición de la doctrina y conocer cuál ha sido el criterio de los tribunales en esta materia.

Responsabilidad

Intimamente unido al daño moral encontramos el tema de la responsabilidad civil, que, como expresa el profesor Sr. Pablo Rodríguez Grez, en su

¹ Respecto a la indemnización por años de servicio se han elaborado teorías con el objeto de precisar su naturaleza jurídica: salario diferido, premio a la fidelidad, mayor valor de la empresa, daño a la antigüedad, resarcimiento del daño, pena impuesta al empleador, previsión y asistencia social, integración del preaviso, responsabilidad sin culpa y teorías eclécticas.



obra *Responsabilidad Extracontractual*, se identifica con la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación, pudiendo ella concurrir con cualquier otro tipo de responsabilidad.

A su vez, la "obligación" importa una conducta que el destinatario de la norma debe realizar y que puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Si dicha conducta no se despliega, quien la infringe debe indemnizar los perjuicios que de ello se derivan.

Ahora bien; para que se configure la responsabilidad deben cumplirse, a lo menos, tres requisitos:

- acción dolosa o culpable;
- un daño o perjuicio sufrido por la víctima, y
- una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y los daños sufridos por la víctima.

Clasificación de la responsabilidad

Si bien es la ley la que, en último término, determina el grado de diligencia y cuidado que se impone al obligado (deudor), la obligación específica puede estar establecida en la ley o en el contrato.

En el primer caso hablaremos de responsabilidad extracontractual; en el segundo, de responsabilidad contractual.

Responsabilidad e indemnización.

"La responsabilidad es el medio de que se vale el derecho para compensar el incumplimiento de una obligación, o bien una forma particular de cumplimiento por equivalencia cuando el obligado no lo hace en especie, es decir, desplegando la conducta debida".

Frente al incumplimiento de un deber de conducta impuesto por la ley, la reacción social se manifiesta concediendo al perjudicado el derecho de exigir la reparación de los daños sufridos, lo que se concreta con la acción indemnizatoria. Es en atención a lo anterior que resulta necesario que, para que nazca la responsabilidad civil, se ocasione un perjuicio patrimonial.

De esta forma, es posible que la responsabilidad civil pueda presentarse aisladamente o unida a otro tipo de responsabilidad.

Daño

a) Concepto

Tomasello conceptualiza el daño diciendo que es “la lesión que por culpa o negligencia de otro recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le produce una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que fuese”.

Por su parte, don Fernando Fueyo Laneri sostiene que es “la violación de uno o de varios derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito” (Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 1991. Pág. 364).

b) Requisitos del daño indemnizable

- que el daño sea cierto y no meramente eventual;
- que se lesione un derecho subjetivo o un interés legitimado por el ordenamiento jurídico;
- que el daño sea directo;
- que el daño sea causado por obra de un tercero, distinto de la víctima;
- que el daño no se encuentre reparado.

c) Clasificación

El daño, en atención a su naturaleza, puede ser clasificado en:

a) Daño material: es la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo de carácter patrimonial. Ello implicará un empobrecimiento susceptible de evaluarse en dinero y, por lo tanto, susceptible de resarcirse en dinero. Puede recaer en la persona o en sus cosas o bienes.

Respecto del daño material, el artículo 1556 del Código Civil distingue entre el daño emergente y el lucro cesante.

b) Daño moral: Entre los autores chilenos que han abordado esta materia, cito a don Fernando Fueyo, quien define el daño moral diciendo que “es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho

ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad o un derecho de familia propiamente tal. La reparación deberá hacerse, preferentemente, en forma no pecuniaria, restituyéndose al danmificado al estado anterior a la lesión y, subsidiariamente, por no permitirlo de otro modo las circunstancias, como de ordinario sucederá, mediante una cantidad de dinero que se dará a modo satisfactivo y que se fijará discrecionalmente por el juez con especial acento en la equidad” (Fernando Fueyo Laneri. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile. 1990. Págs. 68 y 69).

El profesor Alessandri, por su parte, señala que es aquel que “consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico” y “que puede revestir dos formas, según tenga o no repercusiones patrimoniales”. “De ordinario –y es el caso más frecuente– el daño moral comporta a la vez un daño material. Así ocurre cuando un mismo hecho produce un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral: tal es el caso de una lesión o pérdida de un miembro, que hace sufrir a la víctima y le disminuye sus fuerzas o su capacidad de trabajo; de las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de un comerciante, que le acarrearán perjuicios pecuniarios en sus negocios. En estos casos el daño moral es indemnizable; nadie lo discute” (Arturo Alessandri Rodríguez. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Impr. Universitaria, pág. 220, 1943).

Podemos señalar, como características del daño moral, que él dependerá siempre de la lesión de un derecho subjetivo; su antecedente puede ser la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial; no puede tasarse con parámetros objetivos; y existe un nexo causal necesario entre la lesión a un derecho y el daño moral.

Con frecuencia, el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales tiene como contrapartida una pérdida pecuniaria, como sería, por ejemplo, el atentado contra el honor de un trabajador, cuando resulta de poner en duda su probidad, toda vez que ello puede perjudicar su futuro desarrollo profesional laboral.

Nuestros tribunales de justicia, por su parte, han entendido por daño moral aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana; en definitiva, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que

sufre el daño (Corte Suprema, enero de 2000); un vejamen... ignominioso... le produce una sensación de angustia e impotencia, que constituye precisamente el daño moral (Corte Suprema, junio de 2000). Asimismo, han estimado que su indemnización no depende de la edad de la víctima o de su "capacidad para concebir la magnitud de la tragedia", con lo que se aclara **cuál es el verdadero fundamento de la reparación del daño moral: la sola condición de persona de la víctima y no su conciencia o percepción del dolor.**

Teoría de la no resarcibilidad del daño moral derivado del incumplimiento del contrato

Esta materia ha sido objeto de debate en la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras; unánimemente es admitida la reparación del daño moral en el ámbito extracontractual, no así en el contractual, y ello obedece, fundamentalmente, a la imposibilidad de cierta parte de la doctrina para compatibilizar la exigencia de una patrimonialidad en la prestación emanada del contrato con el carácter no económico, que ha de representar el daño moral; y a las limitaciones legales que tal reparación presenta.

A estas objeciones se han planteado soluciones que apuntan en las siguientes direcciones:

a) Se postula una reinterpretación del artículo 1556 del Código Civil, que al referirse al daño emergente y lucro cesante demostraría, a contrario sensu, que la indemnización sólo puede abarcar perjuicios patrimoniales.

A la época de dictación del Código Civil los contratos, en su mayor parte, eran de aquellos que generaban obligaciones de dar, desencadenando daños patrimoniales; en la actualidad, en cambio, han proliferado los contratos que envuelven obligaciones de hacer (un ejemplo claro es el contrato de trabajo), cuya infracción genera una serie de daños personales que deben ser resarcidos adecuadamente.

Estos daños pueden tener cabida en nuestro Código Civil a través de una lectura extensiva del artículo 1556 y de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, dando cabida a la múltiple variedad de daños a las personas (integridad física y psíquica) que se producen por el incumplimiento contractual.

b) Leslie Tomasello, en su memoria de licenciatura *El daño moral en la responsabilidad contractual* (1969), indica que si bien en los preceptos

civiles contractuales no existe regulación alguna del daño moral, ello no implica aceptar que se optó conscientemente por la exclusión de los perjuicios morales. Ello obedece, más bien, a que en la época de dictación del Código, la reparación contractual se limitaba a los daños con contenido económico. Lo anterior no obsta, sin embargo, a la indemnización amplia de los daños morales contractuales, sean ellos consecuencia de una obligación cuya prestación revista o no carácter patrimonial, ya que el Código Civil no exige la patrimonialidad de la prestación.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, éste es un tema de derecho privado, en donde todo lo que no está prohibido por el legislador puede entenderse permitido.

Ante la ausencia de regulación del daño moral, Tomasello señala que son los tribunales de justicia los llamados a resolver las contiendas que al efecto se promuevan (artículo 73, inciso 2° Constitución Política de la República), conforme a los principios de integración, pudiendo recurrir a las reglas de la analogía –aplicando los preceptos que autorizan la indemnización en materia de responsabilidad extracontractual–, a los principios generales del derecho o la equidad, toda vez que la indemnización se condice con el más elemental sentido de justicia.

Nuestra Corte Suprema acepta por primera vez la indemnización del daño moral tratándose del incumplimiento de una obligación contractual en sentencia de 3 de julio de 1951. En ella señala que tanto los perjuicios materiales como morales son reparables. El problema radica en si es posible, jurídicamente, indemnizar el daño moral cuando la culpa se genera en el cumplimiento de una obligación contractual.

El tribunal supremo en este caso estimó que, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 1558 del Código Civil, en virtud del cual el deudor es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, los perjuicios morales también eran indemnizables, toda vez que fueron consecuencia del incumplimiento de una obligación emanada del contrato y producida por culpa del deudor. La sentencia agrega que ambos daños (material y moral) tuvieron una misma causa, aunque efectos diferentes.

La crítica que podría hacerse a esta sentencia es que subordina la indemnización del daño moral a que éste haya afectado las facultades económicas de la víctima.

Fundamentos constitucionales del daño moral

Ya la Constitución de 1925 contenía una clara referencia al daño moral al establecer que: "Todo individuo a favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o **meramente morales** que hubiere sufrido injustamente".

Las bases constitucionales del daño moral, en la Carta Fundamental de 1980, se encuentran en los artículos 1°, 5° y 19 N°s 1 y 4, al reconocer la dignidad de la persona humana desde su nacimiento, la limitación de la soberanía por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y al consagrar, como garantías constitucionales, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, entendiendo por honra la buena opinión y fama adquiridas con el mérito y la virtud.

Referencia expresa al daño moral se contiene en el artículo 19 N° 7, i), al señalar que "tendrá **derecho a ser indemnizado** por el Estado de los perjuicios patrimoniales y **morales** que haya sufrido..." por error judicial, ello en concordancia con lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 30 de la misma Carta Fundamental. Por su parte, el artículo 19 N° 24 excluye al expropiado de la indemnización por daño moral al decir que "tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado...".

Por último, el artículo 6° de la Constitución consagra el principio de legalidad constitucional, en conformidad al cual toda autoridad debe obedecer, en primer lugar, la norma constitucional y ha de someterse a ella. Concreción de este principio es que, ante la violación de alguna de las esferas a que se refiere la norma constitucional, los tribunales deben conceder la adecuada reparación de los perjuicios a que ello ha dado lugar, de forma de garantizar su efectiva protección.

En consecuencia, la Constitución aboga por la reparación integral del daño, motivo por el que las legislaciones, ya sean civiles, laborales o de cualquier otra naturaleza, deben conformarse a ella.



Procedencia de la indemnización del daño moral por despido abusivo

Daño moral en la relación de trabajo: etapas en que puede presentarse.

Siguiendo en esta materia al profesor Sr. Sergio Gamonal, podemos distinguir cuatro etapas en que puede presentarse el daño moral en la relación laboral:

- Precontractual: selección del trabajador (entrometerse en su intimidad);
- Ejecución del contrato: incumplimiento de las obligaciones que no importen su terminación, como, por ejemplo, uso abusivo del *ius variandi*, accidentes laborales;
- Término del contrato: despido justificado, injustificado, abusivo e indirecto; y
- Postcontractual.

Indemnización por término de la relación laboral

En el Título V del Libro Primero del Código del Trabajo se contiene la reglamentación del término del contrato de trabajo, estableciéndose las causales de procedencia del mismo (artículos 159, 160 y 161), forma y plazo para su invocación, indemnizaciones y recargos de las mismas, cuando fuere procedente.

1. Causales objetivas:

- a. sin intervención de la voluntad de las partes (art. 159 N°s 1 y 2)
- b. con intervención de la voluntad de las partes (art. 159 N°s 3 al 6)
- c. necesidades de la empresa (art. 161 inc. 1°)

En los casos del art. 159 no hay derecho a indemnización; en el del art. 161 procede la indemnización por años de servicio regulada en el artículo 163 del Código del Trabajo; además, en caso de no haberse dado el aviso previo a que alude la ley, deberá indemnizarse éste.

2. Causales subjetivas: son hechos ilícitos o imputables a la mala conducta de las partes (art. 160 del Código del ramo).

Estas causales, que deben tener el carácter de graves, vinculadas al trabajo y debidamente comprobadas, autorizan la terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, a menos de probarse que su invocación ha sido injustificada, indebida o improcedente o carente de motivo plausible. El artículo 168 del Código del Trabajo determina, además, los recargos correspondientes a estas indemnizaciones.

Es así como tratándose de la falta de probidad (N° 1), actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento... (N° 5) y el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias (N° 6), si el despido fuere declarado carente de motivo plausible por el tribunal –el denominado “despido abusivo”– procederá un recargo del 100% sobre la indemnización por años de servicio respectiva.

Esta indemnización y los recargos pertinentes ¿excluyen la posibilidad de demandar la reparación del daño moral sufrido por el trabajador despedido injustificada o abusivamente?

Al respecto, podemos señalar que la doctrina está dividida, inclinándose algunos por la aceptación y otros por el rechazo de la acumulación de indemnizaciones. Los argumentos de una y otra posición son, fundamentalmente, los siguientes:

1. Teorías que rechazan la acumulación. Fundamentos.

a) La indemnización tarifada establecida por la ley laboral excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación de los daños;

b) la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios producidos por el despido injustificado, correspondiendo su pago se hayan o no producido perjuicios para el trabajador. Esta tarifa, determinada en forma previa por el legislador, tiene por objeto que el costo económico que su pago representa para el empresario no afecte la continuidad de la actividad productiva y que éste pueda planificar, previamente, el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que pagar las indemnizaciones por despido. En caso contrario, se produciría una gran inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo;

c) no es posible aplicar las reglas del derecho común al derecho laboral cuando éste, en forma expresa, ha regulado una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato;

d) si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo hubiere hecho expresamente.

2. Teorías que aceptan la acumulación. Fundamentos.

a) La indemnización tarifada cubre sólo el daño patrimonial sufrido con

ocasión de la desvinculación del trabajador –el perjuicio por la pérdida del empleo– sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse aun cuando no exista culpa del empleador. Resulta lógico, entonces, establecer una indemnización por el daño moral en virtud del ejercicio abusivo del despido, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos;

b) la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización;

c) su no aceptación importaría una especie de “impunidad” para el empleador respecto de los eventuales daños morales que causare al trabajador;

d) el rechazo conduce a situaciones injustas y absurdas, como que un trabajador con diez años de servicios percibirá una mayor indemnización que aquel que posee sólo un año de servicios, aun cuando el daño moral sufrido por ambos sea idéntico;

e) se contraría el principio protector, básico en materia laboral;

f) se contraría la Carta Fundamental, que contempla la posibilidad de indemnizar el daño moral.

Jurisprudencia e indemnización del daño moral por despido injustificado

El estudio de la jurisprudencia nacional muestra que la tendencia mayoritaria es la de negar la acumulación de las indemnizaciones por años de servicio y daño moral.

El razonamiento es, fundamentalmente, que la legislación del trabajo ha reglamentado en forma especial la indemnización por años de servicio, con un carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que el mismo siempre se produce, tanto en el campo laboral como afectivo material. Aun cuando el importe de la indemnización mantiene un origen compensatorio, no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por la ley, de manera que no se trata de cuantificar el quantum en el sentido de incluir el daño emergente (material y

pecunia doloris) y el lucro cesante, sino de dar por supuesto que el daño se ha producido y que el mismo debe ser reparado, pero con un criterio de valoración *ex lege*.

En efecto, nuestros tribunales de justicia han señalado que *“la indemnización por años de servicio... posee como elementos determinantes el tiempo y el monto de la última remuneración, nace a la época de la terminación de la relación laboral y recompensa el lapso durante el cual el dependiente ha invertido su fuerza de trabajo para con su empleador”* (teoría “premio a la fidelidad”). *“Por su parte, la indemnización sustitutiva del aviso previo tiene por objeto resarcir la pérdida abrupta de la fuente de trabajo y procurar que el trabajador disponga de un lapso prudencial para conseguir una nueva fuente de ingresos. La procedencia de ambas está sí condicionada a la declaración previa, por parte del tribunal, de la injustificación o improcedencia del despido”*.

Las instituciones antes reseñadas (indemnización por años de servicio) *“son propias absolutamente del derecho laboral y constituyen resarcimientos o recompensas originadas en la relación de trabajo que une a las partes y que errada o indebidamente se la ha concluido”*. Estas indemnizaciones *“recompensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aun cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador... debe concluirse que la indemnización por el daño moral concebida de manera distinta a la ya examinada y que pudo producir un despido laboral carece de sustento en la materia”* (Corte Suprema, rol N° 927-01).

En sentencia de 12 de julio de 2001, la Excelentísima Corte Suprema revocó la sentencia de segunda instancia, dictada en juicio por despido injustificado y determinó que, en lo atinente al daño moral que le habría provocado al actor (trabajador despedido) el hecho del despido y sus fundamentos (falta de probidad por manejo inapropiado de los fondos de caja chica), *“ha de considerarse que, habiendo establecido el legislador laboral indemnizaciones objetivas al efecto, aquél resulta improcedente en juicio de esta naturaleza.”* (860-01). Cabe hacer presente que el abogado integrante Sr. Patricio Novoa Fuenzalida no compartió el contenido de este fundamento.



¿Nueva tendencia jurisprudencial?

En juicio laboral seguido ante el Primer Juzgado de Letras de Temuco, se dedujo demanda por despido injustificado solicitándose, junto a las prestaciones laborales pertinentes, la indemnización del daño moral ocasionado al trabajador, quien lo hizo consistir en que “de la sola lectura de la comunicación de término de contrato que me entregara mi empleador se puede establecer que en ella aparece de manifiesto una intención dañosa, perjudicial, **que atenta en contra de mi honra y de mi integridad, que lesiona mi honor y prestigio**”, agregando que “mi empleador no sólo me imputó personalmente estos hechos, sino que, además, en una actitud que rebosa maldad, se dio maña para que esta comunicación de término de contrato fuera leída en alta voz ante un grupo de trabajadores de la empresa, a fin de convencerlos de mi indigna conducta”.

La sentencia de primera instancia condenó a la demandada al pago de indemnización por daño moral, la que fue confirmada, en esta parte, por la Corte de Apelaciones respectiva.

En contra de esta última sentencia se recurrió de casación en la forma y en el fondo argumentándose que la demanda, en lo relativo a la indemnización por daño moral, debía ser rechazada absolutamente en atención a los siguientes argumentos:

- una cuestión son las relaciones laborales y otra muy distinta, las indemnizaciones producto de los delitos o cuasidelitos;
- en parte alguna el artículo 420 o el Código del Trabajo, en su conjunto, establece siquiera la posibilidad de demandar una indemnización por daño moral.

No obstante que la resolución de la Corte Suprema (N° 3.680-00) rechazó la indemnización por daño moral, teniendo por fundamentos los indicados precedentemente, en ella se contiene una prevención del ministro Sr. Marcos Libedinsky, quien, concurriendo a la revocatoria parcial, señala que *“si bien las indemnizaciones derivadas de un despido injustificado por parte del empleador están, en principio, limitadas por las normas que el Código del Trabajo fija al respecto en el Título V del Libro I, ellas no excluyen que, en casos especiales –si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido–, pueda reconocerse a favor de este último una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral”*, lo que no resultó procedente en el caso en comento, toda vez que no se acreditaron dichos perjuicios excepcionales.

Comentarios

I. Cabe hacer presente que el daño moral, cuya reparación se solicitó, se originó en el aviso de despido; fue el contenido del mismo –agraviante para el trabajador–, unido a hechos posteriores (humillación pública) lo que lesionó su honor y prestigio y sirvió de fundamento a la demanda.

Nos parece importante reparar en este punto, ya que nos indica que se debe ser sumamente cuidadoso al momento de fundar la causal de término del contrato de trabajo, toda vez que allí pueden vulnerarse los derechos y garantías fundamentales del trabajador.

II. La prevención del ministro Libedinsky es relevante no sólo por cuanto hace excepción a la tendencia mayoritaria de nuestra jurisprudencia, sino porque, además, establece criterios relativos a cuáles debieran ser los elementos fácticos que, en definitiva, harán procedente la reparación del daño moral en materia laboral:

1. Ante todo, cabe destacar que es condición previa, ineludible, el que el despido haya sido declarado injustificado o abusivo.

2. Ahora bien, una vez hecha esta declaración, será necesario examinar detenidamente los antecedentes que han rodeado al despido para concluir si, en el hecho, éste reviste características **especiales, únicas y singulares** que lo diferencien y distingan de la generalidad. En este punto nos remitimos al autor Ernesto Martorell (*Indemnización del daño moral por despido*. Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 194), quien reconoce como límite a la procedencia de la indemnización del daño moral por despido el “principio de la extraordinariedad”, en virtud del cual ella podrá presentarse cuando el despido abusivo corresponda a una situación excepcional.

De ordinario, la desvinculación del trabajador producirá en éste un sentimiento de aflicción, indignación, temor por la pérdida de su fuente de trabajo y de los ingresos correlativos, inseguridad psicológica, etc. Todo esto podemos comprenderlo dentro del sufrimiento “normal” por la pérdida del trabajo. Sin embargo, cuando al despido concurren hechos tales como la humillación pública o privada del trabajador, el descrédito y/o desprestigio social, se vulneran garantías fundamentales tales como la integridad física y psíquica (artículo 19 Nº 1), el respeto y protección de la honra de una persona (artículo 19 Nº 4), entre otras.

Al señalar que la indemnización por años de servicio no excluye la del daño moral, siempre que concurren “*perjuicios extraordinarios*”, se está

reconociendo la necesidad de concurrencia de un sufrimiento, dolor o aflicción mayor al experimentado ordinariamente con ocasión de un despido.

3. Es fundamental que los “perjuicios extraordinarios” sean probados por el trabajador; es decir, quien invoca este daño debe acreditarlo de forma tal que no queden dudas de su existencia y magnitud.

Estimamos que el empleador que imputa al trabajador una causal de despido carente de motivo plausible o que a la desvinculación del trabajador añade elementos que lesionan las garantías y derechos fundamentales antes reseñados, no sólo vulnera el mandato constitucional, sino que, además:

a) transgrede el artículo 5° del Código del Trabajo (modificado por la Ley 19.759 de 05 de octubre de 2001), que preceptúa: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”;

b) abusa del derecho que le reconoce la legislación (poder de dirección, consagrado en el artículo 7° del Código del Trabajo).

Tal como señala el profesor Pablo Rodríguez, el abuso del derecho dice relación con el daño que se causa por efecto de poner en movimiento un falso derecho que no se tiene; el ejercicio de un derecho que efectivamente se tiene y en el marco del interés jurídicamente protegido por la norma positiva, no constituirá jamás un acto abusivo que pueda ser objeto de una sanción civil, ya que en él se entiende comprendido el daño para el obligado a satisfacerlo (empleador ejerce el derecho que le concede la legislación al despedir a un trabajador, el que “debe” soportar el perjuicio correspondiente).

En cambio, **“sí es abusivo el acto en que se ejerce un derecho, no para satisfacer el interés jurídicamente tutelado, sino para lograr otro interés o proyectándolo más allá de lo que corresponde”** (*Responsabilidad Extracontractual*. Pablo Rodríguez Grez. Editorial Jurídica de Chile, 1999).

El empleador que sin motivo alguno imputa una causal de despido, de suyo agravante para el trabajador, o que, de mala fe y con el sólo objeto de eludir el pago de las indemnizaciones pertinentes, invoca alguna de las del art. 160 del Código del Trabajo, abusa del derecho que la ley le ha reconocido (poder de dirección) causando un daño considerable al trabajador y sin que ello le reporte, al empleador, beneficio alguno. Estimamos que

esta situación pugna con el sentido de justicia y, por tanto, no puede estar amparada por la legislación.

Conclusiones

Los argumentos doctrinales, normativos y jurisprudenciales expuestos en este trabajo refuerzan nuestra convicción de que en la desvinculación del trabajador puede producirse un perjuicio moral –no comprendido ni resarcido por la indemnización por años de servicio– que hace procedente la indemnización por el daño moral causado.

Esta materia, aún no resuelta por la legislación, está entregada a los criterios de los tribunales de justicia. Son ellos los llamados a determinar, caso a caso, la concurrencia de los elementos que configuren un perjuicio moral y los encargados de fijar las pautas de las indemnizaciones a pagar.

Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad



Patricio Oyaneder Davies

Ex Profesor Ayudante de Derecho Penal I
y de Derecho Penal Económico

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

I. Introducción

Es sabido que el presupuesto esencial de toda responsabilidad, mas no de todo daño, está dado por la existencia de una conducta humana causalmente conectada con dicho resultado. Esa conducta puede manifestarse activa o pasivamente: En el primer supuesto nos hallamos ante una acción (o hecho positivo); en tanto que en el segundo, ante una omisión (o hecho negativo). Al análisis de esta última, como presupuesto de la responsabilidad extracontractual (o *aquiliana*), nos remitiremos en lo que sigue, en atención al escaso análisis del que ha sido objeto, particularmente por la doctrina patria.

II. Noción de omisión

En términos generales, podemos afirmar que el punto de partida necesario para comprender el real significado y alcance de la omisión en el derecho está dado por la existencia de una obligación –deber de conducta– impuesta por el sistema jurídico al destinatario de la norma. Por ello, resulta imprescindible dejar sentado *ab initio* que no toda omisión es relevante para el derecho, sino sólo aquellas que importan el incumplimiento de un deber de conducta esperado de un sujeto de derecho por el ordenamiento jurídico. De modo que sólo en este caso, esto es, verificado el incumplimiento de un deber de obrar, podemos entrar a analizar si concurren o no los demás elementos que configuran la responsabilidad *aquiliana*.

Consiguientemente, lo que nos interesa es esclarecer un concepto normativo de omisión, pues, como bien se ha puntualizado: “La omisión no se identifica con la *inactividad*. Cuando el individuo no hace nada está inactivo, pero se puede estar inactivo sin incurrir en omisión. El de *inactividad* es un concepto natural: mira el no hacer, en sí mismo, como ausencia de

movimiento corporal. El de *omisión* es un concepto normativo, porque sólo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demandaba una actividad”.¹ Dicho de otra forma, cuando el ordenamiento jurídico impone al sujeto una regla de actuación positiva y ésta no se verifica, estamos ante una omisión relevante a efectos jurídicos; de caso contrario, el sujeto habrá incurrido en una mera inactividad intrascendente para el derecho.

Al hilo de lo expuesto, podemos afirmar que la omisión, *latu sensu*, es la no prestación de lo que se debe (incumplimiento) mediante la abstención de ejecutar la conducta que el sistema jurídico imponía desplegar al destinatario de la norma.

III. De las clases de omisión

En doctrina se distinguen dos clases de omisión, a saber: la *omisión propia* (u omisión simple o pura) y la *omisión impropia* (o comisión por omisión). En la primera, recuerda el profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA) Isidoro H. Goldemberg, “el sujeto infringe el mandato legal, no ejecutando la actuación prescripta por la norma, con independencia de las consecuencias perjudiciales que produce o pudiera producir su inactividad”,² y, siguiendo al penalista Sebastián Soler, puntualiza que en este supuesto la relación causal se invierte, pues se juzga el acto esperado y no el cometido; en cambio, la segunda –*comisión por omisión*– “ella es sólo un medio para alcanzar el resultado perjudicial querido por el agente: v. gr., la madre que deja de suministrar alimentos a la criatura con la intención de darle muerte (...) El no hacer traduce aquí la voluntad dirigida a la consecución de aquella finalidad”.³

Bien señala este autor que en los supuestos de *omisión impropia* “existe un efectivo *acto de comisión*, llevado a cabo a través de un proceder negativo”.⁴ Pero, y he aquí lo trascendente de esta “modalidad de omisión”, “la causalidad de la conducta está dirigida a la creación de un estado de hecho que se traduce en el resultado comisivo”.⁵ En otros términos, conclu-

¹ Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Parte General, Volumen I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, págs. 236 y 237. También citado por Isidoro H. Goldemberg, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 200 y 201. Para profundizar sobre el particular, con buen acopio de la doctrina alemana imperante en su época, vid. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, págs. 337 y siguientes.

² Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 202.

³ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 203.

⁴ Isidoro H. Goldemberg, *Ibidem*.

⁵ Isidoro H. Goldemberg, *Ibidem*.

ye más adelante el citado comentarista: "El daño que se comete por medio de un deliberado acto omisivo es ciertamente 'el resultado de una libre determinación de parte del autor' (art. 1076 del Código Civil Argentino). Este intencional no actuar a fin de que el perjuicio tenido en mira se consume, constituye un acto volitivo que posee igual entidad que una acción".⁶

Se habrá apreciado que las diferencias entre ambas clases de "omisión" son sustanciales. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la *causalidad*, en la omisión propia el proceso causal no ha sido desencadenado por el sujeto, al que se le exige un obrar tendiente a interrumpirlo a fin de evitar la producción del daño que está en vías de concretarse; en la omisión impropia, en cambio, el agente no está obligado a interponerse en proceso causal alguno, pues éste no existe, sino que él mismo pone en curso uno, o, si se quiere, lo desencadena. De modo que en esta última hipótesis el proceso causal que se desarrolla es efecto de un acto de deliberación del agente que omite, el cual –como hemos apuntado– quiere, de ese modo, violar el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en la omisión impropia hay autoría, cosa que no ocurre en la omisión propia.

Conforme lo dicho, va de suyo que en la omisión impropia el hecho negativo crea *per se* un proceso causal que es consecuencia del plan urdido por el autor para ocasionar el daño. En la omisión propia la situación es diametralmente inversa, por cuanto el proceso causal ha sido desencadenado por un hecho de la naturaleza o por un sujeto distinto de aquel al que se le exige desplegar la conducta tendiente a interrumpir ese proceso causal preexistente –y ajeno a él– para frustrarlo y evitar la consumación o propagación de un daño.

Pues bien, de cuanto llevamos dicho se desprende que la inclusión de la denominada omisión impropia en el género de esta modalidad delictual es artificiosa, toda vez que, en realidad, ésta es una forma de comisión. No en vano desde antaño la ciencia penal ha develado esta situación sindicando a la sobredicha omisión como *falsos delitos de omisión*,⁷ pues, según hemos puntualizado, en este supuesto el agente, tras una deliberación consciente, decide producir un daño mediante la no ejecución de la conducta que el ordenamiento jurídico le imponía desplegar, como ocurre en el clásico ejemplo citado de la madre que deja de alimentar a su hijo para producirle la muerte. Dicho esto, en lo que sigue nos circunscribiremos al análisis de la omisión propia.

⁶ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 206.

⁷ En igual sentido, Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, Tomo I, Volumen Primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 348.

IV. Antijuridicidad de la omisión propia

Bajo el epígrafe intitulado "Antijuridicidad" la doctrina foránea ha venido tratando lo relativo a la contrariedad de la acción y, en ocasiones también, de la omisión con el orden jurídico. Cabe hacer presente en este punto el mérito de la obra *Responsabilidad Extracontractual*, del profesor Rodríguez Grez, quien, según entendemos, aborda por primera vez en nuestro medio el análisis de la antijuridicidad como presupuesto del delito civil.

Es usual que los estudios relativos a la antijuridicidad de la omisión propia den cuenta de las dos posiciones encontradas que sobre la materia imperan hasta la actualidad, por lo que pasamos a reseñarlas.

Para algunos, sólo existirá responsabilidad por el hecho negativo (u omisión) cuando una norma jurídica imponga *expressis verbis* el deber de desarrollar la conducta omitida. Para otros, entre quienes milita Goldemberg, basta con "la violación de un deber jurídico de actuar, por hallarse interesadas las obligaciones generales de conducta, la moral y las buenas costumbres que integran el orden normativo, *sin necesidad de que esa actividad haya sido impuesta por una disposición específica de la ley*".⁸ Entiende este comentarista que: "La nota que tiñe de antijuridicidad a la abstención está dada por el quebrantamiento del *deber jurídico* que tenía el sujeto de llevar a cabo un accionar positivo",⁹ cuyo acatamiento habría evitado el resultado dañoso.

Al pronunciarse sobre el alcance de este *deber de obrar* el autor que venimos siguiendo se manifiesta partidario de dar una interpretación amplia a esta obligación, señalando que a tal efecto "se impone estudiar el dispositivo que nos ocupa de acuerdo con la totalidad del plexo jurídico que disciplina el instituto de la responsabilidad civil. Desde este punto de vista integrador ha de juzgarse la conducta del que se abstiene, a la luz del deber general de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902), que corresponden a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512), todo ello dentro del marco de la licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar (art. 1071)".¹⁰ Agrega este comentarista, tras refutar una interpretación estricta del dispositivo legal trasandino, que: "Si se interpreta (...) que el principio general de responsabilidad por culpa consagrado en el art. 1109 domina todo el sistema resarcitorio estructurado por el Código, se tiene que concluir necesariamente que la inacción de una persona frente a un daño que estaba en

⁸ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 208. La bastardilla es nuestra.

⁹ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 201.

¹⁰ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 210.

condiciones de evitar –no obstante ser extraño a su génesis–, de conformidad con sus aptitudes intelectuales, conocimientos y las circunstancias de tiempo y lugar, tiene que considerarse culposa y, como tal, engendra responsabilidad (arts. 512, 901, 902, 903 a 906, 1109 y cons., Cód. Civil).¹¹⁻¹²

Esta línea argumental ya había sido sustentada en Argentina por el maestro Acuña Anzorena, quien en lo pertinente enseñaba: “De igual manera que el hecho positivo puede traducirse en delito o en cuasidelito según que al agente pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (arts. 1067, 1076, 1109 y demás cons.), así también el hecho negativo o de omisión adquirirá una u otra forma de ilicitud, según que a la persona que se abstiene pueda imputársele dolo, culpa o negligencia”. Luego, precisando su tesis, sostiene que “a falta de una obligación expresa en la ley, la conducta del que se abstiene deberá (...) apreciarse de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar: el orden jurídico no exige sacrificios superlativos, ni actos extraordinarios, pero se está en cambio obligado a realizar todo aquello que sin riesgo personal o patrimonial alguno, pueda evitar un daño a otros”.¹³⁻¹⁴

Por su parte, otro catedrático de la UBA, Jorge Mosset Iturraspe, discrepa de la antedicha opinión, por cuanto considera que “la antijuridicidad de la omisión, al igual que la del obrar activo, debe resolverse ‘per se’, sin recurrir a los ingredientes de la ‘culpa’ o del ‘daño’; nada se avanza, pensamos, diciendo que es antijurídica la omisión dañosa imputable a culpa o

¹¹ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 211.

¹² Para facilitar la comprensión de lo sostenido por este autor transcribimos las disposiciones del Código de Vélez más atinentes: Art. 512. “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Art. 902. “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Art. 1071. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Art. 1074. “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. Art. 1109. “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

¹³ Arturo Acuña Anzorena, *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Ed. Platense, La Plata, 1963, págs. 125 y siguientes.

¹⁴ Las disposiciones del Código Civil trasandino citadas por este tratadista son del siguiente tenor: Art. 1067. “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. Art. 1076. “Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren”. El artículo 1109 ya lo citamos supra, nota 12.

dolo, pues, según veremos más adelante, existen comportamientos a la vez dañosos y culpables que están acordes con el ordenamiento jurídico, que son lícitos”.¹⁵ A reglón seguido agrega este autor: “La antijuridicidad deviene, claro está, de la transgresión de una ‘obligación jurídica de obrar’, pero con un alcance amplio que abarca los ‘deberes legales’ y también los impuestos por las ‘buenas costumbres’ y el ‘orden público’, al igual que los dictados por la buena fe. La ilicitud puede ser antijurídica por ‘ilícitud’ –en el sentido reseñado–, pero puede serlo, además, por ser ‘abusiva’”.¹⁶

Finalmente, señala este catedrático, basado en lo prescrito en la ley criminal sustantiva argentina, que: “En el Código Penal encontramos tipificado como conducta ilícita el abandono de personas, ‘el que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado’ –art. 106–, cuando existe el deber legal de mantenerla o cuidarla y también en hipótesis en que dicho deber no existe, ‘el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad’ –art. 108”. Concluye este autor que la importancia de esta última norma –artículo 108 del Código Penal Argentino– “es indudable a los fines de calificar una omisión como antijurídica en sede civil y, por ende, como fuente de responsabilidad”,¹⁷ toda vez que “la conducta que es antijurídica para el derecho penal lo es también para el derecho civil, dada la unidad del ordenamiento jurídico”.¹⁸ Nosotros no suscribimos íntegramente esta última afirmación por las razones que expondremos más adelante.

Como se indicó en lo precedente, en nuestro medio el profesor Rodríguez Grez ha abordado este tema en su monografía dedicada a la responsabilidad extracontractual. En ella enseña que: “En principio, nadie está obligado a desarrollar una conducta activa sino en aquellos casos en que la ley lo ordena. El mandato legal puede ser expreso, cuando la norma en términos explícitos y formales ordena a su destinatario desarrollar una determinada conducta”,¹⁹ citando en apoyo de su aserto lo preceptuado en el artículo 2125 del Código Civil respecto del mandato. Más adelante agre-

¹⁵ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, pág. 30.

¹⁶ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 30.

¹⁷ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 32.

¹⁸ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 32, nota 31.

¹⁹ Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 126.

ga: "El problema se complica en ausencia de mandato legal expreso. ¿Cuándo se tiene el deber de actuar? ¿En virtud de qué es posible atribuir responsabilidad a una persona porque ha dejado de hacer? En otras palabras, se trata de especificar en qué casos es posible exigir a una persona que rompa la inercia, sin que exista una norma jurídica que concretamente le imponga la conducta activa. A juicio nuestro, este problema debe resolverse sobre la base de dos elementos complementarios: la representación del daño y la naturaleza de la actividad que debe desplegarse para evitarlo".²⁰ En suma, prosigue el mismo autor, "la responsabilidad por omisión sólo procede cuando la omisión de que resulta el perjuicio es contra ley, o bien cuando, sin asumir riesgos significativos, se mantiene la pasividad y el efecto nocivo se consume".²¹

El catedrático que venimos siguiendo funda la responsabilidad por omisión en el *deber de solidaridad que impone la vida en sociedad*, puntualizando a este respecto que "toda persona, por el hecho de vivir en la comunidad civil, está obligada a adoptar las providencias de mínimo riesgo para impedir que sus iguales experimenten perjuicios susceptibles de evitarse. Tan evidente es lo que señalamos, que el Código Penal sanciona como falta, en el artículo 494 N° 14, al 'que no socorriere o auxiliare a una persona que se encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio'".²² Conforme el criterio de este autor, dicha norma aglutina los dos elementos a que hace referencia (representación del daño y naturaleza de la actividad a desplegar).

Según nuestro parecer, la posición sustentada por este comentarista representa una lógica fusión de las tesis mentadas por los tratadistas argentinos precitados. Ello así, por cuanto la alusión que hace a la "representación del daño" nos remite, en definitiva, a la noción de culpa, tal como lo hacen Goldemberg y Acuña Anzorena, entre otros, y tanto "la naturaleza de la actividad que debe desplegarse" para evitar el daño como el "deber de solidaridad que impone la vida en sociedad", a la legislación penal, como lo hace Mosset Iturraspe.

Vista así la cuestión, no cabe duda que las doctrinas reseñadas son bastante certeras en su apreciación de la antijuridicidad, mas olvidan distinguir otro elemento del delito, cual es la tipicidad. Con ello confunden ambos componentes y, de paso, mantienen la preterida concepción causal del delito.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Pablo Rodríguez Grez, *ob. cit.*, pág. 127.

²² *Ibíd.*

La profesora de la Universidad Nacional de Córdoba Matilde Zavala de González afirma que "el carácter expreso de la prohibición sólo implica que debe estar consignada por la ley a través de términos claros, indubitables, inequívocos, ciertos o inconfundibles, no necesariamente sacramentales ni ceñidos a lo casuístico. No supone, entonces, la descripción particularizada del elenco de hechos ilícitos, sistema que sólo por excepción adopta nuestra ley civil".²³ Lleva la razón esta autora, pues en el derecho civil no rige como en el derecho penal el principio *nullum crimen sine lege*, lo que permite en aquél la existencia de un catálogo abierto de prohibiciones típicas. Es que en el derecho civil impera como principio rector el *alterum non laedere*, a virtud del cual se prohíbe causar daño a otro en su persona o en sus bienes, siendo idóneo al efecto, o si se quiere típico, cualquier hecho que efectivamente cause ese daño. De modo que es el resultado daño el que –en definitiva– determina la tipicidad del hecho, cuestión que es distinta de la antijuridicidad del mismo.

En igual sentido se expide Mosset Iturraspe cuando afirma que: "A diferencia de lo que acontece en el derecho penal, donde prima la antijuridicidad formal –principio de legalidad– sobre la base de una serie cerrada de delitos –'nulla pena nulla crimen sine lege'–, el derecho civil admite una serie abierta de actos ilícitos, en la imposibilidad de prever todos los deberes jurídicos cuya violación engendra responsabilidad".²⁴ Conforme ya apuntamos, este autor considera que el precitado artículo 108 del Código Penal de su país es determinante para calificar una omisión como antijurídica en sede civil. Lo propio ha hecho, como se dijo, en el medio local el profesor Rodríguez Grez cuando remite al número 14 del artículo 494 de nuestro Código Penal.

Por nuestra parte, reiteramos, estimamos que una recta comprensión de la teoría del delito civil impone reconocer la existencia de un tipo civil que contempla la prohibición de vulnerar el *alterum non laedere*, ya sea por acción o por omisión, unido ello a que la antijuridicidad debe ser entendida en sentido material, vale decir, informada por todo el sistema normativo, y no sólo por una norma específica del mismo, conforme se precisará más adelante.

En resumidas cuentas, una cosa es la descripción típica, que en el derecho civil se satisface con una formulación amplia que comprende cualquier hecho que sea idóneo para causar daño a otro, y otra muy distinta es verificar si dicha conducta está amparada por el derecho o no. Por consi-

²³ Matilde Zavala de González, "Reflexiones sobre la Illicitud", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo IV, Buenos Aires, 1981, pág. 732.

²⁴ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., págs. 26 y 27.

guiente, sólo una vez verificada la concurrencia de una conducta típica, lo que por cierto arrojará un claro *indicio de antijuridicidad*, es dable entrar a analizar si ella es antijurídica. Así por ejemplo, si quien mata o hiere a otro aparece cometiendo un hecho típico, que por lo mismo parecerá también antijurídico, resulta haber obrado amparado en alguna causa legal de justificación, como son la legítima defensa o el estado de necesidad –entre otras–, no será responsable de delito alguno, pues su conducta, no obstante ser típica, será conforme a derecho.

La tipicidad, por consecuencia, constituye un elemento propio de la estructura de cualquier ilícito; sea éste de naturaleza civil, administrativa o penal, jamás puede estar ausente, aun cuando se materialice de diversas formas en cada una de estas áreas del derecho en atención a los requerimientos que les son inherentes, pues, en definitiva, el tipo no es otra cosa que la expresión positiva de lo preceptuado por el sistema jurídico a través de sus normas. Ello, por cuanto, como bien recuerdan los penalistas españoles Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, en la teoría general del derecho el tipo es el “conjunto de los presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica”.²⁵ A mayor abundamiento, cabe observar que estos presupuestos no son sólo aquellos que dimanar de las normas jurídicas dictadas por el Poder Legislativo o Ejecutivo. La riqueza del sistema jurídico no se agota en dichas normas, toda vez que también forman parte de él, aunque con alcances más restringidos, las reglas jurídicas creadas por los particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad; por cierto, a condición de que ésta se ejerza conforme a derecho (principio de legalidad). De ello se colige que los particulares –en ejercicio de esta prerrogativa– también pueden generar reglas de derecho que se plasman en tipos legales por medio de las cuales se imponen determinados deberes de conducta, que, en caso de no ser observados, generan la consiguiente responsabilidad civil. De manera tal que en materia contractual también se transgrede el *alterun non laedere* a través de la no ejecución de la conducta debida que imponía desplegar la convención que la generó.

Por lo mismo, insistimos, el tipo nunca puede estar ausente en la estructura del ilícito, ya que constituye la descripción –abierta o cerrada– de la conducta debida de cuyo incumplimiento se seguirá la aplicación de una consecuencia jurídica. El tipo, en otras palabras, es la expresión de la norma o regla de *iure* (según el caso) que describe la conducta que debe desplegar o abstenerse de llevar a cabo el agente y la estructura final del ese hecho jurídico (tipo objetivo y subjetivo, respectivamente).

²⁵ Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 305.

Si bien se mira, del conjunto de normas que informan la responsabilidad extracontractual fluye claramente que la omisión siempre es idónea para engendrar la obligación de reparar. En este sentido, son concluyentes, entre otras, las siguientes disposiciones del Código de Bello. El artículo 1487, que dispone: *"las obligaciones que nacen de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona"*; el artículo 2284, de conformidad al cual *"las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. (...) Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito; si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito"*. Y, finalmente, del artículo 2314, que prescribe: *"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización"*. Con tal formulación queda la puerta abierta para incluir en el delito civil tanto la omisión propia como la que se signa de impropia. Lo mismo puede sostenerse en base a lo dispuesto en el artículo 2329 de este cuerpo legal, norma que impone la obligación de reparar todo daño causado con dolo o culpa, sin discriminar si el perjuicio así causado proviene de una acción u omisión. De modo que en nuestra legislación no existe cortapisa alguna para sustentar esta afirmación. En efecto, las cavilaciones apuntadas por los tratadistas argentinos sobre el particular se fundan en la interpretación que algún sector doctrinal hace de las citadas normas del Código de Vélez y, particularmente, de su artículo 1074, que es del siguiente tenor: *"Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido"*.²⁶ En base a esta norma algunos comentaristas de ese país han entendido que la obligación de obrar debe encontrarse expresamente impuesta en la ley, disquisición que no tiene asidero alguno en el medio nacional, ni tampoco en el vecino.²⁷

Nadie, con buen tino jurídico, puede sostener que los artículos transcritos de nuestro Código Civil no contienen la descripción de una conducta típica, aun cuando ella no posea la misma precisión o detalle que una figura típica penal, lo que no es óbice a reconocer su presencia en el derecho civil. Es que, en rigor, esta técnica legislativa es la única viable atendido el hecho que el derecho civil procura la reparación de todo menoscabo patrimonial que provenga de un daño injusto. Siendo esto así, como podrá advertirse, una legislación casuística que pretendiera tipificar pormenorizadamente cada supuesto imaginable idóneo para causar un daño sería una labor ilusoria y, en definitiva, terminaría socavando los principios que

²⁶ La bastardilla es nuestra.

²⁷ Cabe hacer presente que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Republica Argentina de 1998 se proscribió intencionalmente toda disposición semejante a la contenida en el artículo 1074 del Código Civil aún vigente en ese país, a fin de evitar esta estéril discusión.



sustentan la responsabilidad en comento al quedar excluidas muchas hipótesis por no estar “expresamente tipificadas”. Por ello, a juicio nuestro, se adopta la fórmula general (o abierta) mencionada que rige para la generalidad de los casos. Y es lógico que así sea, pues no hay más requisitos, en lo que dice relación con la tipicidad, que la necesidad de que concurra un hecho que cause daño. En eso, precisamente, consiste el hecho típico civil que opera con carta de regla general.

En atención a lo hasta aquí señalado, estimamos que la formulación típica genérica vista es la que más se adecua a los requerimientos del derecho de daños, particularmente teniendo en cuenta la inacabable casuística que implicaría tipificar “minuciosamente” cada delito o cuasidelito civil imaginable, incluyendo en cada caso los sujetos activo y pasivo, los supuestos fácticos, los elementos materiales, etcétera, necesarios para configurarlo, generando así una suerte de “parte especial” del derecho de daños al estilo de lo que ocurre en el derecho penal. Por lo demás, hemos de tener presente que la mayoría de los supuestos fácticos del delito civil encuentran su correlato con los de su homónimo penal, por lo que no existe razón para repetirlos en la legislación civil. Lo cual, por cierto, no debe inducirnos a creer que ello siempre sea así, pues, como es sabido, no todo delito penal atenta contra el principio *alterum non laedere*. Baste como ejemplo citar el caso de los delitos –penales– de peligro (o formales), los que se consuman con la mera creación de la situación de riesgo típica. Acá, el resultado riesgo, que es típico y presuntivamente antijurídico en sede penal, no lo es para el derecho civil, pues dicho riesgo no genera daño alguno. Luego volveremos sobre este punto.

Tan cierto es lo que afirmamos respecto de la presencia de la tipicidad en el delito civil que la legislación especial ha llegado a establecer una serie de hechos típicos cada vez más similares a los contenidos en la parte especial del derecho penal. Así, por ejemplo, la verificación del supuesto contemplado en artículo 52 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, requiere como condición *sine qua non* para configurarlo que se lleve a cabo “con infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”. Queda claro que este tipo contiene un conjunto de elementos normativos que están dados, por ejemplo, por la definición que en la letra e) del artículo 2° de ese dispositivo legal se hace del daño ambiental. Dicho precepto dispone que para todos los efectos legales se entenderá por “Daño ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significa-

tivo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”, lo que nos remite, a su vez, a la letra II) de este artículo, de conformidad al cual se entiende por medio ambiente “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. Lo propio acontece en la letra o) del citado artículo, que define las normas de emisión. De modo que sólo concurriendo estos requisitos, que dan fisonomía propia al citado ilícito civil, se presumirá legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental.

También constituyen tipos especiales aquellos que establecen casos de responsabilidad objetiva (o sin culpa), cuyos clásicos ejemplos los encontramos –entre otros– en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil. En estas hipótesis el legislador hace *expresa* excepción a la regla general que rige en materia de responsabilidad extracontractual al no ser necesario que el daño haya sido ocasionado con dolo o culpa. De consiguiente, en estos supuestos el delito no requiere de elemento subjetivo alguno para configurarse. Como bien enseña el maestro Rodríguez Grez, “la culpa, en este caso, no sirve para atribuir responsabilidad, sino para eximirse de ella”,²⁸ pues asiste al demandado el derecho de acreditar que el daño provino por culpa de la víctima o de un tercero. Resulta obvio que para poder argüir la aplicación de estos presupuestos excepcionales de responsabilidad *aquilliana* es indispensable que el legislador los haya establecido *expressis verbis* en el ordenamiento jurídico, esto es, que los haya tipificado.

Así planteadas las cosas, es claro que en sede civil existe, *latu sensu*, una *tipicidad*. Empero, como ha quedado dicho, este tipo, a diferencia del tipo penal, que por imperativo constitucional contiene una descripción acabada de la conducta *indiciaria de antijuridicidad*, e, incluso, en ocasiones, aparece plasmado de elementos normativos, de referencias específicas tanto al sujeto activo como al pasivo del delito y, muy en particular, al aspecto subjetivo del mismo, sólo contiene un *supuesto jurídico* abierto en el cual puede encuadrarse cualquier *factum* (o hecho jurídico) que ocasione el daño. En otros términos, en el derecho de daños el tipo (*tatbestand* de los alemanes, *fattispecie* de los italianos) no es otra cosa que un esquema o bosquejo abstracto descrito por la norma en la cual ha de verificarse si puede o no encuadrarse el *factum* (dañoso) para que se lo considere típico.

Finalmente, es dable sostener que el tipo civil contiene un *interés jurídicamente protegido* (o bien jurídico, como se lo signa en la “ciencia penal”),

²⁸ Pablo Rodríguez Grez, ob. cit., pág. 196.

cual es la mantención del *alterum non laedere*, y un presupuesto fáctico propio que no requiere –por regla general– para que una conducta se enmarque en él forma de comisión especial alguna, sino sólo que haya atentado contra el sobredicho interés jurídicamente protegido.

Retomando lo relativo a la antijuridicidad, debemos dejar establecido el alcance que a ella le atribuimos en el delito civil, lo que dependerá de si la entenderemos en sentido material o formal; es acá, precisamente, donde entroncamos con las doctrinas precitadas. Sobre el particular, el profesor Rodríguez Grez sostiene que la *antijuridicidad formal* “se desprende de la oposición entre una norma específica y una conducta”.²⁹ En cambio, la *antijuridicidad material*, para este comentarista, se funda en dos elementos: “dolo y culpa y del sistema normativo”.³⁰ Nótese que en este último caso la antijuridicidad no deviene de la violación de una norma particular, sino del orden jurídico apreciado en su conjunto. Esta última acepción de la antijuridicidad reafirma lo dicho en cuanto a que el tipo subjetivo marca un indicio de antijuridicidad, pues toda conducta dañina ejecutada con dolo o culpa es, en principio, contraria al orden jurídico. Así, creemos nosotros, lo reconoce implícitamente este autor, aunque bajo una sistemática diversa de la aquí esbozada, cuando dice que “no puede confundirse en términos absolutos el dolo o la culpa con la antijuridicidad”. Acto seguido, sin embargo, incurre en la misma imprecisión que la generalidad de la doctrina al afirmar que “el dolo y la culpa (que constituyen factores de imputación en el ilícito civil) conforman, paralelamente, un elemento referencial de antijuridicidad”.³¹ De ser esto efectivo, tendríamos que admitir que el dolo y la culpa integran el tipo subjetivo y que, además, juegan un rol –principalmente– en la culpabilidad (juicio de reproche). Ello, para nosotros, no es efectivo. El dolo o la culpa constituyen el aspecto subjetivo de la acción u omisión típica. Siendo esto así, en el juicio de reproche (culpabilidad) ha de verificarse si el sujeto es imputable, no en razón de su actitud interna, sino de su personal situación.

En atención a lo dicho, para nosotros, la noción de antijuridicidad que impera en el derecho de daños es la material. Tal afirmación nos permite, además, sustentar de manera coherente en sede civil la aplicación de las causas legales de justificación que pueden revestir de juridicidad una acción u omisión típica.

Una adhesión a la antijuridicidad material torna plenamente aplicable el citado número 14 del artículo 494 del Código Penal, ejemplo palmario del

²⁹ Pablo Rodríguez Grez, ob. cit., pág. 140.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

deber de obrar que impone la solidaridad que informa todo el sistema normativo. Otro ejemplo claro de este deber lo encontramos en el número 2 del artículo 496 del mismo cuerpo legal, que sanciona al que "pudiendo, sin grave detrimento propio, prestar a la autoridad el auxilio que reclamare en casos de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello". Es del caso recordar que las faltas, como son los dos tipos citados, sólo dan lugar a la aplicación de la pena cuando se hallan consumadas, conforme lo dispone el artículo 9° de la Ley Penal sustantiva.

Como se habrá advertido, queda de manifiesto que las hipótesis contenidas en las figuras penales reseñadas se refieren a casos en los que el sujeto activo del ilícito omisivo es completamente ajeno al proceso causal que desencadena el daño, es decir, a supuestos de omisión propia.

Así entendida la estructura del delito civil es dable aseverar que es típico y, por lo mismo, indiciario de antijuridicidad todo hecho del hombre que obedezca a dolo o culpa que genere un daño a un tercero. Y, si este hecho no aparece amparado por alguna causa legal de justificación, será, además, antijurídico.

Por último, aprovechamos la oportunidad para hacernos cargo de otra afirmación usualmente compartida por la doctrina. Se sostiene que la antijuridicidad penal determina la civil. Esto no siempre es efectivo; existen hechos antijurídicos para el derecho penal que no poseen tal calidad en el derecho civil. Tal situación tiene lugar principalmente en los delitos de peligro (o formales), como ocurre en el delito de conducción de vehículos motorizados bajo la influencia del alcohol, caso en que, no obstante, configurarse la antijuridicidad penal, no ocurre lo mismo respecto de la civil, ya que dicha conducta no produce el resultado típico necesario para configurar responsabilidad en este ámbito del derecho. Sólo si a esta conducta adicionamos otro ilícito, como puede ser la causación de lesiones, tendremos el daño que es necesario para reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios. Por ello, discrepamos de la opinión de Mosset Iturraspe, quien afirma que el hecho que es antijurídico en sede penal lo es también en el ámbito civil, en atención a la unidad del sistema jurídico. Más aún, el derecho penal, atendida la naturaleza de los bienes jurídicos que está llamado a proteger, no sólo castiga los delitos consumados, esto es, cuando se ha alcanzado el resultado exigido por la norma primaria (por ejemplo, dar muerte a otro o defraudarlo), sino que también sanciona estas conductas cuando ellas han quedado en alguna fase de ejecución (delito tentado y delito frustrado). Puede advertirse que ello no opera en la teoría del delito civil; acá sólo es jurídicamente relevante el delito o cuasidelito consumado, es decir, aquel que efectivamente ha causado un

daño o perjuicio –injustificado– a otro. De modo que la conducta constitutiva de un delito penal tentado o frustrado, que puede ser antijurídica para el derecho penal, no necesariamente es idónea para configurar la tipicidad, ni, menos aún, la antijuridicidad propia del delito civil en comento.

Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

La justicia y la formación de abogados

Palabras del Ministro de Justicia,
Sr. Luis Bates Hidalgo,
en el inicio del año académico de la Facultad
de Derecho de la Universidad del Desarrollo.
Santiago, 10 de abril de 2003.

Advertencia del expositor: La conferencias o charlas se construyen para ser dichas y escuchadas y no para ser leídas con posterioridad. El instante en que se reproducen, su oralidad, la actitud y composición del auditorio, la inflexión de la voz, la manera de efectuar las citas y otros factores condicionan las charlas. Escribir un artículo sobre un tema es otra cosa.

Quisiera hablar de la Justicia y el Estado de Derecho a través de reflexiones muy personales. Analizar brevemente estas expresiones y referirme a la relación entre una y otra. La palabra "**justicia**" tiene muchas acepciones, pero entre ellas me interesa destacar el concepto de "**justicia legal**", contemplada en la trilogía aristotélica.

La llamada "**justicia legal**" tiene que ver fundamentalmente con la resolución de conflictos, sean estos de carácter judicial o de representación de intereses ante otros foros. Los abogados se forman en la Facultad, justamente para desenvolverse dentro de este ámbito. El ejercicio de la abogacía, sea como litigante, funcionario de la Administración, o en el desempeño de la judicatura, se dirige siempre a la solución de "conflictos" y la armonización de intereses.

Pero la justicia tiene, en mi opinión, un concepto más amplio que éste y que dice relación con las personas y sus necesidades materiales y espirituales. Todos los seres humanos tenemos necesidades que satisfacer, necesidades materiales, de alimentación, pan, techo y abrigo; y también necesidades de carácter espiritual, porque las personas somos materia, pero también somos espíritu.

A veces uno observa que personas que tienen muchos bienes materiales, por ejemplo, no son felices, porque en lo espiritual no están satisfechas.

Cada uno de nosotros vive con otras personas y para otras personas. Albert Einstein, en esa joyita de texto que se llama "Como veo la vida", reflexionaba diciendo que todo lo que él era, tanto en su interior como en el exterior, se lo debía a otras personas, incluidas las fallecidas. En consecuencia, señalaba, es mi obligación dar, retribuir, aportar a la sociedad en la misma medida en que he recibido.

Y si ustedes piensan un poco, descubrirán cuán profunda y cuán verdadera es esa reflexión, porque en todo orden de cosas en la vida, les debemos a otros lo que somos. Se lo debemos a personas vivas y también a personas difuntas. Por consiguiente, sería justo retribuir lo que se aprendió de esas personas, haciendo por otros lo que aquellos hicieron por nosotros.

Hay relaciones entre las personas, hay vínculos, y uno debiera aprovechar esta circunstancia para contribuir a que todos los seres humanos cumplan también con su desarrollo personal. Esto también es hacer justicia, más allá del concepto legal de la palabra.

De esta vida en comunidad depende, finalmente, la vida o la conducta recta de cada uno de nosotros. Entregar a cada uno lo que le corresponde. Esta es la justicia en un sentido más amplio, y decirlo así en una casa de estudios es importante, ya que, además, la justicia está íntimamente relacionada con la educación: justicia y educación se implican recíprocamente.

Justamente un ex Presidente de la Corte Suprema hace algunos años, en su discurso a los abogados que se titulaban, hacía referencia a este tema, en el sentido de "que cuanto mejor funcione la educación menos trabajo debería tener la Justicia". Ello porque el afianzamiento de los valores morales y cívicos es el mejor incentivo para que se respete lealmente el mandato de la ley.

La reflexión que quiero expresar, entonces, es que todos, en alguna medida, somos educadores, todos tenemos algo que aprender de los otros, por lo que no hay seres humanos despreciables en una sociedad. De las personas más humildes y marginadas de la sociedad podemos aprender mucho si tenemos la disposición, por ejemplo, de escucharlas.

Este concepto de la justicia impone superar el egocentrismo, el egoísmo, que convierte a los demás en satélites nuestros, cuando en realidad debiéramos reconocerlos como centros de iniciativas, realizadores de proyectos y anhelos que complementan y enriquecen los nuestros.

La justicia, entonces, dentro de esta concepción más amplia, significa, por ejemplo, pagar salarios justos, honrar a los padres, aprobar los exámenes a los alumnos según su grado de preparación. La justicia significa apoyar a los padres, respetar a los dependientes con los cuales se convive, no considerar a las personas como objetos de manipulación. Esta es la armonía que la sociedad necesita para una convivencia tranquila y pacífica, es decir, en el fondo, estoy hablando no sólo de la justicia legal, sino de la justicia social en el más amplio sentido.

Los abogados en estas dos vertientes de la justicia tienen importantes papeles que jugar, tanto más hoy en que el ámbito de la profesión ofrece muchas oportunidades laborales. Pero no hay que olvidar que el papel fundamental del abogado debe ser justamente el interés público.

Por consiguiente el abogado debiera prepararse para estas dos formas de justicia. Y aquí hay un punto importante a considerar y que tiene que ver con las soluciones amistosas o conciliadas de los conflictos, lo que denominamos "solución alternativa de los conflictos", donde el papel del abogado es de amigable componedor en su función de unir a las partes y articular sus intereses.

Estamos habituados a la cultura del litigio, donde hay un vencedor y un derrotado, aunque muchas veces he pensado que en esta misma cultura litigiosa, con tantos elementos negativos, el ganador no siempre es realmente el que gana.

Por eso quiero llevarlos a reflexionar sobre este rol del abogado, conciliador, amigable componedor, mediador entre las partes. Nos falta mucho que hacer a este respecto y las Facultades de Derecho tienen, en este sentido, un papel muy importante que cumplir en la formación de los futuros abogados.

Desde el Ministerio de Justicia estoy impulsando, con mucha fuerza, por la importancia que le atribuyo, la mediación en los conflictos, las formas alternativas de solución que acabo de señalar. En consecuencia, quisiera decirles que los jóvenes que se educan en esta Facultad de Derecho tienen que pensar, en primer lugar, en su formación como personas y, después, como abogados, poniendo especial énfasis en los valores y en los principios éticos que orientan nuestros actos.

Quisiera además compartir con ustedes los momentos históricos que se están viviendo en Chile en materias de reforma a la justicia, tanto en su aspecto procesal como sustantivo. La reforma de la justicia del crimen,

tributaria, de familia, de la libre competencia y otras tantas áreas de esta misma reforma. Todas ellas constituyen hoy día un verdadero desafío, un campo de acción para tantos jóvenes abogados que comienzan a ejercer su profesión y que hallarán aquí una fuerte motivación y estímulo para sus actividades en el futuro inmediato.

En consecuencia, la “**justicia legal**” tiene que ver con la resolución de conflictos, y entra en escena cuando las partes mismas del conflicto no han sido capaces de superar esas diferencias. Entra también en escena cuando otras formas de control social han sido insuficientes: la familia, los códigos de conducta, los códigos morales, etc.

Y es que las normas legales en las que nos movemos con tanta familiaridad, y otras formas de control social, tienen limitaciones en la vida real, especialmente en el ámbito de la delincuencia o la corrupción, siempre presentes en cualquier sociedad humana. Si se trata, finalmente, de las personas individualmente consideradas, ¿cómo prepararse mejor para ser persona y abogado? La ética, en mi opinión, comprende tres grandes elementos.

El primer elemento es la **integridad**, hablamos de honestidad, de rectitud. Esa voz que llevamos dentro, que nos recuerda imperativamente su significado, y que en muchas ocasiones no la oímos por factores externos.

El segundo elemento de la ética es la **excelencia en el oficio**. Es decir, hacer las cosas lo mejor posible. Dar todo de sí, entregarse en cuerpo y alma al trabajo que uno está realizando. Gabriela Mistral, en una charla a graduados en Puerto Rico, decía: “he observado que todas las crisis de los pueblos tienen una razón importante de ser: los oficios mediocremente realizados. Abogados mediocres, sacerdotes mediocres, militares mediocres, médicos mediocres, educadores mediocres”, y hacía referencias a otras culturas en esta materia.

La excelencia en el oficio, el amor por lo que se hace. Cuando hay verdadero amor por lo que se hace, las penurias del trabajo dejan de ser tales y el trabajo pasa a ser una cosa mucho más ligera y gratificante.

Finalmente, tenemos la **responsabilidad social**, que en el abogado es enorme. Integridad, rectitud y honestidad, excelencia en el oficio y responsabilidad social. Qué actividad más noble que dedicarse a la justicia, expresión superior del servicio público.

Quisiera, además, compartir con ustedes algunas reflexiones de un libro que se llama *Ilustrísimos Señores*, libro escrito por el Papa Juan Pablo I, el

Papa de la sonrisa y de vida sencilla. Él era un gran ejemplo de autenticidad y de sencillez.

Este Pontífice señalaba siete reglas de oro para estudiar.

La primera es el **Aprecio**. Uno no llega nunca a estudiar en serio si primero no aprecia el estudio. Si antes no se enamora del estudio. Amar los libros, porque así uno entra en contacto con los grandes hombres del pasado. Porque el libro es eso. Una conversación entre el lector y el autor. Además de los libros, amar la conversación, la tolerancia, el trabajo en grupo, el intercambio de experiencias. Aprovechar las lecciones de la vida ajena es una forma magistral de apoderarse de la inteligencia de quienes nos han precedido.

La segunda regla tiene que ver con la **Separación**. Separarse al menos un poco, pues de lo contrario no se estudia en serio. También los atletas se privan de muchas cosas. El estudiante tiene algo de atleta y debe separarse de las cosas prohibidas, de las malas compañías, de las malas lecturas, del materialismo que a veces nos agobia.

La tercera regla de oro es la **Tranquilidad**. Nuestra alma es como el agua, que cuando está tranquila, está quieta y transparente. Pero cuando está removida, se enturbia. Por lo tanto, si se quiere aprender, profundizar y recordar hay que tranquilizar y reposar la mente. Y el estudiante requiere un vacío de silencio para concentrarse en el estudio.

Cuarta regla de oro es el **Equilibrio**. Justo medio entre las cosas del cuerpo y las cosas del espíritu.

Muchas veces he pensado que nuestra sociedad es deficiente en esta quinta regla de oro: la **Perseverancia**. La mosca apenas se posa sobre una flor pasa voluble y agitada a otra. El abejorro se detiene un poco más, pero le gusta hacer ruido con las alas. La abeja, en cambio, silenciosa y trabajadora, saca todo el néctar, lo lleva a su casa y nos regala la miel. ¡Nada de estudiantes moscas! ¡Nada de estudiantes abejorros! Sean estudiantes abejas.

La **Discreción**. No comenzar demasiadas cosas a la vez. No pretender resultados de la noche a la mañana. Ganarse cada espacio del terreno recorrido. Sólo lo que cuesta lograr se valora como es debido.

Y, por último, estudiar con **Gusto**. No se puede perseverar en el estudio si no se hace con gusto. Éste no se consigue al principio, sino que va llegando

poco a poco. Hay que superar las regalías, las actividades agradables que nos atraen más, las dificultades que ofrece la materia.

Muchas veces he dicho que la profesión jurídica me ha dado enormes satisfacciones y beneficios de tipo espiritual, porque mi actividad se centró preferentemente en el ámbito criminal, en el ámbito de los valores. De tipo intelectual, porque la profesión jurídica, probablemente más que ninguna otra, permite asomarse al mundo de la cultura. Un verdadero refugio para las dificultades y problemas de la vida.

También me ha dado satisfacciones de orden económico, pero en el entendido, claro está, de que nuestra profesión jurídica es de servicio, idealmente de servicio público. No es una profesión para enriquecerse. Pero, por sobre todo, la profesión jurídica me ha dado la oportunidad en Chile y en el extranjero de conocer a personas que me han enseñado mucho y a las cuales les debo mucho. ¡Cómo no dar gracias por esta profesión!

Muchas gracias.

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Primer semestre 2003



Fabiola Vergara Ceballos

Coordinadora de Carrera

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A continuación, una reseña de las más destacadas actividades del primer semestre del año 2003:

I. Inauguración del año académico

El jueves 10 de abril la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, inauguró su año académico 2003, oportunidad en la que, además, se premió a los alumnos con rendimiento académico sobresaliente de cada nivel y se hizo entrega del "Premio Roberto Dávila Díaz" al alumno que, durante **toda su trayectoria estudiantil, obtuvo el mejor rendimiento académico**. En esta ocasión la distinción recayó en la egresada Srta. Marion Harbst Santander.

Esta ceremonia fue encabezada por el Ministro de Justicia, Sr. **Luis Bates Hidalgo**, el Rector de la Universidad del Desarrollo, Sr. **Ernesto Silva Bafalluy**, el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. **Pablo Rodríguez Grez**, y la Directora de la Carrera de Derecho, Sra. **Cecily Halpern Montecino**. En este acto el Ministro de Justicia, Sr. Luis Bates, realizó una presentación sobre "La Justicia y la Formación de Abogados", haciendo especial hincapié en el papel del abogado en la sociedad contemporánea.

II. Actividades estudiantiles

1. Centro de alumnos

En la Facultad de Derecho se formó un Centro de Alumnos de Derecho (CADUD), cuyo fundamento se encuentra en el espíritu de colaboración entre autoridades universitarias y estudiantes. Entre sus fines principales está el deseo de lograr la identidad de los alumnos con nuestra Casa de Estudios, un profundo compromiso con el Derecho y la participación activa en la vida cívica de nuestro país.

El CADUD también está preocupado por la calidad de los profesionales en formación, no sólo en lo académico, sino, también, en el aspecto valórico y ético.

Entre las actividades desarrolladas cabe destacar su participación en el “Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho”, organizado por la Pontificia Universidad Católica de Chile; la formación de la entidad “Juventud, Probidad y Justicia”, en conjunto con otras Facultades de Derecho; el concurso literario “Responsabilidad Social del Abogado”; organización de foros públicos, entre otras.

2. Visita al Congreso Nacional

En el mes de abril, los alumnos del primer año de la carrera, acompañados por académicos de la Facultad, visitaron el Congreso Nacional, oportunidad en la que a través de videos, asistencia a sesiones de la Cámara de Diputados y conversaciones con parlamentarios, pudieron tomar conocimiento del funcionamiento de esta institución.

3. Seminario-Taller en desarrollo de habilidades sociales

En la localidad de Cholqui se realizó un seminario-taller sobre el desarrollo de habilidades sociales, supervisado por instructores capacitados en el área, y que tuvo por objeto reflexionar sobre el liderazgo y la comunicación para el trabajo en equipo, analizando los valores que habitan en toda práctica profesional dentro de las organizaciones, con énfasis en el desarrollo de las habilidades sociales relacionadas.

Fue así como, tras una introducción teórica sobre la comunicación humana, los estudiantes que participaron en la actividad realizaron tareas de aprendizaje en la acción.

4. Jornadas de debate

Continuando la experiencia del año 2002, en el primer semestre del año en curso se realizaron "Jornadas de Debate", en las que participaron los alumnos de los distintos niveles de la carrera, seleccionando los temas y elaborando las argumentaciones y defensas.

Estas jornadas han sido asumidas con responsabilidad por los alumnos, lo que se demuestra por la calidad de las exposiciones de los equipos participantes.

III. Encuentros con alumnos y académicos de la Facultad

Como en años anteriores, la administración de la Facultad de Derecho se ha reunido con su cuerpo docente y alumnos de los distintos niveles de la carrera, con el propósito de conocer sus inquietudes y transmitirles, además, los objetivos de su proyecto educacional.

IV. Concurso de ayudantes

Este año nuevamente se abrió concurso público para la designación de los ayudantes en las cátedras de distintos niveles de la carrera.

La selección y designación estuvo a cargo de una Comisión presidida por el Decano de la Facultad e integrada, además, por los Directores de cada uno de los Departamentos.

V. Tutorías

Las tutorías para los alumnos de los distintos niveles de la carrera han demostrado ser un efectivo aporte, tanto en el aspecto académico como personal. Esta constatación es la que ha motivado su mantención y reforzamiento durante el presente año.

VI. Página web

La utilización de la página web como herramienta para mejorar el sistema de enseñanza ha sido ampliamente incorporada por los profesores de esta Facultad, facilitando la comunicación permanente y expedita entre docentes y alumnos.

VII. Clases magistrales

1. El Doctor Marcel Wissemburg, profesor de ciencia política y filosofía política en la Universidad de Nijmegen, Países Bajos, ofreció a alumnos y docentes de esta Facultad la charla titulada *"John Rawls, its Theory of Justice and Liberal Elitism"*, en la que analizó parte del pensamiento de este destacado filósofo del siglo XX.

2. En el mes de junio la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo recibió la visita de dos profesores de la Universidad Europea de Madrid:

- El martes 10 de junio el profesor Eugenio Pérez de Francisco realizó una exposición, dirigida a todos los alumnos y académicos de la Facultad, sobre la *"Crisis del Derecho Internacional"*.
- Los días 23 y 24 de Junio, la profesora Sra. Aránzazu Roldán Martínez, Directora del Departamento de Derecho Privado y Filosofía Jurídica de la Universidad Europea de Madrid, compartió con los profesores y alumnos del pre y post grado sus impresiones y experiencia en torno al tema de la *"Flexibilidad Laboral"*.

VIII. Seminarios

En el primer semestre del año académico 2003 se realizaron seminarios sobre temas relevantes para el mundo y profesionales del Derecho, a saber:

1. *"Nulidad en Juicios Tributarios. ¿Retardo o Prescripción?"*. En este seminario, realizado el 7 de abril de 2003, se analizó la constitucionalidad de los Tribunales Tributarios a la luz de la resolución de la Excma. Corte Suprema de Justicia de 20 de diciembre de 2002 y sus efectos. Además, se estudió el Proyecto de Ley de Tribunales Tributarios.

Esta jornada contó con la participación de los abogados y profesores universitarios Sres. Jaime García E., Bernardo Lara B. y Alejandro Dumay P.

2. *"Casación Civil: Implicancias y Consecuencias del Recurso de Casación"*. Este seminario, desarrollado los días 13 y 15 de mayo, tuvo por propósito analizar, en forma práctica, el fallo de casación y sus implicancias, así como las consecuencias de este recurso en materia civil.

Fueron expositores los Sres. Enrique Tapia Witting, Eleodoro Ortiz Sepúlveda y Domingo Kokisch Mourgues, Ministros de la Sala Civil de la Excma. Cor-

te Suprema de Justicia y Juan Cristóbal Mera Muñoz, Relator de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

3. *“Tipificación de los Delitos de Cohecho, Soborno y Fraude al Fisco. Alcance, Interpretación y Jurisprudencia”*. En este seminario intervinieron los expositores y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo Sres. Luis Bates Hidalgo, Hugo Rivera Villalobos y Rodrigo Medina Jara.

IX. Encuestas de opinión

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo está interesada en conocer la percepción de la gente ante temas de interés público, relacionados con el Derecho.

Es así como ya ha realizado 3 encuestas de opinión a la población:

- *“Tribunales de Justicia: Radiografía a los Prejuicios”*; esta encuesta permitió apreciar las confusiones y contradicciones y prejuicios que gravitan en la opinión pública al momento de evaluar el ejercicio de la actividad judicial;
- *“Sobre la Profesión de Abogado”*; este estudio reveló serias falencias de los abogados en la actualidad;
- *“Cultura Cívica de la Ciudadanía”*; el objetivo perseguido con esta encuesta es evaluar el nivel de cultura cívica de la población.

X. Postítulos

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, continuando con un esfuerzo de ofrecer estudios de postgrado, iniciados en el año 2000, imparte este año un primer magíster en *“Los Desafíos Actuales del Derecho de la Empresa”*, con una orientación profesional y práctica.

El programa, concebido en un año lectivo más un semestre de preparación y defensa de tesis, comprende el análisis de los principales aspectos jurídicos y económicos que interesan a la empresas y, además, el estudio de marcos regulatorios de sectores económicos importantes.

Este magíster contará con la participación de destacados académicos en el ámbito universitario y en el ejercicio profesional.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Primer semestre 2003



Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección de la Revista está destinada a sintetizar las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad durante el primer semestre de este año.

I. Actividades de extensión del primer semestre del año 2003

Las actividades de extensión del primer semestre del año 2003 se han focalizado en el tratamiento de la reforma procesal penal, que entrará en vigor en la Octava Región el 16 de diciembre de este año. Las actividades relevantes en esta materia son las siguientes:

1. Curso avanzado de litigación oral

Este curso se desarrolló desde el 16 al 18 de enero de 2003 y a él asistieron personas que ya habían recibido una formación en los aspectos fundamentales de la reforma, lo que justifica su denominación como curso avanzado de litigación oral. Los expositores fueron los profesores Rafael Blanco Suárez; Leonardo Moreno Holman; Enzo Anselmo Montequín; David Montoya Squifi y Gustavo Harcha Andrade.

2. Cursos de preparación en derecho penal sustantivo para la reforma procesal penal

Este curso, dictado desde el 12 al 18 de febrero de 2003, estuvo a cargo del profesor don Marcelo Torres Duffau, quien analizó los aspectos sustantivos del derecho penal necesarios para una adecuada aplicación de la reforma procesal penal.

3. Curso reforma procesal penal (Aspectos penales y procesales)

Continuando con la misma línea de difusión, la Facultad organizó un curso sobre la reforma destinado a profesionales de especialidades distintas a la jurídica, tales como psicólogos, periodistas e ingenieros comerciales. Este curso se dictó entre los días 14 y 25 de abril de 2003 y el gran interés que suscitó justificó que se dictara una segunda versión; a ellas asistieron en total 222 personas. Las clases estuvieron a cargo de los profesores del área penal y procesal de la Facultad, Sres. Javier Molina Gómez; Mario Rojas Sepúlveda; Hugo Tapia Elorza y Marcelo Torres Duffau.

4. Seminario “defensa penal”

El defensor público regional, Sr. Georgy Schubert Studer, en compañía de don Luis Venegas Díaz, dictaron el seminario sobre la defensa penal, en que procuraron divulgar los aspectos relevantes de la próxima licitación de la defensoría penal, información novedosa y trascendente, toda vez que es la primera vez que se realizará una licitación de este tipo en nuestro país.

5. Charla “Guerra en Irak y nuevo escenario internacional”

En una charla especialmente dirigida a los alumnos de la Universidad, el profesor de Derecho Internacional Público, Sr. Alejandro Enríquez Yévenes, abordó la problemática generada por el conflicto bélico en Irak y los desafíos que éste plantea al Derecho Internacional.

II. Clase inaugural del año académico

Este año correspondió al defensor público nacional, Sr. Rodrigo Quintana Meléndez, dictar la clase inaugural del año académico, que versó sobre el tema “Los Abogados y la Reforma Procesal Penal”. El expositor procuró explicar a los profesores y a los alumnos presentes el rol que compete a los abogados en la reforma. En la misma ceremonia se procedió a la premiación de los mejores alumnos de cada generación.

III. Programa de capacitación de los fiscales adjuntos

La Facultad de Derecho se adjudicó en una licitación pública nacional la dictación de los cursos de capacitación para los fiscales adjuntos de la Octava y Décima Región, curso que se desarrolló desde el 9 al 27 de junio. Merece

destacarse que se trata de la primera actividad de los fiscales adjuntos en su calidad de tales y, además, que participaron los 30 fiscales adjuntos de la Octava Región y los 18 de la Décima Región. Los profesores del programa fueron los Sres. Marcelo Torres Duffau; Jaime Pacheco Quezada; José Angel Fernández Cruz; Jorge Mera Figueroa y Jaime Couso Salas.

IV. Concursos Fondo de Desarrollo de la Docencia y Fondo de Investigación

La Vicerrectoría Académica de la Universidad convoca anualmente a los concursos Fondo de Investigación y Fondo de Desarrollo de la Docencia, que pretenden apoyar proyectos básicos o aplicados en las áreas o líneas de desarrollo propias de la Facultad y promover el mejoramiento de la calidad de la actividad docente, respectivamente. El año 2003, los docentes de la Facultad presentaron varios proyectos en ambos concursos, siendo seleccionados los siguientes: "Instituciones fundamentales del nuevo proceso penal. Disposiciones generales y procedimiento ordinario", del profesor Mario Rojas Sepúlveda, y "Curso interactivo de historia constitucional de Chile", de don Eduardo Andrades Rivas.

V. Concurso de ensayos jurídicos

El año 2002 se convocó a la octava versión del concurso de ensayos jurídicos, que la Facultad desarrolla anualmente desde 1995. Este concurso está destinado a motivar a los estudiantes a profundizar sus conocimientos en las distintas áreas de la ciencia del derecho. En esta ocasión, el premio como el mejor ensayo jurídico fue atribuido al trabajo "Protección Constitucional del Medio Ambiente", de las alumnas Paola Bustamante y Carolina Meza, alumnas que fueron premiadas durante la ceremonia de inauguración del año académico. La Facultad ya publicó la convocatoria para la novena versión del concurso.

VI. Cena de egresados del año 2002

En un ambiente de agradable camaradería, los alumnos egresados el año 2002 tuvieron ocasión de departir entre sí y con sus profesores durante la cena que tuvo lugar el día 22 de mayo, en el Country Club. Junto con felicitarlos por la etapa que culminaban, el Decano los instó a asumir responsablemente las etapas profesionales que siguen, permaneciendo siempre vinculados a la Universidad y a la Facultad.

VII. Visita a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción

La Sra. Irma Bavestrello Bontá, Presidenta de la Corte de Apelaciones de Concepción, invitó a los alumnos de las Facultades de Derecho de la ciudad de Concepción a conocer las instalaciones y los aspectos relevantes del funcionamiento de este alto tribunal. Conducidos por la Sra. Secretaria de la Ilsm. Corte y acompañados por un profesor del área de derecho procesal, los alumnos de segundo a cuarto año han podido realizar en grupos esta enriquecedora y motivante visita.

VIII. Programas de postgrado de la facultad

La experiencia adquirida durante las seis versiones del Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa y durante las tres versiones del Magíster en Derecho de la Empresa, permitió que la Facultad de Derecho introdujera, a partir del año 2003, innovaciones destinadas a enriquecer los programas, satisfaciendo de mejor forma los requerimientos de los postulantes a este grado académico.

En este contexto, durante el mes de abril de este año se dio inicio a los nuevos Programas de Postgrado de la Facultad, los que comprenden: el Magíster en Derecho de la Empresa, el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, seis diplomados en diversas áreas de interés profesional y dieciséis cursos de perfeccionamiento jurídico con carácter bimestral.

Durante el primer bimestre se comenzó la dictación de los Diplomados en Derecho Civil, en Derecho Mercantil, en Derecho Laboral, y en Legislación Ambiental y Sectorial. Los cursos que se impartieron durante el mismo período fueron los siguientes: Derecho Societario, Técnicas de Negociación y Solución Alternativa de Conflictos, Derecho de Daños y Legislación Ambiental.

En el segundo bimestre, que se desarrolla entre los meses de junio y agosto, se impartirán los Diplomados en Tutela Jurisdiccional y Derecho Procesal Penal, y el Diplomado en Derecho Tributario.

La Dirección de los Programas de Postgrado ha logrado convocar un cuerpo académico de reconocido prestigio a nivel nacional, lo que ha sido, sin duda, uno de los aspectos fundamentales para el éxito de los mismos.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



***Los Principios Generales del Derecho.
Su función de garantía en el derecho público
y privado chileno.***

De don
Enrique Alcalde Rodríguez

COMENTARIO DE
Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Comentar un libro como el que nos convoca no es tarea fácil. Ello por dos razones fundamentales: se trata de un trabajo que aborda en profundidad varias apasionantes materias jurídicas y, lo que es más interesante, su autor toma decidido partido respecto de ellas, lo cual es poco usual en nuestro medio académico.

Comienza esta obra caracterizando lo que se ha dado en llamar la **postmodernidad** y, en lo concerniente al derecho, la falta de compromiso con una concepción trascendente del mismo. No cabe duda que ello es consecuencia del resquebrajamiento de los padrones morales, con la secuela de permisividad y tolerancia que este fenómeno trae consigo. Se diría que en el altar de la libertad se han inmolado los principios morales, sin reparar en que el ejercicio de la libertad al margen de un horizonte moral es como una estructura sin forma, un cuerpo sin alma. De aquí el desprecio que se observa en las nuevas generaciones por la experiencia, la historia y la tradición. Recuerdo que Jaime Eyzaguirre, aquel inolvidable maestro de tantas promociones, nos decía que las naciones avanzan como lo seres humanos, que al caminar levantan un pie mientras el otro está firmemente arraigado en la tierra. Este es el papel de la tradición, sustentar al cuerpo social para que pueda avanzar, pero sin perder su apoyo y equilibrio. Cuando una nación olvida la tradición, inexorablemente se desploma y cae en crisis. Enrique Alcalde recuerda a Chesterton, cuando dice que *"la tradición no consiste en que los vivos estén muertos, sino en que los muertos estén vivos"*. Yo agregaría la sabia sentencia de Augusto Comte, el filósofo positivista, quien, si mal no recuerdo, dijo que *"los vivos son siempre y cada vez más necesariamente gobernados por los muertos"*.

La indiferencia moral y el desprecio por la tradición han llevado a la utilización de los inmensos recursos que nos ofrece la revolución científico-tecnológica sin una proyección trascendente. No es que añore el esplendor de las "ideologías utópicas", pero el hombre sin ideales y sin sueños pierde la fuerza vital que proyecta su destino. Tengo, sin embargo, la certidumbre que en la vida social opera, al igual que en el mundo físico, el principio de la acción y reacción. Por lo mismo, no tardará en advertirse este vacío y superarse, dando al espíritu la fuerza y la misión que hoy reclamamos.

Creo yo que la médula del trabajo que comento está contenida en el Capítulo II sobre el "Concepto, Naturaleza y Funciones de los Principios Generales de Derecho". Sostiene nuestro autor una posición bien clara. Los principios generales de derecho tienen "*per se*" un determinado valor normativo, constituyen derecho, existen con independencia de su formulación positiva y se emplean aunque la ciencia los desconozca, puesto que ella no tiene por misión sino aprehenderlos. Para descubrir su fundamento último, se distingue, entonces, entre aquellos principios más relevantes y trascendentes "**que directa o indirectamente emanan de la naturaleza humana, expresada en el derecho natural**", y aquellos otros, denominados "institucionales", cuyo fundamento se encuentra en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas. Por esta vía, como es obvio, se fortalecen radicalmente los **principios generales de derecho**, al transformarlos en mandatos propios de derecho natural y como tales, fundamento obligado del derecho positivo. Es más, se afirma que estos **principios** "existen y vinculan con independencia de su consagración en determinado texto legal", siendo, por tanto, la *doctrina* como la *jurisprudencia* las que aseguran su vigencia, reconociéndose, expresamente, la necesidad de "*positivizarlos*" para que su eficacia, se dice, no quede reducida al ámbito de la mera academia o de la filosofía jurídica. En otros términos, Enrique Alcalde eleva la categoría ontológica de los principios generales de derecho, identifica "**su último fundamento en los preceptos primarios –y en ciertos casos secundarios– de la Ley Natural**", y relega algunos otros a la preparación y posesión de conocimientos que constituyen –dice– un real desafío para la razón práctica. Así las cosas, los principios generales de derecho pasan a ser fuente y matriz esencial de todo el ordenamiento jurídico, subordinando, de paso, hasta la misma Constitución. Por consiguiente, es posible y, aun lógico, someter toda decisión a los **principios generales de derecho**, puesto que con ello se da cumplimiento al mandato del derecho natural, fuente última de aquéllos.

Desde el punto de vista del jurisnaturalismo, la tesis sustentada es correcta y será, sin duda, suscrita sin reparos por quienes adhieren a esa posición.

Agréguese como antecedente el hecho de que la Constitución Política de la República de 1980 toma franco partido por esta filosofía y así queda constancia en su articulado.

Sin embargo, nosotros no vemos las cosas de esta manera, sin perjuicio de reconocer la coherencia del punto de vista que analizamos. Los **principios generales de derecho** se nos presentan como una síntesis del ordenamiento jurídico vigente, como los grandes lineamientos que surgen de sus diversas instituciones y que es posible extraer inductivamente mediante el análisis de las fuentes formales del derecho. El sistema jurídico está integrado fundamentalmente por "normas", vale decir, por mandatos generales y abstractos. Por instrumental que pueda parecernos, cada norma está fundada en un valor y dichas preferencias son expresión de un orden **moral** que se afinca en la cultura propia de cada tiempo. No se ha reparado suficientemente en el poder del derecho que, al institucionalizar los valores, los transforma en **elementos normativos** y, de esa manera, los proyecta a las normas y reglas inferiores, condicionando la validez de éstas a su reproducción y acatamiento. Por este medio muchos preceptos morales quedan transformados en mandatos jurídicos y con ello titulares de la fuerza que proporciona el Estado para su cumplimiento y plena realización. El ordenamiento jurídico, por lo tanto, en su totalidad, da cuenta de una concepción **moral determinada**, la cual subyace tras cada institución. De aquí arranca, en última instancia, su asombrosa coherencia.

Los **principios generales de derecho** no hacen sino sintetizar esta realidad, que se expresa en todas y cada una de las normas que componen el sistema jurídico, y se convierten en su más valioso subproducto. De todo ello se infiere que los **principios generales de derecho** no son anteriores a la norma ni su fundamento, sino las grandes directrices que se desprenden del ordenamiento jurídico positivo, mediante un análisis inductivo de sus fuentes formales. Ellos arrancan su poder vinculante de la validez de las normas y no las normas del poder vinculante de los principios. Así, creemos nosotros, se encuentra expresado en nuestro Código Civil. La función que él encomienda a estos principios es doble: por una parte, son un elemento de interpretación y, por otra, un recurso para integrar las lagunas legales y permitir que los operadores jurídicos puedan satisfacer el requerimiento de "inexcusabilidad", consagrado hoy día con rango constitucional. De aquí que los **principios generales de derecho** sean tratados en nuestra ley como una fuente secundaria, marginal, que sólo cobra fuerza en ausencia del mandato legislativo o para efectos de dar aplicación a estos últimos por medio de la interpretación. A través de ellos es posible reconstituir **como un todo** el sistema jurídico y encontrar respuesta al problema que se nos plantea y que es misión del derecho resolver.

No cabe aquí volver sobre las muchas diferencias que existen entre la **moral** y el **derecho**. Pero tampoco puede ponerse en duda que la moral es la fuente inspiradora más importante del derecho. Que ella –la moral– hace posible que el derecho pueda funcionar, y que él –el derecho– impone coercitivamente el cumplimiento de los preceptos morales socialmente más trascendentes, pero no como tales, sino como mandatos jurídicos. Existe, entre ambos, entonces, una plena compenetración y complementación. Por lo mismo, “moralizar el derecho”, esto, adecuarlo a las demandas éticas, es una tarea constante que redundará en su perfeccionamiento. Prueba irrefutable de lo que digo es el debate moral que han desatado las reformas legales propuestas en el último tiempo, muchas de las cuales se apartan de arraigadas concepciones tradicionales. ¿Qué otra cosa puede decirse de las modificaciones a las normas sobre filiación, sucesión por causa de muerte, matrimonio, delitos sexuales? Nadie ignora, creo yo, que son concepciones morales las que están en juego y ello se traduce en la modificación de las leyes, precisamente porque es a través de éstas que se han institucionalizado dichos valores.

Más allá de estas diferencias, el fortalecimiento de los **principios generales de derecho** redundará, a mi juicio, en conclusiones de enorme importancia, entre ellas la interpretación, piedra angular en el funcionamiento de un sistema jurídico. Enrique Alcalde destaca el papel “creativo” que corresponde al intérprete, lo cual resulta relativamente fácil atendiendo al elevado rango que asigna a estos principios. Tan es así que señala textualmente: “...cuando el juez resuelve un caso aplicando tales principios, actúa del mismo modo que cuando lo hace aplicando una ley expresa; y así como en este supuesto sería insensato decir que el juez creó la ley, igualmente resulta inadmisibles sostener que alcanzando la solución a base de un principio general de derecho, el juez haya creado tal principio”. Ni lo uno ni lo otro. El juez no crea la ley ni el principio general de derecho, **ambos son elementos que extrae del ordenamiento jurídico positivo**: la ley en tanto mandato expreso, general y abstracto susceptible de aplicarse para crear una regla particular y concreta; el **principio general de derecho** como recurso auxiliar para integrar una laguna legal cuando falta la ley, sin perjuicio, por cierto, de la función secundaria que le corresponde como elemento destinado a desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma.

En verdad todos participamos en el proceso de creación del derecho, no sólo los poderes colegisladores, Ejecutivo, jueces, y funcionarios de la Administración, también, sin excepción, todos los particulares. Cada cual ejerce una determinada potestad, llámese constituyente, legislativa, reglamentaria, jurisdiccional, administrativa o autonomía privada. Pero los **principios generales de derecho** no tienen en el ejercicio de todas estas potestades

la misma fuerza. Su poder se va ampliando a medida que se decae el poder normativo de la fuente formal que se genera en este proceso, que bien puede calificarse de incesante y extensivo del mandato contenido en el sistema jurídico. Lo anterior, precisamente, porque recurrir a los **principios generales de derecho** importa, en el fondo, aplicar el sistema normativo como un todo, lo cual se consigue recurriendo a sus trazos más gruesos y, por lo mismo, más abstractos, para deducir la solución que debió ofrecer, de haberse expresado, la fórmula legislada. Es posible, a mi juicio, que el constituyente, y aun el legislador, se divorcie de un **principio general de derecho** (lo cual redundará en una cierta incoherencia del sistema jurídico con todas las consecuencias que de ello se siguen), pero este divorcio es improbable por parte de quienes ejercen potestades regulatorias, esto es, para elaborar "reglas" particulares y concretas (resoluciones administrativas, sentencias judiciales o actos y contratos), puesto que tal comportamiento importaría sobrepasar el ordenamiento. De aquí nace, creo yo, el fraude a la ley, el abuso del derecho, la teoría del acto propio, el abuso circunstancial, etc., institutos todos destinados a corregir esta disfunción, producto del choque entre el sistema y el acto impugnado cuando éste no halla una sanción expresa que sirva para restaurar el equilibrio roto.

Particularmente logrado nos parece el Capítulo III sobre "Los Principios Generales del Derecho y la Función Judicial" en la óptica filosófica del autor. Lo propio puede decirse del contenido del Capítulo IV sobre "Los Principios Generales del Derecho y la Administración". Es aquí en donde más frutos rinde la concepción que propone Enrique Alcalde. De la manera señalada, estos principios se transforman en un instrumento formidable para atajar los abusos de que son objeto los derechos de los particulares por parte de los órganos del Estado. Quienes ejercemos activamente la profesión sabemos de las insuficiencias del sistema en este orden de cosas y de la urgente necesidad de remediar estas falencias. Pero entendámonos. Muchos de los **principios generales de derecho** han sido expresados en la Carta Política Fundamental, pasando a ser derecho normativo, sin embargo de lo cual nuestros jueces son renuentes a aplicarlos, no obstante contar con los instrumentos procesales adecuados, víctimas de una timidez sólo explicable por una larga tradición y una formación exacerbadamente formalista. El texto que comentamos da clara cuenta de ello, particularmente en lo relativo al destino del recurso de protección. Es de esperar que este defecto vaya desapareciendo con el correr del tiempo y el advenimiento de las nuevas generaciones a la función judicial.

Para terminar, dos reflexiones marginales. Hay en esta obra una desconfianza patente hacia la ley. Da la impresión que el mandato legislativo,

fuerza principal del sistema normativo, fuere axiológicamente neutro, que no existiera un fin, una meta, un valor que alcanzar. La cosas no son así. La falla proviene de quienes tienen la misión de aplicar la ley. Son ellos los que deben descubrir y privilegiar con sentido finalista el mandato legislativo, así está ordenado en nuestro Código Civil al reglamentar esta materia. No me refiero sólo a los jueces, sino a todos los que, a partir de la ley, generan mandatos concretos, incluidos, por cierto, los particulares, los creadores más fecundos de reglas a través de la autonomía privada. Falta, en consecuencia, una cultura jurídica diversa, más dinámica, menos apegada al "literalismo" paralizante y cuyo cometido apunte a los fines y valores institucionalizados en la norma. Quizá nuestra preocupación por preservar la seguridad jurídica ha sido excesiva.

Por último, no podría dejar de manifestar la inquietud que me asalta cada vez que veo desarrollarse una tesis sobre fuerzas o factores que operan tras la realidad objetiva. No debe olvidarse que el siglo XX se caracterizó por este tipo de teorías: Carlos Marx escribió "El esquema definitivo de las relaciones económicas según se lo percibe en la superficie... es muy distinto y en realidad lo contrario del *esquema esencial interno pero oculto*". Nótese, se habla de un esquema esencial oculto, capaz de explicar todas las tendencias que operan al interior de la sociedad. Sigmund Freud creía en la existencia de una estructura oculta del conocimiento, el "inconsciente", que podía hacerse aflorar a través del "psicoanálisis". Como si esto no fuera suficiente, hacia 1916 los telescopios más potentes revelaban que el planeta Mercurio se desviaba 43 segundos de arco cada siglo, con referencia a su comportamiento previsible de acuerdo a las leyes newtonianas de la física, dando nacimiento a la teoría de la relatividad de Albert Einstein en 1919. De aquí que, caracterizando el siglo XX, se escribiera: "Marx, Freud y Einstein formularon el mismo mensaje durante la década de 1920: el mundo no era lo que parecía. Los sentidos, cuyas percepciones empíricas plasmaban nuestras ideas en el tiempo y la distancia, del bien o el mal, del derecho y la justicia, y la naturaleza del comportamiento del hombre en sociedad, no merecían confianza."

No quiero decir con esto ni remotamente que la obra que comento se proyecte en el mismo sentido, pero sí que el trauma que me causó esta negra etapa de la historia quizás me impida compartir todas las conclusiones de este trabajo, el cual me adelanto a destacar como un aporte muy valioso para quienes dedicamos la vida a estudiar, ejercer y pensar el Derecho. Vayan, pues, mis felicitaciones al autor.

Muchas gracias.

***Los Principios Generales del Derecho.
Su función de garantía en el derecho público
y privado chileno.***

De don
Enrique Alcalde Rodríguez

**COMENTARIO DE
Hernán Corral Talciani**

Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Nuestra Constitución declara en su norma póstica que el Estado está al servicio de la persona humana. Quien dice Estado ha de decir también Derecho como expresión jurídica de la comunidad política. Por lo que no es más que simple deducción de esa norma el afirmar que en nuestro país es un mandato constitucional que el orden jurídico esté al servicio de la persona humana tanto en su dimensión individual como social.

Pero ¿cómo un complejo de proposiciones lingüísticas emanadas de distintas voluntades, en diferentes épocas, con motivaciones diversas, muchas veces de modo fragmentario, inconexo y hasta antitético, puede ser comprendido y aplicado como un sistema que cumpla con un imperativo semejante? La tesis de que el ordenamiento jurídico no sólo está compuesto de enunciados normativos, sino que su mismo sentido y coherencia descansan en pautas de valoración generales y elásticas –los principios–, que a la vez lo fundamentan y lo traspasan como el hilo a las cuentas de un rosario, dándole consistencia y sentido como orden que aspira la justicia, es hoy casi indiscutida en la doctrina jurídica contemporánea, pero muy poco conocida y profundizada en nuestro medio. De allí que esta obra del profesor Alcalde sobre los principios basilares del orden jurídico, que desde la época de la codificación se ha dado en llamar principios generales del Derecho, sea especialmente bien venida, no sólo por el objeto de su estudio, sino también por la función que el autor les reconoce y atribuye: la de ser un medio privilegiado de protección de la dignidad y los derechos de la personas. En la misión garantista de los principios, no sólo en el ámbito del derecho privado, sino también en el de las relaciones entre particulares y el Estado, se centra todo el análisis de Enrique Alcalde y, a nuestro juicio, es una perspectiva que confiere especial originalidad y tras-

cendencia práctica a su libro. No son los principios generales entelequias o abstracciones desencarnadas de la realidad cotidiana en la que se realiza el Derecho ni tampoco meras síntesis de enunciados normativos; sino tópicos preñados de significado para interpretar, integrar y aplicar el sistema jurídico de un modo que mejor respete la dignidad de la persona, la familia y sus dimensiones materiales y espirituales, y por ello capaces de poner un límite a la discrecionalidad del poder y evitar que la arbitrariedad se recubra con vestiduras de legalidad.

Así entendidos, los principios generales nos ayudan a comprender mejor los fines del Derecho y el carácter creativo de la labor no sólo del legislador, sino también del juez y del jurista. Nos permiten superar reductivismos que han pretendido, ya sea encorsetar la experiencia jurídica en un formalismo normativista o someterla al molde de un iusnaturalismo apodíctico y racionalista, que pretende construir el derecho natural como un orden normativo paralelo y mimético respecto del orden positivo.

La existencia y el uso de los principios jurídicos por parte de los operadores del Derecho desmiente la pretensión de que la actividad jurídica pueda mantenerse confinada a las normas y condicionada únicamente por el tenor literal de los preceptos.

Por otro lado, las exigencias de razonabilidad práctica que se plantean en la construcción de un orden justo, y que denominamos derecho natural, son mejor comprendidas si se les caracteriza con la textura plástica, dúctil y de construcción aporética de los principios, más que con el esquematismo formal de las normas y preceptos de la legislación positiva.

Una zona de conexión entre ambas dimensiones de lo jurídico: lo natural y lo positivo, son justamente aquellos principios que se derivan de exigencias de la razón práctica y que son tipificados y categorizados por el trabajo científico del derecho y la jurisprudencia.

No se trata, como parecen temer los partidarios de una concepción positivista del Derecho, de una especie de colonización del sistema positivo por parte de reglas propias de la moral o de alguna confesión religiosa. Como apunta Enrique Alcalde, servirse de los principios "supone emplear los conceptos más jurídicos que podamos encontrar, desde el momento que en ellos radica el fundamento y la base del ordenamiento legal... La razón misma de ser del Derecho consiste en procurar una solución 'justa', esto es, 'adecuada' al caso. Pues bien, 'lo adecuado' o 'lo justo' será tal en la medida que ello, a más de racional, se conforme con la naturaleza y no la contraríe" (pp. 139-140).

Sin embargo, no es posible identificar sin más Derecho natural y principios generales del Derecho, ya que por una parte los principios que derivan directamente de exigencias naturales de justicia son de alguna manera "positivizados" por el trabajo de la dogmática jurídica, es decir, elaborados, adaptados y concretizados para que puedan funcionar como fuentes de las decisiones jurídicas. Por otra parte, hay una serie de principios generales del Derecho, que Alcalde siguiendo a Esser, denomina institucionales, que son extraídos por inducción de las concretas normas de un sistema jurídico dado y que no tienen su fundamento directo en la ley natural. Los iusnaturalistas clásicos dirían que estos principios son también derivados del Derecho natural, pero no por la vía de la conclusión, sino por la vía de la determinación o concreción.

Los principios generales del Derecho resultan así una savia que nutre y vivifica por dentro todo el sistema y cuya influencia benéfica se ve incrementada hasta límites inéditos si son trabajados por una doctrina más consciente de su rol creativo y una jurisprudencia menos apegada al formalismo de los textos. En opinión de nuestro autor, debe abandonarse la doctrina tradicional de que los principios generales del Derecho, junto con la equidad, son instrumentos de segunda mano y de operatividad circunscrita a los casos de vacíos legales o lagunas del ordenamiento. Enrique Alcalde comparte la tesis moderna de que el proceso hermenéutico no puede detenerse en la mera intelección gramatical del texto normativo, sino que debe perseguir la elucidación de su sentido, como bien reza el art. 19 del Código Civil, paradójicamente malinterpretado por desatención de su propio tenor literal: "Cuando el *sentido* de la ley es claro...". En la búsqueda del sentido, el uso de los principios generales tendrá un lugar preponderante y no subsidiario.

Queda de manifiesto lo enorme potencialidad que tienen los principios generales del Derecho en la construcción y reconstrucción de un sistema jurídico cada vez más atento a la necesidad de hacer justicia en lo concreto y no sólo en lo abstracto. En este sentido, el libro de Enrique Alcalde resulta estimulante y, en algunas de sus páginas, incluso desafiante. Es la prueba de que los temas clásicos pueden ser más innovadores y revolucionarios que las novedades de modas pasajeras, si se afrontan con el arrojo y la pasión intelectual de que hace gala el autor. Lejos de él actitudes intermedias, contemporizadoras o elusivas. Junto con dar cuenta de las opiniones ajenas, en un aparato bibliográfico que por lo abundante raya en la erudición, Enrique Alcalde no teme expresar, defender y argumentar sus propias convicciones, con un estilo vigoroso, quizás más enfático y categórico que el acostumbrado en las frías exposiciones dogmáticas.

No son pocas las conclusiones de su estudio que pueden resultar insospechadas y hasta insólitas. Por ejemplo, que la aplicación de los principios generales del Derecho por los tribunales de instancia pueda ser controlada por el recurso de casación en el fondo; que la constitucionalización del Derecho no menoscaba la relevancia del Código Civil, sino que la potencia aun más al transformarlo en cantera de principios y conceptos que ayudan a lograr la aplicación directa del texto constitucional; que la autoridad pública que actúe conforme a la ley, pero vulnerando los principios generales del derecho, actúa antijurídicamente, que el mismo legislador debe respetar los principios generales del derecho so pena de proceder injusta, arbitraria e inconstitucionalmente. Como se ve, nada para espíritus timoratos.

Por cierto, no se trata que todas estas afirmaciones sean fácilmente compartibles, pero hay que agradecer al autor que las lance al ruedo de la discusión académica y contribuya así a que la doctrina jurídica chilena vaya saliendo de ese letargo en el que estuvo sumida durante demasiado tiempo. Hay que agradecer también a Ediciones Universidad Católica por haber editado un libro como el que comentamos, en un formato sólido y pulcro, sobrio, pero a la vez elegantemente atractivo. No está de más hacer notar que se ha cuidado de incluir un índice de materias, que no es frecuente en las obras chilenas y que sin embargo resulta extraordinariamente útil en escritos académicos.

Y como –a estas alturas– tememos ya estar transgrediendo el “principio general” de que los comentarios de libros sean breves, puesto que se trata sólo de incentivar a leer la obra y no de ahorrar ese esfuerzo, ponemos término a nuestras palabras, no sin antes agradecer la paciente atención de los lectores a esta nota de presentación.

Ius Publicum N° 10

ESTUDIOS

- Francisco Escandán.** *Apuntes sobre el pensamiento filosófico y político de Romano Guardini*
- Raúl Madrid Ramírez.** *Deconstrucción y anti-representacionismo*
- Sergio R. Castaño.** *Política y Derecho. Sobre la necesidad de la enseñanza de la Ciencia Política en la carrera de Derecho*
- Manuel Antonio Núñez.** *Universidades públicas y privadas. Bases para una diferencia.*
- Eduardo Soto Kloss.** *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias. (Veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)*
- Pedro Fernández Bitterlich.** *Responsabilidad y acción ambiental*
- Luis Rodríguez Ramos.** *Derecho judicial. Delitos y penas. Secundariedad del Derecho Penal Ambiental*
- Eugenio Pérez de Francisco.** *Submarinos, Sheriffs y Derecho Internacional*

CRONICA

- Jesús Ginés Ortega.** *El miedo a opinar*
- Jesús Ginés Ortega.** *Volver a pensar, hablar y escribir bien. Operación a la vena de la cultura. El estudio del latín: una reforma imprescindible*
- Jorge Precht Pizarro.** *¿Por qué los católicos necesitamos el reconocimiento del matrimonio religioso?*
- Sergio García Valdés.** *Calificación cinematográfica y protección a la sociedad*

DOCUMENTOS

- José Joaquín Ugarte Godoy.** *Matrimonio y divorcio (Sobre matrimonio indisoluble y divorcio vincular)*
- Jesús Ginés Ortega.** *Divorcio, el dolor de los hijos*
- Instituto Libertad y Desarrollo.** *Fortaleciendo la Familia Matrimonial*
- S.S. Juan Pablo II.** *Homilía de S.S. J. Pablo II en la misa con las familias, 2.4.1987*
- Congregación para la Doctrina de la Fe.** *Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política*
- Axel Buchheister.** *Los sobresueldos están al margen de la ley*
- Olga Feliú S. de Ortúzar.** *"Sobresueldos": Gastos reservados y gastos de representación. Precisión conceptual*
- Alejandro Guzmán B.** *Ante cargos infundados*

JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de Santiago 20.3.2002 - Inmueble sujeto a expropiación por tiempo indefinido (Guillermo Bruna Contreras)
- Corte de Apelaciones de La Serena 15.07.2002 - Recurso de protección y nuevo proceso penal (Miguel Angel Fernández González)
- Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta 22.5.2001 - Responsabilidad del Estado / Servicios de Salud (Eduardo Soto Kloss)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

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