

ACTUALIDAD JURIDICA



Año IV

N° 9

Enero 2004

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El Divorcio

•

Responsabilidad Médica

•

Acusación y Preparación
del Juicio Oral



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año V, N° 9 - Enero 2004



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

T005932 C.1

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA S.A.

Índice de Contenidos

Tema central: *El divorcio vincular*

• Presentación.....	7
• Matrimonio y divorcio vincular. P. Rodríguez G.	11
• ¿Qué divorcio? C. Peña G.	25
• ¿Para qué sirve el matrimonio? G. Figueroa Y.	31
• El matrimonio es por su naturaleza indisoluble. J. J. Ugarte G.	37
• Divorcio y concepciones de la naturaleza humana. J. T. Alvarado M.	65
• El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana. G. Samith V. ...	71
• Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público? M. Silva A.	83
• Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena. A. Monsálvez M.	111

Ensayos y Estudios

• Sobre la excepción del contrato no cumplido. P. Rodríguez G.	121
• La naturaleza de las obligaciones de los médicos. H. Rosende A.	131
• Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales (1970-1973). J. Alvear T.	143
• Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento. F. Rojas S.	175
• Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880 que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado. B. Morales E. ...	187
• El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil. J. A. Varas B.	197
• El poder de acusar y la preparación del juicio oral. M. Rojas S.	207
• La involución del procedimiento de calificación de quiebra. H. Oberg Y.	225
• Marcas comerciales y nombres de dominio. R. Sandoval L.	235
• La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno. R. Céspedes P.	273
• La titularidad de la acción penal tributaria. J. García E.	301
• El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales. V. Velásquez G.	321
• ¿Es aplicable el impuesto al lujo? J. García E.	349
• El ascenso económico de China y sus actuales desafíos. R. F. Campusano - E. Silva	355
• Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas. P. Oyaneder D.	371

Actividades de las Facultades

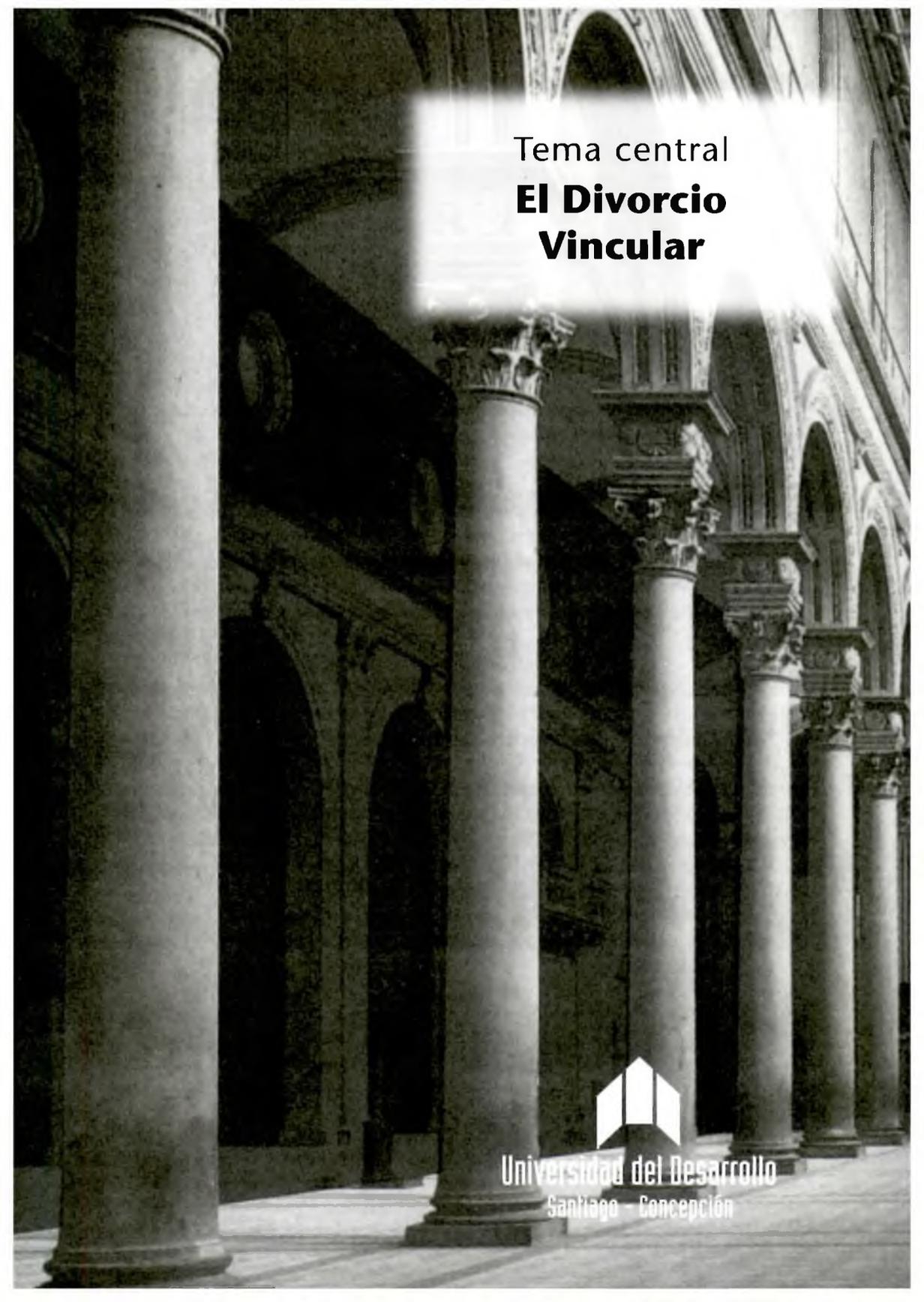
- Exposición seminario "La judicialización de la medicina".
Ministro de Salud, Dr. P. García A. 389
- Facultad de Derecho, sede Santiago. R. Cruz F. 393
- Facultad de Derecho, sede Concepción. B. Caprile B. 397

Análisis Jurisprudencial

- Sentencia Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda.
y Bordatex Ltda. C. Halpern M., H. Humeres N. 403
- La acción de precario respecto a un predio reservado
de la mujer casada. E. Rioseco E. 413
- Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos
gravados por la vía administrativa. R. Ugalde P. 417
- Comentario sobre el impuesto al lujo. E. Pohl I. 425

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, de Antonio Dougnac R.
Comentario de E. Andrades R. 435



Tema central
**El Divorcio
Vincular**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Presentación

El tema central de este número de "Actualidad Jurídica" versa sobre la ley de divorcio, designación impropia si se piensa que se trata de una serie de modificaciones a la Ley Sobre Matrimonio Civil de 1884.

Las cuestiones que suscita este proyecto constituyen, probablemente, una de las materias más controvertidas en el ámbito jurídico, atendidas sus diversas facetas éticas, sociales, políticas e ideológicas. La introducción en Chile del divorcio vincular ha sido objeto de proposiciones e iniciativas que se arrastran por más de setenta años, provocando siempre una ardua controversia en los medios ilustrados.

Lo ocurrido en los últimos meses no es una excepción. Principalmente la Iglesia Católica ha tomado en esta controversia un partido muy definido en defensa de lo que se ha llamado "un matrimonio para toda la vida".

Quienes se oponen a incorporar a la legislación chilena el divorcio con disolución del vínculo ven en esta institución un grave peligro para la estabilidad de la familia y un germen de desquiciamiento moral, especialmente en relación a los descendientes comunes. A la inversa, quienes se manifiestan a favor de él estiman que la ley debe fundarse, precisamente, en la defensa de la familia y la protección de los hijos, víctimas directas e inmediatas del rompimiento conyugal. Los enfoques, en consecuencia, no pueden ser más distantes y contradictorios.

Es incuestionable que todos, sin excepción, en materia tan trascendental, defienden sus convicciones ante las legítimas aprensiones que plantea esta institución, la cual, además, está referida a la célula básica de la sociedad, como lo declara y reconoce la Constitución.

Cualquiera que sea el enfoque de esta compleja problemática, la ausencia de una definición legal de "familia", que precise sus contornos, dificulta una conclusión jurídica, dando pie a interpretación y alcances muy disímiles. No es aventurado sostener que intentar esta necesaria definición nos abocaría, una vez más, a parecido debate, al quedar implicada en la materia la

fuerza más importante de las relaciones de familia. Las numerosas modificaciones legales introducidas en los últimos tiempos a esta institución, todas las cuales afectan directamente su constitución y funcionamiento, conforman otro factor de inestabilidad, agudizando las discrepancias. Ante este panorama no es extraño, entonces, que la discusión, lejos de atenuar las diferencias, las profundice todavía más.

A tal extremo ha llegado la disputa respecto de esta modificación legal, que el sector más tradicional, consciente de la aprobación inminente del proyecto, ha propuesto un doble estatuto matrimonial, a objeto de descartar el divorcio cuando los contrayentes anticipadamente renuncien a él, dando a su compromiso un carácter permanente e indestructible.

Por otra parte, el proyecto de ley que se analiza actualmente en el Congreso amplía las nulidades de matrimonio, incorporando causales contempladas en el derecho canónico, lo cual hará, paradójicamente, más fácil la nulidad que el divorcio. Lo anterior ha llevado a sostener, a no pocos comentaristas, que este último tendrá poca aplicación, puesto que la mayoría optará por el camino que menos escollos ponga a la disolución del vínculo.

Lo que sí nadie puede objetar es la urgente necesidad acabar con las actuales nulidades de matrimonio, que, como se sabe, surgen como una válvula para descongestionar la presión social que ha creado el tratamiento que la ley da a las rupturas matrimoniales. Desde este punto de vista, nos parece injusto y errado criticar a los tribunales de justicia, en circunstancias de que ellos se han limitado a encontrar la fórmula para suplir un vacío legal y una necesidad social apremiante.

La suerte del proyecto parece estar echada. En pocos meses más el país verá incorporado el divorcio vincular al estatuto matrimonial y, de esta manera, cumplida una sentida aspiración de vastos sectores sociales. Resta, sin embargo, ocuparse de varias otras materias estrechamente vinculadas a la estabilidad y el desenvolvimiento de la familia. Entre ellas, particularmente, el establecimiento de los llamados "tribunales de familia". Su equivalente, los actuales "tribunales de menores", dotados de amplísimas facultades, no sólo no cumplen su cometido, sino que, por el contrario, ahondan los conflictos, unido al ejercicio abusivo y discrecional de facultades casi omnímodas que ni siquiera pueden ser revisadas por los tribunales de alzada. Cuesta entender por qué la autoridad no ha tomado conciencia de esta situación y encarado tan dramático problema para muchas familias de este país.

No hay duda que en la "familia" se forja la realidad social más sensible y que de su funcionamiento y estabilidad dependen, en definitiva, las virtudes y los defectos ciudadanos que, posteriormente, se reflejarán en todas las actividades públicas y privadas. Por lo mismo, cuanto se haga para perfeccionarla y velar por el cumplimiento de sus fines, debe estimularse y aplaudirse. Esta es la filosofía que inspira nuestras páginas.

"Actualidad Jurídica" seguirá abierta para recoger las inquietudes de todos quienes, con seriedad y altura de miras, quieran dar a conocer sus puntos de vista, sin atender a su posición política o el juicio que le merezcan quienes intervienen en la gestación y la aplicación del derecho. Nos parece auspicioso que cunda la discusión, porque el debate enriquece las ideas, aclara las posiciones y abre nuevas orientaciones. Este y otros temas igualmente trascendentes ocuparán nuestra atención en el futuro, interesados en realizar con ello un aporte efectivo al perfeccionamiento del sistema jurídico.

El Director

Matrimonio y divorcio vincular

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Derecho y moral social

El país se ha visto enfrentado en los últimos meses a un arduo debate sobre las modificaciones propuestas a la ley sobre matrimonio civil. Dicha normativa data del año 1884 y, atendido el paso del tiempo, resulta obvio que ella debe modernizarse, como sucede con la mayor parte de las instituciones jurídicas.

Como se ha sostenido tantas veces, el sistema jurídico debe recoger las preferencias valóricas de la sociedad y adaptarse a ellas, puesto que de lo contrario se hace imposible el **cumplimiento espontáneo del derecho**, que constituye uno de los presupuestos esenciales de su funcionamiento. Para comprender lo que decimos, basta con señalar que los medios de que dispone el Estado para imponer el cumplimiento coercitivo de la norma están concebidos para sancionar infracciones excepcionales. Si el incumplimiento se generaliza, la norma, aun cuando sigue siendo válida (porque obliga), se hace, sin embargo, ineficaz.

Se ha sostenido por algunos comentaristas que el derecho cumple una **función educativa**, en la medida que impone valores estimables que deben acatarse bajo el riesgo de una imposición coercitiva. Es indudable que cada potestad (constituyente, legislativa y reglamentaria) al elaborar la norma incorpora a ella valores (fines preferidos), todos los cuales se **objetivan**, esto es, se transforman en elementos normativos, debiendo las potestades inferiores transferirlos a su subsecuente construcción para dar valor a la norma inferior o la regla (sentencia, resolución administrativa, acto y contrato). Esta tarea exige una especial sensibilidad al titular de cada potestad, porque en la medida que se extreme la brecha entre sus preferencias y las preferencias sociales, se pone en peligro la estabilidad del sistema jurídico al estimular el incumplimiento. En otros términos, el abismo axiológico que se genera entre el titular de la potestad y los valores predominantes en la sociedad alienta el incumplimiento masivo de la norma y afecta la eficacia del derecho.

De lo señalado se desprende, entonces, que la norma debe recoger los valores que imperan en la sociedad e inducir a la adhesión de nuevos valores con extrema prudencia, sin malograr el **cumplimiento espontáneo del derecho**.

Desde otro punto de vista, se ha dicho que el derecho no es más que el **"precipitado histórico de la moral"** (Jellinek). Por ende, toda norma jurídica arranca su justificación de un principio ético. Si consideramos que no existe una moral objetiva (común a todos los hombres) y que ella se va adaptando a las circunstancias y la renovación de las costumbres, forzoso resulta concluir que el derecho, al igual que la moral social (aquellos principios que constituyen una denominador común y que comparte la mayoría), debe ir adecuándose a la evolución que experimentan las costumbres, los hábitos y la conducta individual y colectiva. Miradas las cosas desde esta perspectiva, tropezamos nuevamente con la necesidad ineludible de estimular el **cumplimiento espontáneo del derecho**, ya que si la norma jurídica se disocia de la moral social, se incrementarán inevitablemente las infracciones y el sistema normativo se hará ineficaz.

Existe plena conciencia en la comunidad que el sistema jurídico exige un proceso continuo de renovación y actualización. El derecho no puede quedar cristalizado, porque el substrato social en que rige va evolucionando, lo cual se refleja en las costumbres y los hábitos que imperan en la sociedad. Toda necesidad del cuerpo social debe ser satisfecha por el sistema jurídico, y los vacíos que se abren, ser llenados por sus operadores (jueces, abogados, funcionarios administrativos, particulares). Es sin duda la **"interpretación"**, concebida como función creadora del intérprete, el camino más expedito para lograr este fin. No es exagerado, por lo mismo, sostener que la estructura misma del derecho permite que éste viva en una constante renovación, precisamente en función de dar satisfacción a los requerimientos que nacen en la base de la comunidad. De aquí la necesidad de insistir en que los operadores jurídicos, vale decir, todos los componentes del grupo social (puesto que todos ejercemos potestades), son esencialmente **"creadores"** (ya sea de "normas" generales y abstractas o de "reglas" particulares y concretas) y de que, por lo mismo, **el derecho es una creación colectiva que se realiza permanentemente, día a día, a través de la construcción de normas y de reglas en las que intervienen todos los sujetos, sin excepción, haciendo de las ciencias jurídicas la más participativa de las actividades humanas.**

Sobre las bases enunciadas, es posible realizar un análisis objetivo de las modificaciones que se pretenden introducir a la reglamentación del matrimonio, que constituye una de las instituciones fundamentales del Estado y el "cuerpo social intermedio" más importante en la infraestructura de la comunidad. Así

está establecido en la Carta Política en términos expresos. **“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”** (Artículo 1° inciso 2°). **“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, promover el fortalecimiento de ésta...”** (Artículo 1° inciso 5°).

Enfrentados a disposiciones tan elocuentes, resulta absurdo comprobar que no exista una definición legal de la familia, que se discuta quiénes son sus componentes, cuál es su estructura jurídica y cuáles las condiciones que deben concurrir para que tenga reconocimiento legal. Tanto más absurda nos parece esta realidad en presencia de modificaciones legislativas en materia de filiación y sucesión por causa de muerte (introducidas por la Ley N° 19.585), que, ciertamente, están inspiradas en principios y valores ajenos al Código Civil de Bello, a cuyo amparo se formó y templó el espíritu cívico de los chilenos. Lo anterior refleja un vacío inexcusable de parte de nuestros legisladores. No faltan quienes creen ver en esta ausencia una especie de empate entre los sectores conservadores y los sectores liberales, que ha llevado a los poderes colegisladores a guardar silencio ante una definición que implica adoptar un compromiso trascendente.

Como quiera que sea, el derecho chileno adolece de falencias que debilitan las instituciones fundamentales y que no debieran perdurar por más tiempo. En la medida que las modificaciones a la ley sobre matrimonio civil obedezcan al propósito de renovar instituciones ya vetustas y reinterpretar las preferencias predominantes, reencauzándolas positivamente, esta tarea debe ser calurosamente alentada..

II. Tres realidades sociales olvidadas

Imposible resulta analizar las reformas a la Ley de Matrimonio Civil sin referirse a tres realidades sociales que aparecen pospuestas en los comentarios y discusiones que ha suscitado esta materia.

1. Debilitamiento y sustitución de la familia legalmente establecida.

No cabe duda que la mayor parte de las reformas legislativas que se han realizado en los últimos años apuntan al debilitamiento de lo que podría denominarse la **“familia tradicional”** (aquella originalmente instituida en el Código Civil de 1857). Ella estaba asentada en el **“matrimonio indisoluble”**, en la llamada **“legitimidad de los hijos”**, en la preeminencia del **“padre como jefe del núcleo familiar”**, en la limitación de los medios para acreditar la **“paternidad y maternidad concebida fuera del matrimonio”**, en el **“deber de fidelidad”** entre los cónyuges y en la imposición de **“asignaciones forzosas”** en favor de los hijos legítimos como herederos preferentes.

En escasos 20 años, todas estas bases han variado de manera sustancial.

En efecto, la indisolubilidad del matrimonio se eludió por medio de las "nulidades" (que se abren camino desde 1923) y que constituyen un divorcio simulado por mutuo consentimiento.

La "legitimidad de los hijos", situación privilegiada respecto de los "hijos naturales" y "simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos", fue sustituida por la distinción entre "hijos matrimoniales" y "no matrimoniales" (ambos con idénticos derechos).

Dejó el padre de ser el "jefe del núcleo familiar", pasando la mujer a gozar de derechos muy similares e igualándose los deberes personales entre ambos cónyuges (artículos 131 y siguientes del Código Civil).

Las causales precisas consagradas en el antiguo artículo 271 del Código Civil para reclamar el reconocimiento de paternidad o maternidad se hicieron genéricas (el artículo 195 del Código Civil señala que "la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen"), desapareciendo los impedimentos y estrictos requisitos consagrados con antelación en la ley, precisamente para amparar al núcleo familiar constituido al alero del matrimonio. A lo anterior hay que agregar la ampliación de las pruebas para acreditar la filiación, especialmente científicas (artículos 198 y 99 del Código Civil, introducidos por la Ley N°19.585).

El "deber de fidelidad" se atenuó, como consecuencia de haberse derogado el Párrafo 9, Título VII, del Libro II del Código Penal, denominado "Del adulterio". Es efectivo que en la práctica éste no tenía aplicación, pero su existencia constituía una señal del legislador. Coherente con lo anterior, se atenuaron también las sanciones civiles impuestas, especialmente a la mujer, por la falta del deber de fidelidad (antes se pensaba que el adulterio de la mujer era más grave que el adulterio del hombre, como consecuencia que el primero, se decía, introducía un "bastardo" al interior de la familia).

Por último, probablemente lo más importante, se igualaron los derechos hereditarios de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, permitiendo a éstos interponer las acciones de reconocimiento de filiación, incluso después de los días de sus progenitores.

En presencia de estas reformas ¿puede alguien sostener seriamente que no ha habido en Chile un cambio profundo en el concepto de familia? Lo que antes se definía doctrinariamente como "el conjunto de personas ligadas por vínculos de parentesco y matrimonio", hoy se ha extendido considera-

blemente. Se ha abierto la posibilidad de incorporar a la familia a personas procreadas fuera del matrimonio, sin las restricciones que aseguraban un cierto hermetismo en favor de los cónyuges y de los hijos concebidos o nacidos en él. Asimismo, como consecuencia de lo anterior, el matrimonio no es la fuente necesaria de la familia, pudiendo ella estar asentada en una simple convivencia, puesto que los descendientes tienen idéntica calidad y derechos que aquellos que provienen de las uniones matrimoniales.

En derecho las “cosas son lo que son y no lo que se las llama”. Este brocardo jurídico encierra una exigencia ineludible que no puede desconocerse. La concepción de la “familia” difiere, en el día de hoy, sustancialmente de aquella que predominaba 20 años atrás. El vocablo “pareja” ha pasado a substituir al vocablo “casados” y se ha disipado toda condenación o repudio social al concubinato, como sucedía hasta no hace muchos años, cuando se condenaba, incluso, a las personas que habían anulado su matrimonio. Esto implica un cambio social evidente y la aceptación de nuevos hábitos y comportamientos sociales.

La “familia” tiene en este momento una connotación muy diversa de aquella en la cual se asentaba originalmente el Código Civil y no sólo en relación a las normas directamente relacionadas con su regulación, sino, además, con numerosas otras disposiciones relativas, por ejemplo, a los regímenes patrimoniales, a la capacidad civil, a la intervención de la mujer en la administración de la sociedad conyugal, etc. Un solo dato revela en toda su magnitud la crisis que vive la familia tradicional: **más del 50% de los hijos nacen en el día de hoy al margen del matrimonio, sea porque provienen de madres solteras o de uniones irregulares.** Este antecedente bastaría para poner en revisión la legislación que comentamos, porque ello implica que la mayoría se está marginando de la juridicidad y optando por la desregulación de una relación que, como dice la Constitución, conforma una de las bases fundamentales de la sociedad.

A manera de corolario, podríamos decir que la **igualdad**, consagrada en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución (“**Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**”), constituye un valor superior a la **protección de la familia** dispuesto en el inciso 5° de la misma norma. Lo dicho evoca un caso típico de “**aberración axiológica**” del derecho, esto es, el sacrificio de un valor en función de la realización de otro valor que, en la oportunidad, se estima de mayor entidad, proyección y significación.

2. Cambio del papel de la mujer en la sociedad

El segundo fenómeno que queremos destacar es el cambio paulatino del rol que cabe a la mujer en la sociedad actual. Hasta no hace muchos años, ella estaba relegada a las tareas domésticas y maternas, todo lo cual se

desarrollaba al interior del hogar. Nuestra cultura, por lo mismo, fue tildada con justicia de “machista”, queriendo significar un claro predominio del marido por sobre la mujer. Basta recordar la antigua redacción del artículo 131 inciso 2° del Código Civil, que decía: “El marido debe protección a la mujer, y la mujer **obediencia** al marido”. El artículo siguiente definía la “potestad marital” como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la **persona** y bienes de la mujer”. El artículo 133 inciso 1°, por su parte, agregaba: “El marido tiene derecho para **obligar a su mujer a vivir con él** y seguirle donde quiera que traslade su residencia”. El artículo 1447 declaraba **relativamente incapaz** a las “mujeres casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes”. Finalmente, para concluir este muestreo, el artículo 150 del mismo Código, incorporado por la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, disponía que “no obstante lo dispuesto en el artículo 137, la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria, a menos que el juez, en juicio sumario y a **petición del marido**, se lo prohíba”. Todas estas disposiciones se encuentran modificadas, como consecuencia de que ha variado absolutamente la posición de la mujer en la sociedad.

Hoy día la mujer es plenamente capaz, incluso cuando está casada bajo el régimen de sociedad conyugal, habiéndose transformado en una verdadera coadministradora de la misma. Existe plena igualdad de derechos entre marido y mujer, así se trate del deber de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente. La mujer no está obligada a seguir al marido donde quiera éste traslade su residencia, ni puede éste prohibir a la mujer ejercer cualquier oficio, profesión, industria o empleo.

¿A qué se debe este cambio tan manifiesto del estatuto jurídico de los cónyuges? La respuesta es obvia. La mujer se ha emancipado, incorporado al proceso productor y conquistado su plena igualdad jurídica respecto del marido. Ha cesado, por lo mismo, la familia patriarcal instituida en nuestra legislación y el sometimiento de la mujer al marido. Esta realidad ha traído un cambio profundo en las costumbres y los usos sociales y, por cierto, en las relaciones de familia. Fenómenos como la violencia intrafamiliar, que se mantuvieron durante muchos años escondidos, han emergido vigorosamente, obligando a los poderes colegisladores a encararlos mediante una legislación de excepción.

En este contexto, el matrimonio indisoluble, en una sociedad que ha dejado atrás una concepción extremadamente conservadora de la unión conyugal, resulta aberrante, y no se condice con los requerimientos y las exigencias que nacen del nuevo estatuto jurídico del matrimonio. Aun cuando ello sea objeto de estudios sociológicos todavía pendientes, sin perjuicio de tratarse de un tema “tabú”, las relaciones más íntimas entre los cónyuges también han va-

riado hacia un plano de plena igualdad, siguiendo con ello una tendencia mundial que se observa en todas las naciones occidentales.

3. Chile paraíso divorcista

No exageramos al sostener que Chile, en este marco fáctico, aparece como un paraíso divorcista. Lo que en cualquier lugar de la tierra se denomina divorcio con disolución del vínculo, en Chile se conoce con el nombre de nulidad de matrimonio. A tal extremo llegó la hipocresía en esta materia, que el artículo 122 del Código Civil instituyó el “**matrimonio putativo calificado**”, que consistía en dar al matrimonio nulo celebrado ante oficial del Registro Civil, los mismos efectos que al matrimonio válido respecto de la “legitimidad de los hijos”, cuando la nulidad había sido declarada por incompetencia del funcionario o por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, aun cuando no hubiere habido entre los cónyuges buena fe ni justa causa de error (presupuestos esenciales del matrimonio putativo). O sea, se amparaba la apariencia y se atribuía efectos jurídicos a actos que podían ser ejecutados de mala fe y sin justificación alguna (En el día de hoy esta disposición, en la parte comentada, carece de toda importancia por haberse eliminado la diferencia entre hijos legítimos “matrimoniales” e hijos ilegítimos “no matrimoniales”).

La explicación y justificación de las nulidades de matrimonio, en la forma que se practican entre nosotros (generalmente por incompetencia del funcionario ante quien se celebra), obedecen a un hecho indesmentible: **toda necesidad social jurídicamente insatisfecha tiende, por una ley inexorable, a ser satisfecha**. En este ámbito el derecho actúa como la naturaleza que llena en forma instantánea todos los vacíos que se presentan. A este fenómeno debe atribuirse el esfuerzo de los jueces por hallar la forma de declarar la disolución del vínculo matrimonial, aceptando el simple expediente de acreditar por medio de testigos que el oficial civil ante quien se celebró el matrimonio era incompetente, porque no corresponder al domicilio de un ninguno de los contrayentes ni a su residencia en los últimos tres meses anteriores al matrimonio (artículo 308 del Código Civil en relación a los artículos 9° y 31 de la Ley de Matrimonio Civil). De este modo, cada cónyuge recupera su condición de soltero y puede volver a contraer válidamente nuevo matrimonio. El sistema adolece, como es explicable, de múltiples inconvenientes, al no condicionar la disolución del vínculo al cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos comunes (alimentos, tuición, visitas) ni atender, tampoco, a la situación del cónyuge más débil (generalmente la mujer, habida consideración de su progresiva incorporación al proceso productivo y en condiciones desmedradas respecto al hombre). Aun más, se trata de un divorcio simulado que puede repetirse varias veces con la desintegración consiguiente de las familias involucradas.

Si se atiende a las escasas restricciones de la nulidad de matrimonio, a la posibilidad de eludir las obligaciones y deberes de los padres para con los hijos, al tiempo y el procedimiento que se emplea y a los costos que ella impone, podría decirse, sin extremar las cosas, que **Chile es un paraíso divorcista**, fruto de la improvisación y la hipocresía ambiente. Injusto resulta criticar a los tribunales de justicia por haber permitido que por este medio se resolvieran los problemas que generan las rupturas matrimoniales. Ellos no han hecho más que hallar la fórmula que permita descongestionar la presión que provoca una ley ya obsoleta y satisfacer las demandas y exigencias que nacen de la comunidad. La responsabilidad, si la hay, recae en los poderes colegisladores, puesto que son ellos los llamados a medir la magnitud de este problema y encontrar los medios que permitan resolverlo. Sostener que con las nulidades de matrimonio se “institucionaliza la mentira” es juzgar los efectos, ocultando las causas. Ciertamente los jueces saben, quizás mejor que nadie, que los referidos juicios son simulados, pero saben, asimismo, que es el único medio para dar salida a un conflicto que, de otra manera, desembocará en el amancebamiento y la marginalidad. Es por ello que aceptan las nulidades de matrimonio cuando los cónyuges de consuno recurren a este procedimiento.

III. Protección de la familia

Las rupturas matrimoniales, ante esta realidad, no pueden ignorarse ni tampoco evitarse, como sería de desear. El divorcio se nos aparece en este cuadro como una consecuencia de la ruptura y no a la inversa, la ruptura como una consecuencia del reconocimiento y regulación del divorcio. Este es el dilema que se desoye al encarar el tema.

La cuestión fundamental, entonces, es simple. ¿Cómo encarar una ruptura matrimonial muchas veces inevitable? Las posibilidades son pocas, salvo que miremos las cosas a largo plazo. Pueden ignorarse los efectos de la ruptura, entregándolos al libre arbitrio de los cónyuge. En tal caso se desampara al cónyuge más débil y a los hijos comunes, y se estimula abiertamente el amancebamiento y la constitución de grupos familiares irregulares y despojados de protección legal. A la inversa, pueden regularse los efectos de la ruptura (tuición, alimentos, visitas, administración de bienes comunes, etc.) y reglamentarse la constitución de una nueva familia (cuando ella se forma), a fin de evitar que las responsabilidades se diluyan, como frecuentemente ocurre en este momento.

El contrato de matrimonio está fundado en el amor (lo propio puede decirse de la filiación adoptiva) y este sentimiento, por la imperfección inherente a la condición humana, es casi siempre vulnerable. La indisolubilidad

del matrimonio, por lo mismo, sólo puede fundarse en una actitud constante de entrega, fidelidad y recíproca comprensión. La vida contemporánea no ofrece muchas facilidades para conseguirlo y de ello somos todos responsables, porque hemos construido un mundo hedonista en donde predomina la competencia y el materialismo.

¿Cabe entonces establecer un matrimonio indisoluble dando la espalda a una realidad que, insisto, todos, en cierta medida, hemos ayudado a construir y que no pocos defienden airadamente como una conquista del “modernismo”?

Esta es la realidad, por amarga que pueda parecer, especialmente a aquellos que se sienten capaces de cumplir un compromiso asumido ante Dios. En cierta medida sólo los que profesan un ideal religioso que transforma el matrimonio en sacramento y, por lo mismo, en un vínculo indestructible, postulan la indisolubilidad del matrimonio civil, imponiendo con ello su ideal a quienes no profesan la misma fe. Pero la fe tampoco es permanente en todos, de lo cual se sigue que ni siquiera quien se casa bajo esa convicción puede estar cierto de mantener su fe a través del tiempo y hasta la muerte. Volvemos a tropezar con la imperfección humana, de la cual el derecho no puede desentenderse, porque se legisla no para los santos ni para los héroes, sino para seres débiles y falibles.

En consecuencia, no constituye una conclusión aventurada afirmar que la ley debe hacerse cargo de una realidad insoslayable y que ella demuestra que las rupturas matrimoniales son inevitables. Corresponde al legislador regular los efectos que dichas rupturas producen en defensa de la descendencia común y del cónyuge más débil, que, insistimos, sigue siendo la mujer, a pesar de haberse ésta incorporado gradualmente al proceso productor. Lo que no admite dilación es mantener la actual reglamentación legal, que, crecientemente, conduce a la desintegración de la familia, desoyendo el mandato constitucional.

IV. Cinco temas relevantes

La modificación de la Ley sobre Matrimonio Civil plantea, a lo menos, cinco temas que deben ser cuidadosamente analizados antes de adoptarse una decisión a su respecto.

1. Dos tipos posibles de matrimonio

Se ha postulado la existencia de dos tipos diversos de matrimonios: aquellos indisolubles por decisión de los contrayentes (renuncia anticipada a la acción de divorcio), y aquellos disolubles a falta de expresión en contrario.

Esta distinción es inaceptable y rompe principios básicos que deben respetarse.

Comencemos por señalar que, cualquiera que sea la decisión inicial, todo matrimonio estará siempre expuesto a la posibilidad de una ruptura, de modo que aquellos que opten por la indisolubilidad provocarán, en no pocos casos, problemas tan dramáticos como los que se trata de solucionar mediante esta modificación legal. En otros términos, la referida proposición mantiene parcialmente la situación actual, con el agravante de que se intentará cerrar la puerta que ha abierto la jurisprudencia para dar salida a las parejas que viven una ruptura irreconciliable. No es errado sostener que son muy pocos los que al casarse se representan como probable una ruptura posterior, porque éstas sobrevienen con la convivencia, con el debilitamiento de la pasión (consustancial a la juventud y motor de la reproducción) y la rutina. De aquí que la proposición que analizamos pueda hacer surgir conflictos más virulentos que los que actualmente existen.

Desde otro ángulo, constituye un principio fundamental de derecho la **“igualdad ante la ley”**, lo cual supone que ésta prescribe lo mismo para todos sin diferencias odiosas, mucho menos cuando ellas se fundan en sentimientos más o menos arraigados. Establecer dos tipos de matrimonio implica regular una institución de **orden público** mediante estatutos diferentes establecidos en función de la estabilidad sentimental de los contrayentes.

Finalmente, la reglamentación del matrimonio no es cuestión que concierna sólo a los cónyuges, ella se proyecta a la descendencia común y una eventual ruptura, por lo mismo, compromete a toda la familia, incluso, más ampliamente, a toda la sociedad. No pueden, por lo mismo, renunciar los esposos a una cuestión que concierne a toda la sociedad.

La aspiración de consagrar un matrimonio indisoluble implica la decisión inamovible de un hombre y una mujer de vivir juntos durante toda la vida, debiendo dicha decisión mantenerse a través del tiempo y perdurar incluso si aquella voluntad no subsiste. Este propósito, atendida la entidad del compromiso, no es viable como **imposición legal**, por la humana vulnerabilidad de los sentimientos. De aquí lo erróneo de esta proposición.

2. Intervención de las diversas iglesias reconocidas por el Estado

Ciertamente, como una concesión a las diversas entidades religiosas, se ha establecido en el proyecto de ley que los matrimonios que se celebren ante los ministros de la respectiva fe producirán los mismos efectos que el

matrimonio civil, siempre que ellos cumplan los requisitos contemplados en la ley. Para estos fines el acta respectiva deberá ser presentada ante cualquier oficial civil, dentro del plazo de 30 días, para su inscripción. Agrega el proyecto que si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno.

Creemos que esta norma es francamente errónea, por varias razones. Desde luego, en Chile existe una clara separación entre las funciones civiles y la funciones religiosas, asimilar ambos planos introduce un confusionismo negativo entre dos actividades de muy diversa índole. Por otro lado, casi con certeza, podemos afirmar que esta reglamentación provocará graves irregularidades y engaños y facilitará la celebración de matrimonios que posteriormente no podrán o no se querrán registrar ante la autoridad administrativa. Más aún, si somos consecuentes y admitimos que el matrimonio se celebre ante los ministros de una determinada fe religiosa, sería lógico y justo que las obligaciones y deberes entre los cónyuges y los efectos del matrimonio fueran determinados por los preceptos de aquella fe. Lo anterior, como es obvio, resulta absurdo y conduciría a situaciones aberrantes.

De aquí que lo previsto en el artículo 21 del proyecto nos resulte inconveniente y un retroceso, sólo explicable como una innecesaria e inadmisibles concesión a las entidades religiosas que, como se señala en el texto, gocen de personalidad jurídica de derecho público.

3. Subsistencia y ampliación de las nulidades de matrimonio

Otro aspecto del proyecto que resulta inconsistente es la ampliación de las causales de nulidad del matrimonio. Entre ellas cabe señalar la consagrada en el artículo 45 letra b) del proyecto, esto es, cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos del artículo 8°. Esta disposición señala: "Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: 1°. si ha habido error en la identidad de la persona del otro contrayente; 2°. si ha habido error acerca de alguna de las **cualidades personales** que, atendida la naturaleza o fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y 3°...". Como puede constatarse, la amplitud de esta causal es inconmensurable y abre paso a hechos de la más diversa índole. Así, por ejemplo, la calificación de las virtudes morales del contrayente, sus preferencias valóricas, sus concepciones políticas, sus cualidades físicas, sus antecedentes familiares, etc., quedan comprendidas en esta causal. De la manera en que está redactado el precepto, el juez estará dotado de poderes amplísimos para calificar casi discrecionalmente la validez del matrimonio.

Lo propio puede decirse de la causal establecida en el mismo artículo 45 letra c), que consiste en que uno o ambos cónyuges hayan incurrido en simulación o **exclusión de alguno de los elementos esenciales del matrimonio**, a que se refiere el artículo 9°. Este último dice que “No hay matrimonio si no existe consentimiento por parte de ambos contrayentes sobre los elementos esenciales del contrato matrimonial”. Debemos entender como tales la intención de vivir juntos, procrear, auxiliarse y protegerse mutuamente, guardarse fe, generar una vida familiar pacífica y acorde con los principios morales que imperan en la sociedad, etc. Todo lo cual revela la extensión de la norma. En el inciso siguiente, el mismo artículo 9° agrega: “Si se simula un matrimonio que no corresponde a la real intención de los contrayentes, se contrae inválidamente. También es nulo el matrimonio si **uno o ambos cónyuges excluyen, por acto de voluntad que sea positivo, directo y verificable en el fuero externo, alguno de sus elementos esenciales**”. Esta última prescripción extiende aun más lo previsto en el inciso anterior, al condicionar la validez del consentimiento a la voluntad de uno o ambos contrayentes, a condición que la exclusión se manifieste por hechos positivos, directos y verificables en el fuero externo.

A lo anterior debe agregarse que el artículo 8° precitado invalida el consentimiento, cuando ha habido “**error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente**”. ¿A qué identidad se refiere esta norma? ¿A la identidad física o la identidad moral? Si la ley no distingue, debemos admitir que en la norma quedan comprendidos ambos tipos de identidades y, por lo mismo, será nulo el matrimonio cuando cualquiera de los contrayentes carezca de las aptitudes, virtudes, posición o características que al momento de contraerse el matrimonio se supuso adornaban la personalidad del contrayente.

Lo que señalamos cobra mayor importancia si se repara que todas las trabas que el legislador pondrá al divorcio se intentarán sobrepasar optando por la nulidad del matrimonio.

Resulta, por lo mismo, paradójico que, invocando la inconveniencia de las nulidades de matrimonio, se abran las compuertas de la nulidad para contrarrestar los escollos que se presentarán a los que intentan resolver las rupturas matrimoniales por medio del divorcio con disolución del vínculo.

4. Compensación económica.

Creemos que son dignas de destacarse las disposiciones del Capítulo VII párrafo 1°, relativo a la compensación económica de que será titular el cónyuge que durante el matrimonio “no desarrolló una actividad remunera-

rada, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común". Este derecho se consagra tanto tratándose del divorcio como de la nulidad del matrimonio.

En el fondo esta norma encubre la existencia de una especie de comunidad sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, aun cuando los factores de que trata el artículo 63 del proyecto atenúen considerablemente sus efectos, dando al juez o a las partes, en su caso, las pautas que deben considerarse al fijarse el monto de este beneficio (la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; las fuerzas patrimoniales de ambos; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios patrimoniales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge).

Deseable sería que estas normas sean correctamente aplicadas por los tribunales y que no se frustren los derechos del cónyuge más débil, atendida la timidez y estrechez con que los jueces fijan las indemnizaciones reparatorias. Aunque parezca extremo, esta disposición será un elemento importante para disuadir a los que pretendan recurrir al divorcio o la nulidad frente a cualquier conflicto susceptible de resolverse con el paso del tiempo.

5. Tribunales de familia

El éxito de las disposiciones contenidas en el proyecto que se comenta depende en gran medida de que sean creados, seria y oportunamente, los llamados tribunales de familia. La realidad actual es deplorable en esta materia. La judicatura de menores se encuentra en manos de un personal inexperto, que prescinde casi absolutamente de las normas legales y falla por simpatías, recomendaciones o iluminadas intuiciones femeninas. Es difícil entender por qué razón los tribunales superiores de justicia no han intervenido en ella y aplicado correctivos que contribuirían, al menos, a paliar tantos abusos y excesos. La mayor parte de las personas que han tenido la desdicha de recurrir a esta justicia "especializada", lo cual no es más que una ironía, puede dar claro testimonio de lo que se señala. Un estudio de sólo algunos expedientes judiciales tramitados en estos juzgados permitiría medir la magnitud de estas aseveraciones. Desgraciadamente en Chile los grandes problemas sólo se encaran cuando las situaciones hacen crisis.

V. Una antigua proposición

Hace varios años, en una jornada jurídica, propuse el establecimiento del divorcio vincular sobre bases relativamente parecidas a las que animan el proyecto actual. Pensaba en aquellos años que el divorcio vincular debía ser consecuencia de que subsistiera entre los cónyuges, durante un cierto lapso (cinco o tres años), el estado de **“divorcio perpetuo”** contemplado en la actual Ley de Matrimonio Civil. De ese modo, las causales serían las mismas que autorizan el divorcio perpetuo en la Ley de 1884, y la desvinculación consecuencia de su continuidad sin que hubiere habido entre los cónyuges reconciliación. Para resguardar al cónyuge más débil y a los descendientes comunes, se imponía como condición de la “desvinculación” un acuerdo entre los cónyuges o una decisión judicial sobre todos los problemas que genera la ruptura matrimonial (alimentos, visitas, tuición, administración o división de los bienes comunes, etc.).

Sigo pensando que ello habría sido preferible, porque el divorcio vincular se habría asentado en una institución presente entre nosotros durante largos años y, por lo mismo, incorporada a nuestro acervo jurídico cultural.

A la inversa de lo que ocurre con el actual proyecto, era de desear que las nulidades fueran reducidas al máximo posible, sólo a aquellos casos en que efectivamente el consentimiento estuviere viciado o no se hubiere manifestado libre y espontáneamente. La nulidad, en tanto sanción civil, provoca una cierta repugnancia en materia de familia, atendido el hecho de que el matrimonio produce sus plenos efectos con la unión de cuerpos y al amparo de la ley.

Las cosas no se dieron como habíamos deseado, pero una ley que contemple el divorcio vincular constituye un paso positivo para encarar las rupturas matrimoniales y sus perniciosas consecuencias. Los que abogan por un matrimonio “para toda la vida” sólo pueden lograr este estimable fin a través de sus íntimas y personalísimas convicciones, unidas a una conducta coherente.

Reiteremos, entonces, lo que hemos sostenido tantas veces: una ley de matrimonio civil que contemple el divorcio vincular está inspirada y tiene por objeto la defensa y consolidación de la familia, más allá del matrimonio, cuando las rupturas son irreparables y definitivas.

¿Qué divorcio?

Carlos Peña González

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

No se me escapa que el tema del divorcio es uno de esos temas en cuyo derredor se convocan algunas de las creencias más firmes que orientan la vida de cada uno, motivo por el cual no es de extrañar que este debate posea, a veces, un alto compromiso afectivo e ideológico. Como consecuencia del hecho que en el tema del divorcio se encuentran, a veces, comprometidas nuestras creencias finales, no es raro que en ocasiones este debate se parezca más a una guerra santa que a una conversación con sentido ciudadano. Así y todo, soy de quienes confían en que el diálogo intelectual puede ayudar a la comprensión mutua y, por sobre todo, a evitar el peligro que a propósito de estos temas agucemos las posiciones casi hasta olvidar que formamos parte de una misma comunidad política.

Ahora bien, a fin de alentar ese diálogo, me parece que podría resultar útil hacer el intento de identificar los principales aspectos que, en torno al divorcio, deben, en mi opinión, ser discutidos. Cada uno de esos aspectos son, de alguna manera recogidos en el proyecto de ley que se encuentra en actual tramitación y, por lo mismo, lo que enseguida diré es, al mismo tiempo, una evaluación general de ese proyecto.

Me parece a mí que en el debate sobre el divorcio se entrelazan al menos cuatro problemas que debemos esforzarnos por dilucidar. Se encuentra, en primer lugar, el problema de establecer la relación que media entre la aprobación de una ley de divorcio y los niveles de bienestar social. ¿Es cierto que la aprobación de una ley de divorcio contribuirá, por decirlo así, a que las cosas vayan para nosotros de mal en peor y que, hipnotizados con la necesidad de aprobarla, estemos, casi sin darnos cuenta, caminando y conduciendo a nuestros hijos hacia el despeñadero? ¿Cuál es, a fin de cuentas, la relación que es posible advertir entre la aprobación del divorcio, por una parte, y el bienestar disponible, por la otra? Esta es la primera cuestión a la que voy a intentar referirme. En segundo lugar, y una vez

dilucidado el problema que acabo de identificar, se hace, todavía, necesario resolver otro, a saber, el problema de si, una vez decidido legislar admitiendo el divorcio, debe acogerse como causal la del llamado divorcio unilateral o si, en cambio, debe darse lugar nada más que al divorcio por culpa y al divorcio convenido. En otras palabras, ¿debe una ley de divorcio permitir que un cónyuge demande el divorcio derrotando la voluntad renuente del otro?, ¿debe admitirse, además, el divorcio por culpa y, junto con él, el divorcio por mutuo consentimiento? Ese es el segundo tipo de cuestiones a las que deseo referirme. En tercer lugar, cabe preguntarse acerca de las características que habrá de poseer el litigio de divorcio. ¿Deben introducirse, en ese litigio, formas de conciliación o mediación y tiempos de espera que, a primera vista al menos, parecen desconfiar de la firmeza de la decisión de los cónyuges cuando solicitan el divorcio? En fin, y en cuarto lugar, creo que resulta indispensable examinar también qué relación debe establecerse entre el divorcio como institución civil y las creencias religiosas que animan la vida de las personas. ¿Debemos, en otras palabras, reconocer el matrimonio religioso permitiendo que las personas puedan contraer matrimonio conforme a su credo y a su culto o, en cambio, debemos instituir un matrimonio puramente civil dejando entregado al ámbito de lo privado el matrimonio religioso?

En lo que sigue, y como dije denantes, me propongo analizar brevemente cada uno de esos problemas. Voy a eludir, sin embargo, algunas cuestiones específicamente técnicas –relativas a la manera, por ejemplo, en que están redactados los artículos del proyecto–, aunque confío que más tarde podamos discutir también acerca de eso.

Como ustedes saben, la relación entre el divorcio y el bienestar social es ampliamente discutida en la literatura de las ciencias sociales y no sabemos muy bien todavía qué relación exacta es la que media entre una buena porción de los males de este mundo (la pobreza, la drogadicción, el delito, entre ellos) y el divorcio. Es verdad que, en general, los países que cuentan con leyes de divorcio muestran una asociación estadística con conductas feas y malas, pero de ahí no se sigue que esas conductas sean una consecuencia del divorcio, es decir, no se sigue que el divorcio sea, como dicen los sociólogos y los estadísticos una variable independiente. Hace algún tiempo, John Donohue investigó acerca de las consecuencias estadísticas del aborto y llegó a la conclusión que la tasa de delincuencia había disminuido en aquellos estados desde que el aborto era lícito. Donde hay aborto –parece sugerir Donohue– la tasa de niños indeseados es menor y el mundo es así más seguro. ¿Podríamos inferir de esa constatación de Donohue que –por fin– hemos encontrado el remedio a nuestros problemas de inseguridad ciudadana? Como lo muestra el ejemplo de

Donohue, no es del todo sano argumentar en materia de decisiones públicas esgrimiendo estadísticas, como si las estadísticas fueran el árbitro final de nuestros problemas.

Con todo, me parece a mí, hay suficiente evidencia de que las rupturas matrimoniales causan daño. Los partícipes sufren, la familia suele empobrecerse y los hijos por regla general se ven privados de algunos bienes que, sin la ruptura, podrían poseer en abundancia (digo por regla general, porque lo que muestra la evidencia es que la familia es a veces más parecida al infierno que al edén). Es cierto también que los fracasos matrimoniales imponen a la sociedad una pérdida de bienestar que recae, finalmente, sobre terceros o se carga a rentas generales. Todo eso es, desde luego, cierto. Aunque –nunca se insistirá demasiado en ello– esas consecuencias son producto de la ruptura y no del divorcio. El divorcio es, simplemente, una de las formas en que el sistema legal intenta regular los quiebres familiares que –como lo muestra la experiencia– se producen con prescindencia de los mandatos provenientes de la ley. El cultivo de la autenticidad y de la autonomía, que son propios de las sociedades modernas; los mayores costos alternativos que una sociedad abierta impone a la vida en pareja; la información imperfecta con que suele contraerse matrimonio, son algunas de las causas que, con toda seguridad, inciden en la tasa de rupturas matrimoniales. El problema, entonces, no parece consistir en dilucidar si debe haber o no rupturas, sino en establecer si deben o no regularse sus efectos. De lo que se trata, más bien, es de decidir si los efectos de las rupturas inevitables han de quedar entregados a la autonomía de los partícipes –como hasta ahora ocurre en nuestro país– o si, en cambio, han de ser regulados considerando la diversidad de bienes que están en juego.

Las rupturas matrimoniales no pueden, desgraciadamente, evitarse; sin embargo, los costos de las rupturas pueden ser distribuidos con justicia y de una manera tal que desaliente –si las hay– las rupturas frívolas.

La falta de regulación de las rupturas –la situación existente hoy día en nuestro país– impone altos costos sociales y de justicia. Con frecuencia, uno de los cónyuges adquirió un capital humano con la ayuda del otro y, en caso de ruptura no regulada, no hay compensación alguna. Los hijos, a la pérdida inevitable, suelen ver disminuidas sus oportunidades por la falta de reglas que impongan obligaciones claras a los cónyuges. Una ley de divorcio que distribuya con justicia los costos de la ruptura puede impedir o aminorar, en mi opinión, esos perjuicios. Es verdad que cada uno de nosotros puestos a escoger entre un mundo sin rupturas y otro que, en cambio, las posea, se inclinará, sin duda, por la primera alternativa. Pero

todos sabemos que ese mundo no es, desgraciadamente, nuestro mundo. Así, entonces, pienso que el divorcio, en vez de contribuir al despilfarro de bienestar social, puede, por el contrario, y hasta cierto punto, evitarlo.

Establecido lo anterior, cabe ahora preguntarse si acaso una ley de divorcio debe admitir la posibilidad del divorcio unilateral o si, en cambio, debe restringirse a permitir el divorcio de común acuerdo o por mutuo consentimiento o el divorcio por culpa. En mi opinión, una buena ley de divorcio debe restringir el uso del divorcio por culpa y permitir el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio unilateral. Déjeme explicar brevemente las razones que soy capaz de argüir a favor de esta opinión.

El divorcio por culpa –que en mi opinión debe desalentarse– obliga a los cónyuges a reconstruir ante el juez una situación que suele ser dolorosa; arriesga el peligro de desmedrar toda posibilidad de cortesía o amistad entre quienes estuvieron casados; y, en fin, deteriora la imagen de los padres ante los hijos. Las sombras que acompañan inevitablemente a toda vida humana, exageradas por las necesidades del litigio y expuestas tarde o temprano ante los hijos, desmedran, a veces inútilmente, la imagen de los padres y perjudican una de las funciones que la familia posee. Uno de los desafíos que debe encarar una ley de divorcio es el de salvar la relación de los padres con los hijos, la que suele sacrificarse en medio del litigio que el divorcio por culpa suele alentar.

Me parece también que debe darse lugar al divorcio unilateral. El fracaso conyugal suele ser fruto, según lo pone de manifiesto una abundante evidencia, de una experiencia compartida. En él es difícil identificar la voluntad de, nada más, uno de los cónyuges. La decisión de solicitar el divorcio por parte del marido o la mujer –una vez que esa ruptura se produjo– se parece, entonces, más a la actitud de quien busca una salida, que al abandono de un compromiso. Lo que se denomina divorcio unilateral es el último paso –no el primero– de una situación que se configuró al compás de una vida compartida. Hablar de divorcio unilateral o de repudio, como a veces se hace, arriesga el peligro de confundir las causas de la ruptura con la decisión de, simplemente, hacerle frente. Lo mismo ocurre –mutatis mutandis, como suele decirse– con el denominado divorcio por mutuo consentimiento. Este tipo de divorcio es un acuerdo en torno a la forma de salir de una relación ya rota, no una decisión conjunta de romperla. El mutuo consentimiento no es la causa de la ruptura, es una manera de remediarla. El llamado divorcio por mutuo consentimiento se parece a la búsqueda conjunta y resignada de una salida –cuyas causas es siempre difícil determinar– más que a un acuerdo reflexivo en torno al término de la relación conyugal.

Por las razones que señalo, entonces, me parece adecuado contemplar el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio unilateral y restringir, en la máxima medida posible, el divorcio por culpa.

A lo anterior debe sumarse, todavía, el problema relativo al diseño del litigio sobre el divorcio. Como ustedes sin duda saben, el proyecto de ley en actual tramitación introduce, por vez primera en Chile, la mediación en este tipo de causas, que en el derecho comparado, dicho sea de paso, alcanzan casi a un tercio del total de la litigiosidad. Junto con ello, el proyecto contempla diversos tiempos de espera para ejercer la acción cuando se trata del divorcio unilateral y del divorcio por mutuo consentimiento. La mediación, concebida como un mecanismo que busca acuerdos cooperativos entre las partes, eludiendo así el litigio franco que arriesga el peligro de acabar con los últimos restos de la amistad conyugal, me parece, en general, correcta; aunque, claro está, no cabe extenderla ni a la nulidad ni al divorcio por culpa. Los tiempos de espera, por su parte, no deben, en mi opinión, ser demasiados extensos, puesto que la experiencia muestra que, cuando son demasiado largos, se alienta el litigio simulado y, en particular, el divorcio por culpa que, ya vimos, puede resultar inconveniente.

En fin, resta todavía dilucidar cuál debe ser la relación que debe haber entre el matrimonio religioso y el matrimonio puramente civil. Mi opinión en esta materia es que, tal cual lo recoge el artículo 21 del proyecto en actual tramitación, debemos hacer esfuerzos por reconocer el matrimonio religioso. Este es, por supuesto, un asunto que interesa por sobre todo a la Iglesia Católica (la tradición protestante, como ustedes saben, no aspira, a diferencia de la católica, a tener jurisdicción sobre los creyentes); pero la igualdad religiosa exige, en mi opinión, extender la misma regla a otros credos.

Creo que una sociedad democrática debe ser sensible –y no ciega– a las preferencias religiosas de los ciudadanos, al credo y al culto que practican y en el que confían. El Estado no debe ignorar sus preferencias religiosas y obligarlos a practicar su culto de manera privada, como si fuera una dimensión extraña a su condición de ciudadanos, una ligera excrecencia ajena al ámbito de lo público. Los momentos incondicionales –el nacimiento de un hijo, la vida en pareja, la muerte– usted debe vivirlos, incluso en el espacio de lo público, conforme a sus propias convicciones y no conforme a las convicciones de los demás. Este derecho deriva, dicho sea de paso, de la libertad religiosa. En una sociedad democrática usted no puede ser coaccionado por profesar una creencia. La coacción del Estado no puede ser empleada para impedirle que practique el credo que –usted piensa– le fue revelado. Pero, al mismo tiempo, la libertad religiosa supone que usted

tampoco puede ser coaccionado para impedirle abandonar el credo que ya no logra orientar su vida. El Estado que no puede impedirle practicar la fe, tampoco puede obligarlo a que permanezca en ella.

Esa es la razón de por qué el proyecto de ley en actual tramitación reconoce el matrimonio religioso, cualquiera él sea, en su artículo 21; pero, al mismo tiempo, somete íntegramente su disolución a la ley civil. El proyecto de ley permite que usted contraiga matrimonio bajo las reglas de su credo y de su culto; aunque, luego, si se verifica una causal de divorcio, permite que usted lo demande ante el juez civil. Esto último deriva, simplemente, del principio de inmunidad de coacción: usted no puede ser coaccionado para impedirle practicar un culto, pero, al mismo tiempo, tampoco usted puede ser objeto de coacción para impedirle que lo abandone, como ocurriría si, habiéndose usted casado bajo las reglas canónicas, pretende luego, por haber perdido la fe, divorciarse.

Como ustedes ven, creo que el diseño del divorcio en Chile está, en general, bien encaminado y, al margen de algunos detalles técnicos, ineludibles dadas las características del proceso de formación de la ley en Chile, creo que podría, como lo dije, contribuir a mejorar la situación actual. Como sugerí al inicio, no está, desgraciadamente, al alcance de la ley evitar o suprimir los fracasos conyugales. El derecho, en otras palabras, no puede evitar el sufrimiento humano, aunque sí puede, en cambio, contribuir, siquiera mínimamente, a aminorarlo, y confío, como comencé diciendo, que esta ley pueda contribuir, siquiera mínimamente, a ello.

¿Para qué sirve el matrimonio?

Gonzalo Figueroa Yáñez

Profesor Titular de Derecho Civil
Relaciones Internacionales y Derecho Político

UNIVERSIDAD DE CHILE
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

La pregunta que encabeza estas líneas no se refiere al ámbito subjetivo de cada cual, sino a la utilidad del matrimonio en el contexto jurídico. No nos preguntamos para qué nos sirve el matrimonio a ti, a mí o a él, sino por el bien jurídico que la institución aporta a la sociedad toda. En verdad, el matrimonio puede servirnos en lo personal, para culminar una relación amorosa con un compromiso de permanencia en el futuro. O bien, para asegurar con otra persona de distinto sexo los cuidados que ambos necesitamos en nuestra vejez. También puede servirle a algún inmigrante indocumentado para obtener una visa de permanencia. Y no faltará quien se servirá del matrimonio para asegurar una herencia cuantiosa. No olvidemos los matrimonios de los príncipes de antaño por razones de Estado, o los matrimonios que solían imponer los padres a sus hijos adolescentes para aumentar el caudal de sus familias. La utilidad subjetiva del matrimonio puede ser tan variada como son variadas las personas que lo contraen.

Nuestra pregunta no se refiere a estos aspectos subjetivos de la institución conyugal. Queremos preguntarnos en esta ocasión acerca de la utilidad de conservar en nuestro Código Civil las normas que se refieren al matrimonio. ¿Qué logra –en cuanto a paz social, orden público, organización ciudadana y demás objetivos propiamente jurídicos– la actual sociedad chilena con las normas que reglan la institución matrimonial?

Pedro y Carmen, dos jóvenes egresados de la Universidad, están “pololeando” y creen amarse con locura. Pedro estudió Derecho y recibirá su título en los próximos meses. Carmen recibirá pronto el suyo, de arquitecto. Pedro propone a Carmen que –puesto que se aman tanto– se vayan a vivir juntos. Carmen acepta, pero agrega una condición que le parece imperativa desde su personal perspectiva ética: “Siempre que sea después

que nos casemos". Ante la insistencia de Pedro, de iniciar la convivencia sin su formalización legal, ella le pide que le explique, como futuro abogado, cuáles son las normas jurídicas que regirán su vida futura en ambas posibilidades, esto es, si se casan, o si simplemente conviven sin contraer matrimonio.

–Empecemos por los derechos y obligaciones de tipo personal al interior de la pareja casada –dice Pedro–. Estas son las obligaciones de fidelidad, socorro, ayuda mutua, protección y convivencia. Según el art. 131 del C.C., los cónyuges están obligados a guardarse fe. La infracción de este deber constituye el adulterio civil, el que ya no es penado criminalmente, pero da origen a sanciones civiles, como el divorcio perpetuo entre los cónyuges (que en Chile es una simple separación de cuerpos decretada por el juez). Este deber de fidelidad no existe en caso de una pareja que convive sin contraer matrimonio.

–¿Me quieres decir –replica Carmen, enojada– que sólo si nos casamos deberemos sernos fieles, y si nos vamos a convivir sin casarnos, tú podrás andar con otras mujeres sin que yo pueda protestar? No cuentes conmigo si tu idea es vivir conmigo conservando tu libertad sexual. Casada o no casada, yo te seré fiel porque te amo y no porque la ley lo ordena, y espero idéntico trato de parte tuya. Esa "obligación de fidelidad" a que te referiste será para nosotros igualmente aplicable estemos o no estemos casados. Y si llegas a buscarte otra mujer sin haberte casado conmigo, recibirás idéntica sanción que la que recibirías si en verdad nos hubiéramos casado: me separaré de ti de inmediato, sin pedir la autorización de ningún juez.

–La obligación de socorro –continúa Pedro– es una obligación recíproca y se traduce en la de proporcionar al cónyuge necesitado los auxilios económicos para vivir, llamados también "alimentos". El cónyuge obligado es aquel que está en situación económica de acudir en socorro del otro, conforme a lo dispuesto en el art. 321 N° 1 del C.C. Si hay sociedad conyugal, esta obligación alimenticia recae primeramente sobre el haber social, y es por esto que ella adquiere especial relevancia en el caso de que los cónyuges se encuentren separados de bienes o hayan optado por el régimen de participación en los gananciales. En estos dos últimos regímenes, en el caso que ninguno de los cónyuges esté en estado de necesidad, cada patrimonio soporta las cargas alimenticias de su propio titular, pero en lo que se refiere a los hijos comunes, cada patrimonio concurre proporcionalmente con el otro a satisfacer sus necesidades alimenticias (arts. 134, 160 y 321 N° 2 del C.C.). Esta regla es idéntica para cualquier clase de hijos: en Chile no existe distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

–De manera que en esta obligación que tu llamas “de socorro” –dice Carmen– no existen diferencias respecto de los hijos que podamos tener, si nos casamos o no lo hacemos: las diferencias se establecen tan sólo respecto de los alimentos que tú me darás a mí, o que yo te daré a ti, en caso que alguno de nosotros se encuentre en una situación económica de necesidad.

–Así es –explica Pedro–, los alimentos se deben entre cónyuges, pero no se aplican las disposiciones legales respectivas al caso de convivencia. Los convivientes conservan separados sus respectivos patrimonios, y cada uno de dichos patrimonios debe proveer a los gastos alimenticios de su respectivo titular.

–En el caso que yo, como arquitecto –pregunta Carmen– quedara cesante, y tú, como abogado, tuvieras un ingreso mensual importante, ¿me negarías lo que yo necesitara, si no nos hubiéramos casado, y en cambio, me lo darías si lo hubiéramos hecho? ¿Es que un estado civil, establecido por disposición de la ley, puede influir en hacer o no hacer un avaro de un hombre que ama a su mujer? Yo te daría a ti todo lo que tú necesitaras, tanto si estamos o no estamos casados...

–La obligación alimenticia –replica Pedro– adquiere su verdadera importancia cuando el amor ya se ha acabado, y uno de los cónyuges –especialmente la mujer– ha caído en un estado de necesidad, en que los alimentos de su marido, que ya no la ama, le pueden ser muy útiles para llevar una vida digna. En cambio, concluida la relación de convivencia, concluirá también la entrega de alimentos voluntarios que hayan querido asumir.

–Este es, entonces, un primer punto a favor del matrimonio –concluye Carmen–, aunque a mí personalmente me sea indiferente, pues mi dignidad me impedirá solicitar dineros de una persona que ya no me ama. Sigue, por favor, con otra de las obligaciones del matrimonio.

–La obligación de ayuda mutua está contemplada en el art. 131 del C.C., el que establece que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida –dice Pedro–. Se ha entendido que esta ayuda se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se prodigan mutuamente...

–Pero esta misma obligación –interrumpe Carmen– será asumida voluntariamente por los convivientes desde que resuelvan hacer vida en común, ocasión en que se prodigarán iguales cuidados y atenciones personales que si estuvieran casados. Pasemos a otra obligación...

–La cuarta obligación –señala Pedro– se ha denominado de protección, y consiste en que el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos...

–Que es la misma obligación que asumirán voluntariamente los convivientes, sin necesidad de alguna disposición legal que se lo recuerde –acota Carmen.

–Y la quinta obligación es la de convivencia –señala Pedro–, que permite a los cónyuges vivir en el hogar común, según lo estatuye el art. 133 del C.C. La infracción de esta obligación acarrea como sanción el divorcio o separación de cuerpos judicialmente dispuesta, según lo señala el art. 21 N° 7 de la Ley de Matrimonio Civil.

–¡Son bastante especiales los abogados! –exclama Carmen–. Dicen que los cónyuges están obligados a vivir en el hogar común, y si no lo hacen, el juez ordenará... que se separen. Creo que lo mismo sucederá en caso de convivencia: mientras dure el amor, vivirán juntos, y si el amor acaba, se separarán. ¿Hay otra diferencia entre el matrimonio y la mera convivencia?

–El régimen de sociedad conyugal no es aplicable a la pareja que no ha contraído matrimonio –señala Pedro–. Tampoco le resulta aplicable el régimen de participación en los gananciales: el régimen económico de la pareja que ha establecido una mera convivencia es el de separación total de bienes.

–¿Igual como si se hubieran casado bajo dicho régimen? –pregunta Carmen–. En consecuencia, ésta no es una diferencia entre la pareja casada y la pareja que convive sin casarse, sino entre parejas que han adoptado uno u otro régimen económico, estén casados o no...

–Eso es efectivo –contesta Pedro–, pero debes agregar que si quisiéramos adoptar el régimen de sociedad conyugal o el de participación en los gananciales para nuestras relaciones económicas, no podríamos hacerlo sino mediante el matrimonio.

–Me han dicho que en el régimen de sociedad conyugal la mujer pierde la administración de todos sus bienes propios –dice Carmen–, lo que a mi entender es discriminatorio y atenta contra la dignidad de la mujer, por lo que yo, personalmente, como arquitecto que seré, no me casaría bajo ese régimen. Debe reconocerse, en todo caso, que para aquellas parejas a las que acomode el sistema de participación en los gananciales, el matrimo-

nio es precisamente la forma de llegar a su objetivo. En cambio, para aquellos a que acomode el régimen de separación total de bienes, el matrimonio puede carecer de interés en este aspecto económico, puesto que quedarán separados totalmente de bienes, sea que se casen, sea que convivan sin casarse.

–Es conveniente señalar –acota Pedro– que la mujer que ha establecido una convivencia sin casarse queda en mejor situación económica que aquella que contraiga matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal. En efecto, esa mujer conviviente conserva la propiedad, el usufructo y la administración de todos sus bienes, muebles e inmuebles, y a cualquier título que los haya adquirido, cosa que no sucede con la mujer casada bajo el régimen legal matrimonial. Pero la mujer que se casa bajo los regímenes de separación de bienes o de participación en los gananciales conservará todos sus bienes, como aquella que no contrajo matrimonio.

–Existe una última diferencia entre aquellos que contraen matrimonio y aquellos que simplemente conviven sin casarse –agrega Pedro–: es el régimen hereditario que existe en uno u otro caso. En efecto, los cónyuges son asignatarios forzosos y legitimarios entre sí, se heredan recíprocamente, y los convivientes no tienen ninguna de estas cualidades. Es verdad que esta situación puede modificarse por medio del testamento, el que no siempre es enteramente eficaz para igualar al conviviente que sobrevive con el cónyuge, especialmente si ha habido hijos en esa convivencia, y en consecuencia, es necesario reconocer que en el aspecto hereditario el matrimonio obtiene un nuevo punto sobre la convivencia.

Luego de este análisis, Pedro y Carmen llegaron a las siguientes conclusiones:

- a) El matrimonio no tiene utilidad alguna frente a la mera convivencia en lo que se refiere a las obligaciones de fidelidad, ayuda mutua, protección y convivencia.
- b) El matrimonio no tiene utilidad alguna frente a la mera convivencia en lo que se refiere a la obligación alimenticia de ambos padres en relación con sus hijos comunes; pero sí la tiene en lo que se refiere a la obligación alimenticia de los cónyuges entre sí, la que no existe entre los convivientes.
- c) El matrimonio es útil a la pareja que lo contrae tan sólo si su deseo es que sus relaciones económicas se rijan por el régimen de sociedad conyugal o por el de participación en los gananciales, pero no lo es si el régimen escogido es el de separación de bienes. Debe tenerse en consideración

que el régimen de sociedad conyugal es discriminatorio contra la mujer y que atenta contra su dignidad, por lo que –en lo que a ella se refiere– el matrimonio le será útil tan sólo si ha optado por el régimen de participación en los gananciales.

d) El matrimonio es útil para el cónyuge sobreviviente, que es asignatario forzoso y legitimario del cónyuge fallecido, cualidad de que carece el conviviente que sobrevive. Esta diferencia puede atenuarse, no obstante, mediante la utilización del testamento.

e) El matrimonio resulta un obstáculo para la vida futura de los contrayentes, si el amor que ahora los une llega a desaparecer. En efecto, si desean terminar con esa relación, deberán seguir los largos y costosos trámites de un juicio de nulidad de matrimonio, o los más largos y costosos de un juicio de divorcio (cuando se promulgue la ley respectiva). En cambio, si conviven sin casarse y el amor desaparece, los interesados simplemente separarán sus vidas sin necesidad de intervención judicial de ninguna especie, quedando entregada a los tribunales –como en el caso de cualquier pareja, casada o no– únicamente la cuestión alimenticia, la tuición y el cuidado de los hijos comunes.

Después del análisis que acabamos de reproducir, Pedro y Carmen resolvieron dejar de lado todos los argumentos propiamente jurídicos que habían estado manejando, y que no los habían convencido ni a favor ni en contra del matrimonio. Y terminaron casándose, por dos razones: porque se amaban locamente y el matrimonio constituye una forma de hacer patente la voluntad de permanencia de su amor en el tiempo, y porque así hicieron muy feliz a la abuelita de Carmen, que a su edad, no concebía otra forma de convivencia que la matrimonial.

El matrimonio es por su naturaleza indisoluble

José Joaquín Ugarte Godoy

Profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

a) El propósito de este trabajo

1. Se ha pedido al suscrito –oportunidad que él mucho agradece– exponer para este volumen, relativo al divorcio vincular, la posición iusnaturalista según la cual el matrimonio es por su naturaleza misma indisoluble, o, si se quiere, la doctrina según la cual la indisolubilidad es una propiedad esencial del matrimonio. El suscrito procurará explicar y demostrar esta tesis, como asimismo demostrar que no vale razón alguna de las que suelen esgrimirse para justificar el proyecto de ley que introduce el divorcio vincular entre nosotros.

b) Dos palabras sobre el derecho natural

2. Antes de entrar en materia, conviene decir algo sobre el derecho natural. Hay cosas que están prohibidas porque son malas, como asesinar, o vender un juez su sentencia, y cosas que, a la inversa, son malas porque están prohibidas, como extraer locos en época de veda o conducir por la izquierda; y hay asimismo cosas que están mandadas porque son buenas, como criar y cuidar a los hijos, u honrar a los padres, y en cambio cosas que son buenas porque están mandadas, como pagar el impuesto al valor agregado, o conducir por la derecha. Las prohibiciones y los mandatos que siguen a la naturaleza misma de las cosas constituyen lo que la tradición filosófica denomina “derecho natural”. Y las prohibiciones o mandatos que fundados en conveniencias circunstanciales hacen malas o buenas cosas que en sí mismas no son tales, como *puestos* por el hombre, se llaman *derecho positivo*.

3. Aristóteles explicó muy bien esta diferencia entre el derecho natural y el positivo –si bien no pensó que la indisolubilidad del matrimonio fuese de derecho natural–.

“De lo justo político –dice– una parte es natural, otra es legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente; por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero”.¹

También Aristóteles tratando de que la virtud es un cierto medio, sostiene que hay acciones buenas o malas en sí mismas:

“No toda acción, empero –expresa–, ni toda pasión, admiten una posición intermedia. Algunas se nombran precisamente implicadas con su perversión, como la alegría del mal ajeno, la impudencia, la envidia; y entre las acciones, el adulterio, el robo, el homicidio. Todas estas cosas son objeto de censura por ser ruines en sí mismas, y no por sus excesos ni por sus defectos. Con respecto a ellas no hay manera de conducirse rectamente jamás, sino que siempre se yerra”.²

Para Aristóteles, por otra parte, Dios es el principio y el fin de la ley natural. Por lo tocante al principio dice:

“Ahora bien, está claro que así como en el universo, así aquí también todo es movido por Dios, porque de cierto modo todo lo mueve lo divino en nosotros. El principio de la razón no es la razón, sino algo superior; ahora bien, ¿quién sino Dios puede ser superior a la ciencia y al intelecto?”³

Y por lo tocante al fin, dice Aristóteles:

“...Aquel modo, por consiguiente, de elección y adquisición de bienes naturales que promueva en mayor medida la contemplación de Dios (sean bienes corporales, riquezas, amigos y otros bienes) será el modo mejor y la más bella norma, y será mala, por lo mismo, la que por defecto o por exceso nos impida servir y ver a Dios”.⁴

¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, L. V, c. VIII, 1134 b, versión de Antonio Gómez Robledo, Universidad Autónoma de México, 1983, México.

² Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1107 a 9 y ss., ed. cit.

³ *Ética Eudemia*, 1248 a 26-29, traducción de Antonio Gómez Robledo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, México.

⁴ *Ética Eudemia*, 1249 b, ed. cit.

Ya Platón había dedicado su célebre diálogo El Critón a enseñarnos que hay cosas malas en sí mismas, que ningún buen fin puede justificar. En esa obra se analiza el caso de Sócrates, a quien se ofrece huir para evitar la ejecución de su inicua condena, mediante el soborno de un funcionario, y se concluye que ese soborno es una conducta mala en sí misma, que ni siquiera con un buen fin puede realizarse.

También para Platón es Dios el principio y el fin de la ley natural. En *Las Leyes*, comparando a los hombres con marionetas, nos dice que las pasiones son hilos de hierro que los mueven, y que la ley común de la ciudad, que es la sagrada norma de la razón, es el hilo de oro con que Dios mueve el alma humana;⁵ y añade que "Con toda certeza Dios ha de ser para nosotros la medida de todas las cosas"; y nos lo presenta también como el fin del hombre: "El que haya de ser amado por Dios –expresa– es necesario que se haga a sí mismo, hasta donde alcancen sus fuerzas, semejante a Él".⁶

Cicerón posteriormente desarrolló más la misma idea: "la ley –dijo– es la suprema razón, impresa en la naturaleza, que manda aquellas cosas que deben hacerse y prohíbe las contrarias",⁷ y añadió que "ni puede existir la mente divina sin la razón, ni no tener la razón divina este poder para establecer lo bueno y lo malo".⁸

Además, Cicerón sacó implacablemente la consecuencia de que la ley positiva contraria al derecho natural no es verdadera ley, ni aun si la ha aprobado el mismo pueblo: "¿Y qué, porque muchas cosas –dice– se aprueban en las naciones perniciosamente, muchas pestíferamente, que no merecen el nombre de ley más que si unos ladrones decretaran algo en una junta suya? Pues ni podrían llamarse con verdad preceptos de médicos si ignorantes e imperitos han recetado como saludables cosas mortíferas; ni en un pueblo, ley, aquélla que haya sido de cualquier manera, incluso si el pueblo ha aceptado algo pernicioso. Luego es ley la distinción de lo justo y lo injusto, expresada según aquella antiquísima naturaleza primera de todas las cosas, a la cual se encaminan las leyes de los hombres que castigan a los malos y defienden y cuidan a los buenos".⁹

⁵ *Las leyes*, 645 a.

⁶ *Las leyes*, 716 c.

⁷ Cicerón, *De las leyes*, I: "*lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae faciendae sunt prohibetque contraria*".

⁸ Cicerón, *De las leyes*, L. II, IV: "*Neque enim esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravique sancendis habere*".

⁹ *De las leyes*, II, V: "*Quid, quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen attingunt, quam si latrones aliqua consensu suo sanxerint? Nam neque medicorum praecepta dici vere possent, si quae inscii imperitique pro salutaribus mortifera conscripserint; neque in populo lex, cuiusmodi fuerit illa, etiam si perniciosum aliquid populus acceperit. Ergo est lex, justorum injustorumque distinctio, ad illam aantiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt, defendunt ac tuentur bonos*".

Los jurisconsultos romanos participaban también de estas ideas. Marciano hacía suya la definición de la ley de Demóstenes: “Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, dogma de hombres prudentes, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad, según el cual deben vivir todos los que en ella se encuentran”.¹⁰

Gayo por su parte reconoce dos clases de derecho, el de gentes, que es el que otros llaman natural, para él, y el civil o positivo, propio de cada ciudad; y define el de gentes como “el que la razón natural establece entre todos los hombres”.¹¹

Para Ulpiano el derecho natural es aquella parte tan natural del derecho que incluso –por cierta analogía– puede decirse que la practican los animales; y el derecho de gentes es el que es común a todos los hombres con prescindencia de la ciudad (estado) a que pertenezcan. Definía el derecho natural así:

“Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho”.¹²

El derecho de gentes lo define Ulpiano en estos términos:

“Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural, porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí”.¹³

Cicerón había sido, al parecer, el primero en distinguir entre derecho natural y derecho de gentes; aunque sin referir el primero en modo alguno a los animales. El derecho natural es el que el hombre conoce no a causa de una opinión, sino por cierta virtud innata “como la religión, la piedad, la gratitud, la defensa, el respeto, la veracidad”.¹⁴ El derecho de gentes es para Cicerón el que deriva del natural necesariamente y ha sido desarrollado por el uso.¹⁵

¹⁰ *Digesto*, Lib. I, tít. 3, N° 2.

¹¹ *Digesto*, Lib. I, tít. 1, 9.

¹² *Digesto*, Lib. I, tít. 1, 13.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 22.

¹⁵ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 53.

Hemos hecho esta breve reseña del origen histórico del iusnaturalismo, para desvanecer el error, por desgracia bastante difundido, de que la doctrina del derecho natural tiene su principio en la teología cristiana. En verdad es *precristiana*, y propia de toda la tradición. Por eso dice Werner Jaeger: “toda nuestra tradición occidental descansa sobre esta construcción griega clásica del mundo del derecho, que presupone un cosmos en el cual el individuo humano es referido a un orden de cosas divino”.¹⁶

Ya en la filosofía cristiana, San Agustín, a semejanza de Cicerón, concibe la ley natural, existente en la naturaleza del hombre y conocida por su mente, como efecto y proyección de una idea ordenadora o *ley eterna* existente en Dios. San Agustín había tomado de Platón y los neoplatónicos la concepción de que las ideas causan las realidades, pero poniendo aquéllas en la mente de Dios en calidad de causas ejemplares, como fuentes del ser y de la inteligibilidad de las cosas. De esta manera dio su perfecta fundamentación metafísica –que pasaría después a Santo Tomás de Aquino– a la ley natural. La ley eterna es para San Agustín “la razón o voluntad de Dios que manda sea conservado el orden natural y prohíbe sea perturbado”;¹⁷ y la ley natural es “la transcripción hecha en las mentes de los hombres de la misma ley eterna y de tal manera de la suma e inmutable razón divina”: *ipsius legis aeternae atque adeo summae et incommutabilis rationis divinae in mentibus hominum facta transcriptio*.¹⁸

Al igual que Cicerón, San Agustín enseña expresamente que la ley injusta no es ley: “*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*”: “No parece que sea ley la que no sea justa” (sobre el Libre Arbitrio, I, c. 5).

Para Santo Tomás de Aquino, seguidor de esta tradición, la ley eterna es “la razón de la divina sabiduría que mueve todas las cosas a su debido fin”,¹⁹ o “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”.²⁰ Y la ley natural es definida por Santo Tomás como “la participación de la ley eterna en la creatura racional”.²¹

¹⁶ Werner Jaeger, *Alabanza de la ley*, traducción publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 78.

¹⁷ *Contra Fausto*, XXII, 27: “*ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”. En otra parte define San Agustín la ley eterna así: “La ley eterna es la razón existente en la mente de Dios por la cual todas las cosas son dirigidas a sus fines por medios convenientes”: “*Lex aeterna est ratio in mente Dei existens, qua res omnes per consentanea media in suos fines diriguntur*” (*De libero arbitrio* 1,5).

¹⁸ San Agustín, citado por José Cortés Grau, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Editorial Nacional, Madrid, 1968, t. I, p. 241.

¹⁹ “*Ratio divinae sapientiae movens omnia ad debitum finem*” (*Suma Teológica*, 1-2, q. 93, a.1.c.).

²⁰ “*Ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum*” (loc. cit.).

²¹ “*Participatio legis aeternae in rationali creatura*” (*Suma Teológica*, 1-2, q. 91, a.2.c.).

Quien no comparta las ideas filosóficas sobre el derecho natural, o sobre su fundamentación metafísica, puede, no obstante, conocer y admitir que hay cosas en sí mismas malas o buenas, aunque no conozca los primeros principios en virtud de los cuales esto se explica. Basta para ello el sentido común. Cualquiera sabe que ninguna causal, por ejemplo, puede justificar el cohecho de un juez, o una discriminación arbitraria, o volver mal por bien.

Las líneas que siguen apelan pues, ante todo, al sentido común, sin perjuicio de que aspiren también a la persuasión filosófica de quienes se empeñen en remontarse a las causas primeras.

c) El divorcio es intrínsecamente injusto, porque perjudica a los hijos, a los cónyuges y a la sociedad

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, cabe preguntarse si el divorcio se prohíbe porque es malo, o si es malo porque se lo prohíbe; o, lo que es lo mismo, si atenta contra el derecho natural: si es naturalmente injusto. Para responder argumentaremos primeramente en forma deductiva, a partir de los fines del matrimonio, y luego inductivamente a partir de las estadísticas.

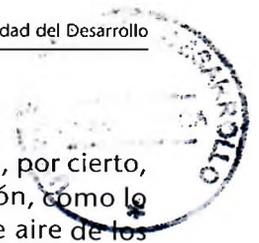
I. El camino deductivo: de los fines del matrimonio a su indisolubilidad

Las conductas son malas cuando contravienen la naturaleza y fines del hombre y de las instituciones a través de las cuales se desenvuelve su vida. Esto es obvio y puede aceptarlo cualquiera que admita el principio de no contradicción, aunque no acepte las especulaciones filosóficas sobre el derecho natural.

a. Los fines del matrimonio

Todo viviente mortal tiende a dejar tras de sí semejantes, como lo consigna Aristóteles en la *Política*. Por otra parte, al ser cada individuo humano una versión limitada de la humanidad, la perfección de ésta no puede buscarse en el individuo, sino en el conjunto de la especie. Tales son las razones que hacen necesaria la reproducción de los hombres. En vista de ella, ha instituido la naturaleza la diferencia de los sexos.

Como los pulmones están destinados a llenarse de aire antes para oxigenar la sangre y producir la combustión de los alimentos que para satisfacer las necesidades respiratorias, así la unión sexual existe antes para la



reproducción que para la convivencia conyugal, lo que no quita, por cierto, que esa convivencia no sea un fin fundamental de aquella unión, como lo es también el aplacar la necesidad de respirar para el lleno de aire de los pulmones. Por eso se dice que el fin primario del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos, y el secundario la convivencia conyugal. Aristóteles, sin establecer explícitamente esa jerarquía, ni usar la nomenclatura de fin primario y fin secundario, discurre evidentemente sobre esa base (*Ética a Nicómaco*, L. VIII, c. 12). Así lo entendió por lo demás el gran Francisco de Vitoria (*Relección sobre el Matrimonio*, 1ª Parte, N° 2). Hemos de añadir que el fin secundario es fin y no medio, y por eso justifica el matrimonio cuando por esterilidad no se dan hijos; pero es secundario, porque en la intención evidente de la naturaleza existe a causa del otro fin, y no puede por eso prevalecer jamás contra él. Mas estos fines, lejos de entrar en pugna, son completamente correlativos: porque el engendrar nuevas personas compromete a la persona entera de los padres, su vida ha de ser común, y la comunidad de vida para ser tal, supone pertenencia exclusiva del uno al otro y perpetuidad. De lo contrario no habrá la vida en común. Y recíprocamente, porque la vida es perfectamente común, debe esa comunidad vital consumarse en el fruto de los hijos, que son la unidad real y sustancial de ambas vidas.

La duplicidad y jerarquía de los fines requiere alguna mayor explicación. Porque ninguna entidad o realidad puede tener pluralidad de fines que se hallen en un mismo plano, es decir, que sean todos igualmente definitorios y explicativos de ella. La razón es que la naturaleza de todo ser o realidad creada se estructura en función del fin, en orden al fin: *el fin es causa de la forma*, como dicen los escolásticos; de donde es que una entidad con varios fines tendría varias naturalezas, lo que es metafísicamente imposible. Por eso, la única manera de que una realidad pueda tener más de un fin, es que uno sea el último o definitorio, y el otro o los otros estén subordinados a él.

Esta disquisición no es un bizantinismo inútil, pues la jerarquía de los fines es la llave de oro para conocer la moral conyugal: si sobre el bien de los cónyuges y su unión está el fin de la procreación y formación de los hijos, el punto de vista del bien de los hijos será el definitivo: no será lícito nada que parezca fomentar el bien de los esposos si va contra la procreación y crianza de los hijos, y una unión que desde el punto de vista de los cónyuges pueda parecer que ha perdido su sentido, tendrá siempre vigencia por el bien de los hijos, y si no hay hijos, en un caso particular, por la destinación objetiva del matrimonio, como institución social, a la procreación.

b. *El divorcio atenta contra los dos fines del matrimonio*

La disolución del vínculo atenta contra los dos fines del matrimonio. Vulnera el bien de los hijos, porque ellos requieren del concurso de sus dos padres unidos para su crianza, educación, mantención, defensa, y equilibrio psíquico: nadie como los padres, de los cuales los hijos son reproducción incluso genética, y de los cuales son también hechura por la connaturalidad que produce la vida familiar, tiene la aptitud para promover el adecuado desarrollo de los hijos; nadie como los padres, por ser su causa, tiene el deber y la conciencia del deber de criar y formar a los hijos. Por otra parte, los hijos deben venir a la vida amados por sus padres, y sintiendo que para ellos son su bien, que los padres darían incluso la vida por ellos, y que no los pospondrán por los placeres, los caprichos o la necesidad de “rehacer su vida”, todo lo “justificada” que ella pueda ser. “Los padres –dice Aristóteles– aman, pues, a sus hijos como a sí mismos; por el hecho de haber sido los hijos arrancados de ellos, son encarnaciones de los padres... Son, pues, de alguna manera, una sola y misma substancia, aunque en cuerpos distintos” (loc. cit.). Los hijos tienen el derecho natural –o el derecho humano– a vivir con sus padres unidos.

Santo Tomás procede primeramente a demostrar la indisolubilidad refiriéndose al fin primario, argumentando con la continuación de la personalidad de los padres en el hijo. “Es, pues, natural” –dice– “que la solicitud del padre por el hijo se tenga hasta el final de su vida. Si, por consiguiente, la solicitud del padre por el hijo causa aun en las aves la convivencia del macho y de la hembra, el orden natural exige en la especie humana que hasta el fin de la vida cohabiten el padre y la madre” (*Suma Contra Gentes*, L. 3. c. CXXIII).

El divorcio vincular vulnera también el fin de la convivencia conyugal. Ella se funda en el amor de amistad: querer el bien del otro, y amarlo por ser quien es, y no porque sea un bien para uno, que es como se ama a las cosas (Aristóteles, loc. cit.). El matrimonio, como enseña Santo Tomás, es una definición tan acertada como insólita y desconcertante, es ante todo “cierta indisoluble unión de los espíritus” (*Suma Teológica*, 3^a, q. 29, a. 2, r). Es como dice el jurisconsulto romano Modestino, “consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano” (*Digesto*, L. 23, t. II, l. 1.), o como se lee en las *Instituciones* de Justiniano “comunidad habitual e indivisible de la vida” (l. 9.1). El cónyuge no es un bien desechable. El amor de amistad es de suyo perpetuo. La donación de su vida que hace cada cónyuge al otro es de por sí irrevocable: ésa es su gracia y no otra. La naturaleza de la persona, del amor y de la familia, que no son hechas por nosotros ni por el Estado, lo hacen así. Desde este

punto de vista el divorcio también es un mal. Y la ley que lo introdujese ampararía la mentira: pues todos los novios se casan y prometen casarse para siempre.

Santo Tomás demuestra la indisolubilidad también con relación al fin secundario del matrimonio, partiendo de la naturaleza del amor de amistad. He aquí el texto:

“La amistad, cuanto mayor es, tanto más es firme y duradera. Entre el varón y la mujer existe máxima amistad: pues se unen no sólo en el acto de la cópula carnal, que aun entre las bestias produce cierta suave sociedad, sino también para el consorcio de toda la vida del hogar; por donde, en señal de esto, el hombre deja por la esposa incluso al padre y a la madre, como se dice en el Génesis” (*Suma Contra Gentiles*, loc. cit.).

¿Mas qué decir de las rupturas irremediables y del derecho a la felicidad del cónyuge que no sea culpable? Desde luego es muy difícil que haya rupturas irremediables: en seguida esta posibilidad, que es previsible, ha sido cubierta por la voluntad de formar una familia que exige indisolubilidad: además, si en tales casos se autorizara el divorcio, los cónyuges no pondrían lo mejor de sí para superar las dificultades que naturalmente pueden producirse; por otra parte, los hijos son el bien fundamental de la familia y los cónyuges separados pueden ayudarlos mejor si no contraen otro matrimonio que si fundan una nueva familia; aun si no hubiera hijos, el divorcio no podría autorizarse, porque se correría el peligro de que se evitase a los hijos o se atentase contra ellos para tener la posibilidad de divorciarse; y porque, en todo caso, no se haría lo posible por superar las discordias, y el fin de la amistad conyugal debe ser también protegido contra este peligro; de lo contrario, como lo demuestra la experiencia de los países en que existe el divorcio, la ruptura irreparable terminaría identificándose con la voluntad unilateral o abandono. Tal ha sido la dinámica legislativa, como lo ha observado el profesor Hernán Corral: ¿Qué más irreparable que la ruptura de un matrimonio en que uno de los dos se quiere ir? (*El divorcio ante el Derecho*, Autores varios, Hernán Corral, *Las causales del divorcio en el derecho comparado*, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile, sin fecha).

¿Y qué decir de los casos excepcionalísimos en que tales males no se diesen? Supuesto que los hubiera, la razón de la ley es el peligro de los males y no su efectividad –que sería en la práctica imposible de descartar–. Se aplica aquí el conocido principio universal de derecho que recoge el artículo 11 de nuestro Código Civil, de que las leyes que se dan para evitar un peligro común obligan aun en los casos en que se ofrezca demostrar que

el mal no se ha de producir. En conclusión, en algunos casos, si los hubiera, de rupturas irremediables en que la disolución no produjese mal, los esposos desgraciados tendrían que sacrificar sus intereses por el bien común.

II. El camino inductivo: los datos estadísticos muestran también que el divorcio es una solución errada

a. Divorcio y suicidio

Las estadísticas confirman todas estas apreciaciones de sentido común. Al respecto, refiere el profesor Gabriel García Cantero (*El Divorcio*, BAC Popular, Madrid, 1977) que según las encuestas manejadas por los especialistas norteamericanos, hay pocas crisis en la vida de un individuo como el divorcio, siendo inevitable un sentimiento de culpabilidad. Señala el citado autor que los divorciados muestran una mayor propensión a quitarse voluntariamente la vida que los solteros, casados o viudos, y cita investigaciones que trae M. Pittau (*Il divorzio*, Cagliari, 1968, pág. 119), efectuadas en el siglo XIX en Alemania, según las cuales en la década 1848-1857, por cada cien suicidas varones casados hay seiscientos cuarenta y cuatro divorciados en Sajonia; y quinientos setenta y cuatro en Würtemberg, en el período 1846-1860: y entre las mujeres, en los lugares y épocas indicadas hay doscientas setenta y quinientas treinta y seis suicidas divorciadas, respectivamente, por cada cien casadas.

También hace García Cantero un cuadro a base de datos tomados del *Demographic Yearbook* del año 1972 –en que había aún bastantes países que no permitían el divorcio– de las Naciones Unidas, con la frecuencia de suicidios por cada cien mil habitantes en los países divorcistas y no divorcistas, resultando mucho mayores en general las tasas de suicidio en los primeros que en los segundos (de 36,1 para Hungría, hasta 8,1 para Inglaterra, en los países divorcistas, y de 5,8 para Italia, a 0,6 para Filipinas, en los países no divorcistas).

A propósito de estadísticas, es notable lo que decía el materialista y positivista italiano Enrique Morselli: “Cuando hace muchos años –expresa– recogía datos estadísticos para mi obra sobre el *suicidio*, me sorprendió vivamente la proporción tan enorme de suicidios entre los divorciados. Amplié más tarde mis investigaciones, y cada vez hallé más confirmada aquella desastrosa, no diré *influencia*, sino más bien *característica* del divorcio. A la vez, me fue fácil comprobar que la misma relación existía en las cifras de los delincuentes, locos y prostitutas. De los varios autores consultados, nadie niega que: a) un número de divorciados excesivamente mayor que

de casados y célibes, hasta alcanzar la enorme cifra del décuplo y del céntuplo, *pone fin a su vida con el suicidio*; b) un número poco menor de divorciados terminan *poniéndose locos*; c) el tributo pagado al *delito* por los divorciados es mucho mayor en ambos sexos que el pagado por las demás clases de personas; d) entre las mujeres divorciadas se cuenta un número verdaderamente extraordinario de *prostitutas*" (Enrique Morselli, artículo en la *Rivista Di Roma*, 1902, reproducido por Ballerini, en *Matrimonio e divorzio*, págs. 36-40, Milán; citado por Sabino Alonso Morén, en *Suma Teológica* de Santo Tomás, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966, t. XV, introducción a la Cuestión 67, pág. 602).

b. *Consecuencias del divorcio para los hijos.*

En la obra *Treinta y tres razones para defender la familia y evitar el divorcio*, publicada por Familias por la Familia (Santiago, 1994), se indican también datos estadísticos del mayor interés: a) de los nuevos matrimonios de los divorciados fracasan en Estados Unidos dos de tres; b) en Estados Unidos en 1987, el 82% de menores delincuentes provenían de familias rotas; c) según un estudio del Centro Nacional de Estadísticas de Estados Unidos, los niños con un solo padre tienen entre dos y tres veces más probabilidades de tener problemas emocionales y de conducta que los niños de familias intactas, y un 50% más de posibilidad de tener problemas de aprendizaje; d) según el mismo estudio, en los hospitales estatales de Estados Unidos, más del 80% de los adolescentes con problemas psiquiátricos procede de familias rotas; e) según dos estudios, uno de Kiernam, del *Family Policy Studies Center*, y otro de Martín Richards, de la Universidad de Cambridge, en Inglaterra, el abandono de la escuela o del hogar antes de tiempo es más del doble entre los hijos de divorciados que entre los de familias intactas, y lo mismo la generación de hijos extramatrimoniales; y la convivencia extramatrimonial anterior a los veintiún años es cuatro y media veces mayor entre los hijos de madre divorciada que se ha vuelto a casar que entre los hijos de familias intactas; f) los hijos de padres divorciados tienen el doble de frecuencia de fracaso en el matrimonio que los hijos de familias intactas.

Se ha alegado superficialmente entre nosotros, ahora último, contra la invocación de estas estadísticas y de otras semejantes, que los males a que ellas se refieren no serían causados por la institución jurídica del divorcio vincular, sino por las desavenencias, conflictos y separaciones a que éste daría una salida. Pero este argumento da infundadamente por supuesto que esos conflictos, desavenencias y separaciones se producirían exactamente igual en calidad y cantidad sin la autorización legal del divorcio, y evidentemente ello no es así, como lo veremos en el apartado siguiente: la

autorización legal del divorcio es la mayor causa de las rupturas y fracasos conyugales.

Además la observación biográfica de las familias divorciadas ha demostrado que lo que es definitivamente malo para los hijos no son las riñas conyugales, sino el divorcio mismo. Dicen al respecto la doctora Judith S. Wallerstein, médica, fundadora y directora del *Centro de la Familia en transición*, de Corte Madera, California, y la escritora Sandra Blakeslee en el libro *Padres e Hijos después del Divorcio*:

“... los hijos pueden ser muy felices aun cuando uno o ambos padres sean profundamente desdichados. Sólo uno de cada diez niños entrevistados por nosotras experimentó alivio cuando sus padres se divorciaron. Casi todos ellos eran niños mayores y pertenecían a familiares en los que se habían producido abiertamente escenas de violencia y donde los hijos habían vivido con el temor de que esa violencia les hiciera daño a sus padres o a ellos. Aun así, son pocos los niños que esperan que sus padres se divorcien. Cuando se riñe en el hogar, los hijos confían, contra toda esperanza, que las riñas cesarán y aguardan un futuro más apacible”.²²

Luego explican las autoras la razón de ser de esto: “los niños pierden –dicen– algo que es esencial para su desarrollo: la estructura familiar... el andamiaje que permite a los hijos pasar por las sucesivas etapas de su desarrollo... el apoyo psicológico, físico y emocional que necesitan para alcanzar la madurez”. “Cualesquiera que sean sus deficiencias –continúan las citadas autoras–, la familia es para el niño la entidad que le brinda el apoyo y la protección que él necesita”.²³

En el libro *La Familia y Salud de los Jóvenes*, del conocido psiquiatra doctor Ramón Florenzano, leemos que uno de los estudios más sistemáticos sobre la relación entre divorcio y rendimiento escolar es el realizado en los Estados Unidos por Giudubaldi y sus colaboradores, quienes compararon 341 niños hijos de divorciados con 358 hijos de familias intactas, y encontraron diferencias estadísticamente significativas a favor de los últimos, que mantenían mejores calificaciones y capacidad de interrelación.

Los hijos de divorciados faltaban más a clases, repetían cursos con mayor frecuencia, tenían peor rendimiento en las pruebas y tenían menos popularidad entre sus compañeros.²⁴

²² Judith S. Wallerstein y Sandra Blakeslee, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1990, pág. 42.

²³ Op. cit., pág. 42. Debe advertirse que estas autoras son partidarias de que se permita el divorcio: p. 417.

²⁴ Ramón Florenzano, *Familia y Salud de los Jóvenes*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995, págs. 161-162.

En cuanto al consumo del alcohol y al consumo de drogas, el doctor Florenzano a base de un estudio hecho por él con otras personas, y publicado antes, dice:

“Nuestro estudio antes mencionado encontró que la disfuncionalidad familiar aumenta la vulnerabilidad para el consumo de sustancias químicas. Entre los hijos de estas familias, el consumo frecuente de alcohol aparecía en un 7,4%, en comparación con un 4,2% entre los hijos de familias intactas. Las cifras correspondientes para marihuana era de un 13,7% versus 6,4%, para inhalantes 5,5% versus 2,1%, para anfetaminas 8,2% versus 2,1%, para cocaína 5,5% versus 2,1%, y así sucesivamente. Claramente el consumo frecuente de drogas es más importante cuando hay disfuncionalidad en la familia”.²⁵

Finalmente, concluye el doctor Florenzano refiriéndose a la necesidad de prevenir estos males, que lo mejor para ello es prevenir las crisis conyugales:

“Se presta hoy mucha atención –dice– a la prevención primaria del suicidio, del abuso de drogas y de la delincuencia, y no ponemos en duda la relevancia de estos esfuerzos. Sin embargo, los problemas conyugales y las consecuencias de la disfuncionalidad familiar frecuentemente explican el fenómeno creciente del suicidio juvenil, de las farmacodependencias y de la delincuencia de adolescentes. Por lo tanto coincidimos con Lieberman cuando afirma que lo central en psiquiatría comunitaria es la prevención de los problemas maritales y conyugales. Muchos problemas futuros, individuales y sociales, son resultantes de la ruptura de la institución familiar”.²⁶

c. El efecto multiplicador del divorcio

Por último las estadísticas delatan el efecto multiplicador del divorcio. En Francia desde la reintroducción del divorcio en 1884 hasta 1974, la tasa bruta de divorcios judiciales se había multiplicado por 12. En Bélgica desde 1841 a 1974 el divorcio se había multiplicado por 176 (García Cantero, op. cit. pp. 89-90). El porcentaje de matrimonios disueltos por divorcio entre los años 1966 y 1986 ha aumentado, en Estados Unidos del 24% al 62,5%; en Australia, del 8,8% al 34,3%; en Japón, del 8%, al 23,4%; en Francia, del 10,2% al 40,8%; en Suecia, del 15,7% al 49,1%; en Uruguay, del 7,7% al 19,3% (José Miguel Ibáñez, *21 Slogans Divorcistas*, Editorial Andrés Bello, 1991, pág. 48, datos tomados del *Demographic Yearbook* de las Naciones Unidas).

²⁵ Ramón Florenzano, op. cit., pág. 163.

²⁶ Ramón Florenzano, op. cit., pág. 165.

Este efecto multiplicador del divorcio que produce su introducción legal, encuentra su explicación, en primer lugar, en la declaración de licitud del legislador, que tiene por misión, dentro del ámbito del bien común de la sociedad civil, decir lo que está bien y lo que está mal; en segundo lugar, en la desconfianza recíproca que siembra entre los esposos, que es el polo opuesto del amor conyugal; en tercer lugar, en que la ley proporciona para las dificultades que suelen presentarse en la vida conyugal, una salida si bien nefasta e injusta, fácil y expedita; y por último, en el debilitamiento de la institución familiar, que redundará en relajación moral, insuficiente educación, y decepción generalizada de la vida y sus valores.

La experiencia de los países divorcistas es que el divorcio tiene una dinámica propia que va sobrepasando todas las restricciones legales y arrastrando incontinentemente al sistema jurídico. En esos países se ha observado, en materia de causales de divorcio, una evolución que el Profesor García Cantero sintetiza así:

“Primero se ha establecido el divorcio como mal menor, para casos muy excepcionales que parecen no tener otro remedio. Las causales son pocas y se delimitan estrictamente. Se concibe el divorcio como sanción a faltas muy graves de uno de los esposos contra sus deberes conyugales. Por eso, se llama a este régimen sistema del *divorcio-sanción*. Para evitar los abusos, el legislador toma precauciones como exigir una duración mínima del matrimonio, poner límites mínimos y máximos de edad para divorciarse, a veces requerir la anuencia de los parientes, o restringir el divorcio a los matrimonios sin hijos.

Este sistema se ha ido luego abandonando en todas partes. Al principio los que queriendo divorciarse no pueden invocar alguna de las causas legales, las simulan; después el legislador reconoce que la ley ha sido sobrepasada y termina por establecer causales amplias.

A continuación el legislador advierte que la necesidad de que el cónyuge que pide el divorcio pruebe faltas al otro genera debates judiciales crueles y escandalosos. Entonces se termina por cambiar el sistema, y abandonándose el del *divorcio-sanción*, se instaura el del *divorcio-remedio*. Éste no exige causales que supongan culpa en alguno de los cónyuges, sino que una ruptura de hecho irreparable. No se trata pues de descubrir quién está en falta, sino de *remediar* el problema que origina la convivencia que se ha vuelto imposible. De allí el nombre de este régimen. Las causales de este sistema, llamadas “objetivas”, son la separación de hecho o jurídica por cierto plazo, que unos legisladores han fijado en años y otros en meses. También este sistema se va haciendo más flexible, mediante la descripción de causales amplias, como “ruptura irremediable” y otras semejantes.

De allí se pasa al divorcio por mutuo consentimiento –mirado con repugnancia cuando recién se introduce la posibilidad de disolver el vínculo–. En la reforma francesa de 1975 se acepta el divorcio por demanda conjunta de los cónyuges, quienes deben presentar un proyecto de convenio relativo a los hijos. La razón para permitir el divorcio consensual es lógica, hasta cierto punto, desde la perspectiva del divorcio remedio: ¿quién mejor que los propios cónyuges puede juzgar si su ruptura es irremediable o no?” (Gabriel García Cantero. “El divorcio en los Estados modernos”, en la obra colectiva *El Vínculo Matrimonial*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978, págs. 472 y siguientes).

El paso final es establecer el divorcio por abandono o decisión unilateral de uno de los cónyuges, que es lo que ha hecho la ley sueca, la cual admite el divorcio por demanda de uno de los esposos, exigiendo un plazo de reflexión de seis meses si el otro cónyuge se opone o tiene hijos menores de dieciséis años a su cuidado (Hernán Corral, op. cit., pág. 25).

De este examen hemos de sacar, además, la conclusión de que también se simulan fraudulentamente las causales de divorcio, y que, por lo tanto, introducir el divorcio no es en modo alguno remedio al fraude que se comete ahora en Chile con la causal de nulidad por incompetencia del oficial civil.

Ya lo decía en 1929 Bertrand Russell, filósofo inglés, propiciando que se estableciese el divorcio por mutuo acuerdo:

“La base más habitual del divorcio –expresaba– debería ser la que ahora se acepta en algunos países, a saber, el mutuo consentimiento. La legislación inglesa, como la del estado de Nueva York, establece que no se concederá el divorcio si ambos lo desean. Esto es intrínsecamente absurdo. No hay nada que haga más digno de preservación un matrimonio del que ambos cónyuges están cansados que uno que todavía parece salvable a uno de ellos. Además, como todo el mundo sabe, la legislación da lugar a evasiones y perjurios. De hecho, la inmensa mayoría de los divorcios se obtienen por mutuo consentimiento, aunque abogados y jueces tengan que fingir ignorancia de este hecho. Mejor sería que la ley se adaptara a lo que verdaderamente se hace, puesto que es imposible adaptar la práctica a la teoría legal” (Bertrand Russell, *Una Visión Liberal del Divorcio*, publicado en *Little Blue Book*, N° 1582. Haldeman-Julius Publications, Girar, Kansas, 1929, incluido en el libro Bertrand Russell. *Sobre la Ética, el Sexo y el Matrimonio*, selección de Al Seckel, Alcor, Barcelona, 1993, pág. 377-378).

Para cuando no hay hijos, Russell preconiza la autorización del divorcio por decisión unilateral (op. cit., ed. cit., pág. 377).

La demostración empírica o inductiva que resulta de los datos estadísticos nos permite decir, parodiando la famosa sentencia de Voltaire de que Dios es tan necesario que si no existiera habría que inventarlo, que la familia basada en el matrimonio monogámico indisoluble es tan necesaria, que si no fuera realmente una institución natural, habría que inventarla: cualquier congreso imparcial de sociólogos, economistas y expertos en ciencias sociales reunido para recomendar soluciones para los gravísimos problemas que aquellos datos denuncian, tendría que concluir proponiendo que los padres vivieran en un mismo hogar con los hijos comunes, de modo que cada pareja se responsabilizara de los propios, y que para asegurar la indispensable estabilidad de esa vida común, el matrimonio fuese de uno con una e indisoluble, sin excepción alguna.

No recomendarían, por cierto, castigar ni perseguir a quienes de hecho formasen otras uniones, o familias irregulares; como no puede recomendarse castigar o perseguir a los obesos, a los alcohólicos, a los avaros... ni a los que se entregan a la libertad sexual. Ni el iusnaturalismo ni el sentido común lo recomiendan. Pero tampoco estarían de acuerdo en incorporar a la institucionalidad jurídica el desplome de la institución familiar, como no podrían estar de acuerdo en incorporar esas otras deficiencias citadas, ubicadas todas en el margen que en la realización concreta y contingente de la naturaleza humana se produce de hecho, entre el ser y el deber ser.

d. *El divorcio es contrario al derecho natural y no sólo a la moral*

Todo lo anterior nos permite concluir que el divorcio vincular es intrínsecamente contrario a la *justicia* –ese valor al que se suele referir la ley civil–, porque atenta contra el *derecho natural* de los hijos a ser formados y asistidos material y espiritualmente por sus dos padres unidos en vida de hogar entre sí y con ellos; y porque atenta contra el derecho natural de cada cónyuge a contar con el otro como compañero en forma perpetua y exclusiva, según la promesa en que el matrimonio consiste, y ha consistido siempre; y en fin, porque atenta contra el derecho natural de la sociedad a que el género humano se propague y se una en las condiciones adecuadas, a través de la institución diseñada por la naturaleza para ello, que es el matrimonio monógamo e indisoluble.

Todo esto supuesto, el matrimonio resulta ser indisoluble por las exigencias de justicia de la propia naturaleza del hombre, que en cuanto regla de la bondad o licitud de sus actos se llama *ley natural*, y en lo tocante a la justicia, *derecho natural*.

Los propios redactores del Código de Napoleón, que contempló el divorcio, y que lo justificaron malamente por la diversidad de cultos de la población, y por una errada aplicación del principio del mal menor, reconocían que el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, con independencia de toda ley humana: "La educación de los hijos –dice en su célebre *Discurso Preliminar Portalis*– exige, durante largos años, los cuidados comunes de los autores de sus días... Durante todo este tiempo, el marido, la mujer, los hijos, reunidos bajo el mismo techo y por los más caros intereses, contraen el hábito de los más dulces afectos. Ambos esposos sienten la necesidad de amarse, y de amarse siempre; se ven nacer y consolidarse los más dulces sentimientos conocidos de los hombres, el amor conyugal y el amor paternal". "La vejez, si es permitido decirlo, no llega jamás para los esposos fieles y virtuosos. En medio de las debilidades de esta edad, el fardo de una vida que decae es aligerado por los más conmovedores recuerdos, y por los cuidados tan necesarios de la joven familia en la cual uno se ve renacer, y que parece detenernos en los bordes de la tumba". "Tal es el matrimonio, considerado en sí mismo y en sus efectos naturales independientemente de toda ley positiva. Nos presenta la idea fundamental de un contrato propiamente dicho, y de un contrato perpetuo por su finalidad" (Fenet, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, t. I, pág. 485, París, 1836).

Como puede verse, no sólo los teólogos sino los legisladores y juristas han percibido la natural indisolubilidad del matrimonio. Entre nosotros, el príncipe de nuestros jurisprudencistas, Don Luis Claro Solar, justificando esta característica, expresa: "...prescindiendo de toda idea religiosa, no puede desconocerse que el matrimonio en todos los pueblos cristianos se contrae con espíritu de perpetuidad. En el momento en que los esposos se unen aspiran a la eternidad de un lazo que de dos seres no debe formar más que uno". "Sin la idea de la perpetuidad, la familia, a la que el matrimonio sirve de base, no existiría, y sin la familia, no existiría el Estado" (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. I, N° 714, págs. 411- 412).

El que la indisolubilidad del matrimonio haya sido mejor conocida y consagrada legislativamente en general bajo la influencia del cristianismo, no significa que no se trate de un precepto de derecho natural. La verdad es que ésta y otras muchas reglas que nadie discutiría que son de derecho natural han alcanzado la plenitud de su vigencia en el clima cristiano. Tales son, por ejemplo, las de la igualdad esencial de los hombres, la función social de la propiedad, la justicia laboral, la intangibilidad de la vida humana, la libertad política, la destinación de la autoridad al bien común.

¿A que obedece esto?

Para los que no tengan fe es un enigma insoluble, aunque su insolubilidad no puede llevar a negar el derecho natural, que es evidente. Para los que tenemos fe, la explicación de que el hombre librado a sus solas fuerzas tienda a apartarse aun de lo que le es natural, radica en el daño causado a la naturaleza humana por el pecado original, que le hizo perder el auxilio de la gracia divina. Destinado el hombre por Dios a un fin sobrenatural, cual es la participación como hijo de Dios, misteriosa pero real, en la propia vida divina, sin ella, que es la vida de la gracia, falla la propia naturaleza. A la inversa, como enseña Santo Tomás, la gracia no destruye la naturaleza, sino que la perfecciona: *gratia non tollit naturam sed perfecit eam*. La gracia lleva la naturaleza a su plenitud, y por eso con el Cristianismo se ha dado de hecho la mayor vigencia del derecho natural, el cual no por eso ha de concebirse como algo vinculado a la fe y a la vida cristiana, pues es la naturaleza misma de cualquier hombre.

Santo Tomás se plantea la objeción de que acaso la indisolubilidad del matrimonio no sea de ley natural, porque sólo la ley de Cristo prohibió el libelo de repudio (acta de divorcio de la ley mosaica):

“Parece –dice– que no es de ley natural el no separarse de la consorte”:

“1. La ley natural es común para todos. Mas por ninguna ley sino por la ley de Cristo se ha prohibido despachar a la esposa. Por tanto, la inseparabilidad de la esposa no es de ley natural”.

Luego Santo Tomás, según el método de la *Suma Teológica*, expone su doctrina en la respuesta, y dice:

“Respondo diciendo que el matrimonio por la intención de la naturaleza se ordena a la formación de la prole, no sólo por algún tiempo, sino por toda la vida de la prole. Por donde es de ley natural que “los padres atesoren para los hijos”, y que los hijos sean los herederos de los padres. Y por tanto, como los hijos sean bien común del marido y la mujer, es necesario, según el dictamen de la ley natural, que la sociedad de ellos permanezca indivisa a perpetuidad. Y así, la indisolubilidad del matrimonio es obra de la ley de la naturaleza”.

Sentada su doctrina, soluciona Santo Tomás la dificultad inicialmente propuesta, con las siguientes palabras:

“Respondo a lo primero diciendo que la sola ley de Cristo ha traído al género humano a lo perfecto, restituyéndolo al estado de naturaleza nue-

va. De donde es que en la ley de Moisés y en las leyes humanas no se pudo suprimir todo lo que contrariaba la ley natural. Porque esto sólo ha sido reservado a la "ley del espíritu y la vida" (*Suma Teológica*, Suplemento, q. 67, a.1).

e. *La indisolubilidad y las excepciones a los principios secundarios de la ley natural.*

e.1. *Diversos órdenes de preceptos en la ley natural.*

Entre los preceptos de la ley natural no todos son de igual jerarquía: los primarios son los que tienen por objeto directamente los fines mismos de la naturaleza: la vida del individuo, la vida de la especie –reproducción–, y la vida específicamente humana: vida del espíritu y vida en sociedad. Son, pues, preceptos primarios los que establecen el derecho a la vida y prohíben el homicidio, el suicidio, el aborto, etc.; los que ordenan la reproducción y crianza de la prole y prohíben los usos desviados de la sexualidad: homosexualismo, bestialidad, etc.; y los que ordenan vivir en sociedad, cultivar el intelecto, etc. Salvo en lo tocante a la racionalidad, estos preceptos son de alguna manera comunes con los animales, por lo que el *Digesto* nos dice que es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales (L. I, tít. I, l. 3, tomado de Ulpiano).

Los preceptos secundarios de la ley natural se refieren no ya a los fines de la naturaleza, sino a los medios que la naturaleza misma hace necesarios para alcanzar esos fines. Entre esos medios están, por ejemplo, la monogamia y la indisolubilidad del matrimonio, la propiedad privada, la mayor parte de los contratos, la autoridad en la sociedad, etc. Este derecho natural secundario era llamado por los romanos *derecho de gentes*. Sólo lo aprehenden los seres humanos, porque se basa en la relación de medio a fin que sólo la razón puede percibir.

e.2. *La inmutabilidad en los preceptos secundarios de la ley natural.*

Por referirse a medios, los preceptos secundarios obligan siempre que los medios sean necesarios, lo que se da en la inmensa mayoría de los casos. Pueden sin embargo excepcionalmente estos preceptos dejar de obligar, cuando varíe la materia moral: la situación que están llamados a regir.

Se pone el ejemplo de la obligación de restituir la cosa confiada en depósito: si es un arma y se sabe que el depositante piensa darle un uso crimi-

nal, cesa la obligación de restituir –ejemplo ilustre que se encuentra en la *República* de Platón, en la *Suma Teológica* de Santo Tomás y en nuestro venerable *Código Civil*–. Análogamente cesa la obligación de restituir la cosa robada cuando el dueño la dona al ladrón. En esos casos el juicio acerca del cambio de la materia moral, de la situación, pueden hacerlo los particulares, los que pueden incluso provocar esa mutación. En otros casos sólo el Estado puede operar ese cambio, o juzgar acerca de él: es lo que sucede con la prescripción adquisitiva: el Estado puede mediante una ley, por razones de bien común, trasladar el dominio de una cosa del dueño al que sin ser dueño la ha poseído como tal, de buena fe, por cierto lapso de tiempo. En otros casos, por último, no pueden juzgar sobre el cambio de la situación, ni influir en él, ni los individuos ni el Estado, sino únicamente Dios; es lo que ocurre precisamente con las cosas tocantes al matrimonio, porque son instituidas sólo por Dios, y no de aquellas encomendadas a la jurisdicción de los hombres (Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-2, q. 100, a. 8, ad 3).

En todas las hipótesis propuestas, puede apreciarse que no es la ley misma la que cambia, sino que, excepcionalmente, la materia moral que la norma está llamada a regir. Por eso los escolásticos dicen que los preceptos secundarios de la ley natural son *formalmente* inmutables, pero susceptibles de cambio *material*, porque lo determinante –forma– no se cambia, sino lo determinable –materia–.

Para ver que no pueden los individuos determinar que haya un cambio en la situación moral, ni menos operarlo ellos, en lo concerniente al matrimonio, basta pensar que se trata de una institución ordenada al bien de esas otras personas que son los hijos, y, mejor todavía, al bien de la especie. Tampoco podría el Estado intervenir en la legalidad natural del matrimonio, porque la familia le es ontológicamente anterior: es un dato del que el Estado debe partir, al igual que lo es la naturaleza del individuo y lo son por ende sus derechos innatos.

Dos casos se suelen citar, desde el punto de vista de la teología católica, de excepción al precepto de derecho natural secundario de la indisolubilidad del matrimonio: el de la ley mosaica y el del llamado *privilegio paulino* (derecho del cónyuge no bautizado que se convierte a la fe para dar por disuelto su matrimonio si el otro cónyuge no se convierte ni quiere cohabitar pacíficamente con él sin ofensa del Creador). Pues bien, la teología explica ambos casos como de dispensa efectuada por autoridad divina, el primero a través de Moisés –sea que sólo se haya permitido o que se haya autorizado como lícito el divorcio, pues los teólogos están divididos al respecto–, y el segundo, a través de San Pablo. Quienes no tengan la fe cató-

lica podrán no aceptar esta explicación, pero partiendo de esa base, y visto que el divorcio es naturalmente un desorden, lo lógico sería negar la sanción de la ley civil a los casos de aplicación del privilegio paulino, y no sacar de él un argumento a favor de la licitud de una ley de divorcio.

f. *Función que tiene la ley civil en relación con la indisolubilidad del matrimonio*

f.1. *La ley civil debe conformarse a la ley natural.*

Expuesta la doctrina iusnaturalista conviene hacer algunas precisiones sobre la función de la ley civil refutando argumentos que se han dado y circulan entre nosotros, favorables a la autorización legal del divorcio vincular. Ante todo, ella debe conformarse a la ley moral natural, que es precisamente la que nos permite enjuiciar, como solemos, la justicia de las leyes civiles. La ley injusta –es decir, la que no respeta a cada uno lo que la ley natural le asigna como suyo en orden a su desenvolvimiento– no es verdadera ley: es arbitraria y tiránica, es un desorden institucionalizado. Por eso dice Cicerón de la ley natural: “Es un crimen alterar esta ley. Nadie tiene derecho a derogarla en cualquiera de sus partes. Nadie puede abrogarla del todo. Ni el Senado ni el pueblo pueden eximirse de su cumplimiento. No requiere exposiciones ni interpretaciones, pues no será una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después: será una ley única y eterna, válida para todas las naciones y todos los tiempos. Y habrá un solo Dios, que sea como el Maestro y Jefe común de todos los hombres, siendo el autor, el ejecutor y el promulgador de esta ley. Quien la desobedezca, tendrá que rehuirse a sí mismo, en desmedro de su propia naturaleza humana...” (*República*, III, 33).

f.2. *La función docente de la ley.*

En segundo lugar, no es una creencia de la Ilustración, como alguien ha afirmado, que la ley civil tenga una función pedagógica. Es así, la tiene: la función docente, o preceptiva –*preceptor* viene de *precepto*–, o directiva, es la más esencial de la ley; la cual no es otra cosa que un juicio o enunciado de la razón práctica sobre lo que es moralmente bueno en orden al bien común temporal, porque lleva al hombre a su último fin; su función coactiva es secundaria, consecuencial, ministerial, y, concebida como “fuerza pública”, puede faltar, y falta en muchos casos sin que la ley deje de ser tal. Y no es ésta una idea de la Ilustración, sino de toda la buena tradición filosófica y jurídica: “...es lo derecho empezar por la virtud, diciendo que en razón de ella puso las leyes el legislador”, nos dice Platón en *Las Leyes* (631 a), y luego añade: “el legislador debe cuidar rectamente, dando honra o castigo, de sus recíprocas uniones matrimoniales (de los ciudadanos),

y tras de ellas, de los nacimientos y crianza de los hijos... debe en todas sus relaciones observar sus dolores y sus placeres, las pasiones y afanes de amor de todos ellos, y reprenderlos y alabarlos rectamente por medio de las mismas leyes" (631 d- 632 a). En el título III del libro 1° del Digesto, ley 2, se transcribe esta definición de Demóstenes: "Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, *dogma* (enseñanza) *de hombres prudentes*, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad..." Y don Alfonso el Sabio, en el Prólogo del Código de las *Siete Partidas*, nos dice que lo hizo porque mucho conviene a los reyes "conocer las cosas según son, e estremar (separar) al derecho del tuerto (chueco), e la mentira de la verdad". Portalis, en el *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, apunta que "las buenas leyes civiles... frecuentemente son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad".

La ley tiene pues ante todo una función docente. Y por ello no puede jamás decir que es bueno lo que es malo ni que es justo lo injusto. De ahí es que no le será nunca lícito establecer la disolubilidad del matrimonio, que la naturaleza humana hace indisoluble.

f.3. *La indisolubilidad del matrimonio es un asunto de justicia y por tanto materia propia de la ley civil.*

En tercer lugar, si bien es verdad que la ley civil no tiene por misión hacer perfectos a los hombres, mandando todos los actos de todas las virtudes y reprimiendo todos los males, habiendo de cautelar especialmente la justicia; no lo es menos, por una parte, que el divorcio vincular lesiona la justicia, atropellando el derecho natural o "humano" de los hijos a criarse en el hogar de sus dos padres unidos; el derecho irrenunciable de cada cónyuge a la convivencia y unidad de vida con el otro, y el derecho de la sociedad a la estabilidad de la familia; y por otra parte, la ley civil que puede impedir actos de otras virtudes distintas de la justicia cuando sean necesarios al bien común. Conforme a lo dicho, la indisolubilidad del matrimonio es materia de elemental justicia.

f.4. *La ley civil se refiere a la conciencia.*

En cuarto lugar, contra lo que algunos sostienen, es esencial a la ley civil justa –la otra no es ley– obligar en conciencia, pues a la conciencia incumbe tener por bueno lo que conduce al fin último, y tal es la función de la ley civil, que no es sino una determinación de la ley natural. Además, y esto es lo más importante, la indisolubilidad del matrimonio no es un pre-

cepto de la ley civil, sino uno de la ley natural recogido en la ley civil, como ocurre con las prohibiciones de matar y hurtar. Y no podría la ley civil sin injusticia declarar disoluble el matrimonio siquiera fuese para los solos efectos civiles, porque tales efectos no pueden tener sentido alguno si no derivan de la ley natural.

f.5. La sanción de la indisolubilidad no importa aplicar coactividad a la familia.

En quinto lugar, no es efectivo que la ley civil al declarar indisoluble el matrimonio aplique coactividad a la familia: la ley sienta un principio: coactividad sería volver por la fuerza al hogar al cónyuge que se va y se une a otra o a otro.

f.6. Principios de privacidad y pluralismo: no obstan a la prohibición del divorcio vincular.

En sexto lugar, tampoco puede decirse que en la familia haya de prevalecer el llamado principio de privacidad, que permitiría distinguir una sociedad totalitaria de una liberal y pluralista, remitiendo el régimen del matrimonio a la conciencia de las personas. Desde luego, el criterio básico para saber si una sociedad es o no totalitaria, es ver si se ajusta a la ley natural objetiva. El totalitarismo consiste, precisamente, en imponer un criterio de conducta sin otro fundamento objetivo que el ser decisión de la autoridad o de la mayoría, y no por ser exigencia de la naturaleza humana. Además, nadie ignora que el régimen de la familia es de orden público, por referirse, precisamente, a la base misma de la sociedad. El llamado principio de *privacidad* viene a ser una versión de la concepción que tenía Kant del derecho como ámbito de coexistencia de las libertades individuales –poder hacer cualquier cosa mientras no se estorbe al vecino, el que también haga lo que quiera–, concepción tan absurda como que se basaba en la idea de su autor de que no podemos conocer el mundo exterior...

A propósito del llamado *principio de pluralismo*, debe también observarse que el límite infranqueable de su aplicación está en los derechos de la sociedad y de todos y cada uno de sus miembros. Así no podría consentirse el actuar conforme a sus concepciones a terroristas, anarquistas, antropófagos, antisemitas, etc. Análogamente, no puede en virtud del citado principio de pluralismo consentirse la autorización del divorcio, porque él vulnera derechos fundamentales de los hijos, de los cónyuges y de la sociedad.

Asimismo a este propósito conviene aclarar –como ha hecho el profesor Hernán Corral– que el argumento de que al establecer el divorcio a nadie se obliga a divorciarse, es errado: se obliga al cónyuge que no está o no

estaría de acuerdo, y se obliga a los hijos a serlo de padres divorciados y a sufrir con ello la destrucción del hogar.

f.7. La ley civil es siempre fructífera al reconocer la indisolubilidad.

En séptimo lugar, no es cierto que la ley civil haya mantenido la indisolubilidad infructuosamente. El que se burle el precepto a veces, o muchas veces, no significa que él haya sido estéril ni lo hace superfluo o digno de cambiarse. Piénsese que con el mismo criterio podríamos proponer la derogación de la ley que prohíbe el homicidio, porque se cometen crímenes...

f.8. Los códigos antiguos y el progreso en la conciencia moral de la humanidad.

En octavo lugar, en cuanto a la invocación del Código de Hammurabi y del derecho romano, que se ha llegado a hacer, o de la ley mosaica, resulta harto sorprendente y supone desconocer los avances en la conciencia moral de la humanidad. ¿Por qué no se invocan entonces esos momentos legales para restablecer la esclavitud o la pena del Talión? Hay que precisar, a este respecto, que el conocimiento de la ley natural admite cierto progreso. Que algo sea de derecho natural no significa que siempre se haya conocido de igual manera; ni que haya habido siempre, o alguna vez, unanimidad al respecto: significa que se deduce por vía de raciocinio, en forma necesaria –o que puede así deducirse– de los primeros principios, cuando no pertenece a ellos. Algo análogo, por lo demás, ocurre con las leyes naturales físicas: lo que descubrió Galileo, contra Aristóteles, de que los cuerpos pesados o graves caen con la misma velocidad cualquiera sea su masa, era algo que se desprendía necesariamente de principios ciertos de Física, pero que, de hecho, no se solía deducir.

f.9. La frecuencia de las rupturas no puede legitimar la ley de divorcio.

En noveno lugar, el argumento basado en la frecuencia de las rupturas, cuyos efectos la ley civil debería ordenar, es inadmisiblesi con él se pretende no regular las consecuencias jurídicas de una separación en cuanto a las personas y los bienes, sino justificar el divorcio vincular. La ley está por su esencia llamada a informar los hechos, a regirlos según justicia, y no a ir en pos de ellos, a ser regida ella por las situaciones fácticas. Con el mismo argumento se podría autorizar el homicidio si se cometiera con mucha frecuencia, y éste no podría ser ilícito en un país de antropófagos.

f.10. La ley de divorcio no se requiere para proteger a la mujer y a los hijos.

En décimo lugar no existe la necesidad de proteger, como se dice, con

una *buena ley de divorcio*, a la mujer y a los hijos: la legalidad que hay actualmente para el caso de separación los protege en forma suficiente, regulándose los alimentos, las visitas, la liquidación de la sociedad conyugal y la tuición de los hijos. Esto le consta a cualquiera que tenga conocimientos elementales de derecho civil y un mínimo de práctica judicial. En cuanto a la protección de las nuevas uniones que formen los separados mediante el otorgamiento del estatuto matrimonial, se opone a ello cuanto llevamos dicho para demostrar la injusticia e inconveniencia del divorcio.

f.11. *El fraude de las nulidades no legitima la ley de divorcio.*

En undécimo lugar, en cuanto a que la ley de divorcio terminaría con el fraude de las nulidades por incompetencia del oficial civil, cabe observar:

- a) El fraude no se evitaría, porque en los países en que se permite el divorcio se simulan sus causales, como lo hemos oído nada menos que a Bertrand Russell, y por lo demás es obvio que no puede menos que suceder;
- b) Es absurdo cambiar la ley porque se la quebranta: con el mismo criterio habría que suprimir la propiedad porque hay robos;
- c) El mal en el procedimiento de las nulidades fraudulentas lo hacen algunos o muchos particulares, lo que ni puede evitarse ni es novedad alguna; en cambio, si se autoriza por la ley del divorcio, el mal lo hace la autoridad, corrompiendo la ley.

Hay quien argumenta que con el fraude de las nulidades el divorcio existiría ya en Chile. Pero no puede confundirse la obtención fraudulenta de una cosa mala con su consagración legal: el mal hecho por los particulares burlando un control con su institucionalización jurídica, como hemos dicho. Además el fraude de las nulidades, o si se quiere el divorcio fraudulento, practicado de facto, no tiene el efecto multiplicador del divorcio instituido por la ley, porque precisamente falta el respaldo moral de la autoridad legislativa.

f.12. *Tampoco el principio del mal menor.*

En duodécimo lugar, el principio del mal menor no podría jamás justificar la legalización del divorcio, para evitar el fraude de las nulidades ni para evitar la supuesta desprotección de la mujer y los hijos, o de los miembros y descendientes de las nuevas uniones de los separados, ante todo porque el principio en referencia autoriza a *tolerar*, esto es, no reprimir o no evitar,

un mal moral menor para evitar uno mayor; pero no autoriza ni podría autorizar a *hacer* un mal moral para evitar otro mayor, pues el mal moral no puede hacerse nunca: el fin no justifica los medios; no se pueden hacer males para que vengan bienes. Ahora bien, decir el legislador que es disoluble el matrimonio, o sea dictar una ley de divorcio, es un acto en sí mismo malo.

Algunos han incurrido en la deplorable confusión de poner el ejemplo de la legítima defensa: matar, dicen, es malo, pero se puede hacer para evitar un mal mayor.

En verdad, se confunde el mal físico con el mal moral. Matar en legítima defensa no es hacer algo moralmente malo: se hace un mal físico, pero moralmente se realiza un acto bueno y aun meritorio. Análogamente a como un médico que realiza una operación quirúrgica no hace un mal moral –un delito de lesión– con un fin bueno, sino que causa un cierto mal físico, pero hace un acto moralmente bueno.

Otro ejemplo puede ayudar a comprender adecuadamente estos principios:

Un ladrón me amenaza con que si llamo a la policía, matará a un rehén: puedo y debo no evitar, tolerar, permitir, el robo, que es un mal menor para evitar un mal mayor, que es una muerte.

Si alguien, en cambio, me exige que yo mate a un inocente, con la amenaza de que si no lo hago, él matará a tres rehenes, yo no puedo matar al inocente, aunque su muerte sea mal menor que el homicidio de los tres rehenes, porque nunca puede hacerse una cosa mala en sí misma. Si el que formulaba la exigencia cumple su amenaza, es asunto de él: la causa de ese mal no soy yo.

f.13. *Tampoco el hecho de que la mitad de los niños nazcan fuera del matrimonio.*

Se ha pensado que debido a que nuestra Ley de Matrimonio Civil sería anticuada y ajena a la realidad al no autorizar el divorcio, es que una mitad de los niños de Chile nace fuera del matrimonio, lo que llevaría a concluir que el divorcio debe admitirse. Esto no es así, porque:

1º) Este hecho no se debe a la indisolubilidad del matrimonio, que los tiempos ahora repelerían, se ha dado siempre: ya lo mencionaba en 1944 el jurista Don Pedro Lira en su obra *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Nascimento, Santiago, 1944, pág. 319);

2º) Gran parte de esos hijos son fruto de uniones que constituyen verdaderos matrimonios de hecho, en que los padres se sienten comprometidos, se guardan fidelidad, y si no se casan legalmente es por falta de recursos, o por falta de cultura;

3º) Si se establece el divorcio, ello desvalorizará más el matrimonio. Sucederá lo que nota en Francia el profesor Hauser, comentando el alcance de un fallo del Tribunal de Casación en relación con la posibilidad del matrimonio de los transexuales: en Francia baja la tasa de matrimonios: la institución es mal vista por su clientela tradicional, ganada por el utilitarismo, y es reivindicada por aquellos para los cuales no está hecha, pero que paradójicamente ponen en el matrimonio un valor simbólico.²⁷

f.14. *La ley que autorice el divorcio será inconstitucional.*

Lo será porque la Constitución manda proteger la familia y la autorización del divorcio la destruye. Ni vale argumentar que la Constitución no ha definido la familia que quiere proteger: si la fundada en el matrimonio monogámico indisoluble o cualquier otra. No puede exigirse a la Constitución, para que sus normas sean eficaces, que lo defina todo. Tendría entonces que definir cada institución o realidad que considerase, y luego, uno por uno, los elementos de la misma, y luego los elementos de los elementos, y así sucesivamente. El proceso al infinito sería imposible. Tampoco la Constitución define la vida, cuando habla del derecho a la vida; ni los atributos y facultades esenciales del dominio, cuando los menciona, y a nadie se le ocurriría exigirlo. Hay que remitirse a la naturaleza de las cosas y a lo que el derecho vigente consideraba al hacerse la Constitución.

La idea de que una ley de divorcio sería inconstitucional ha sido sostenida ya por el Profesor Alejandro Silva Bascuñan, que formó parte de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 (El Mercurio, Santiago, A 2, 18-VIII-2003).

Para terminar estas líneas, deseamos añadir que un católico no puede ser partidario de una ley de divorcio. Se lo impide el derecho natural, como a todos los hombres, y en cuanto católico se lo impide la Revelación. El Evangelio es bien terminante al respecto, y lo es el magisterio constante y universal de la Iglesia.

²⁷ *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, año 1993, págs. 325-326.

Divorcio y concepciones de la naturaleza humana

José Tomás Alvarado Marambio

Instituto de Filosofía

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Los debates públicos sobre cuestiones 'valorativas' resultan habitualmente de especial interés porque obligan a considerar reflexivamente los principios que normalmente se encuentran presupuestos en nuestra vida cotidiana, pero que no reciben una atención explícita. Principios que tienen que ver con nuestra propia autocomprensión como seres humanos y sobre lo que constituye la plenitud de una vida humana. El debate público que se ha generado sobre la introducción del divorcio en nuestra legislación de matrimonio civil ha tenido este carácter. Creo, sin embargo, que quizás no ha sido todavía todo lo hondo que se requiere.

Como se sabe bien, la cuestión ha estado concentrada en el último tiempo en si debe ser respetada la idea de mantener el matrimonio indisoluble para quienes quieran contraer este tipo de vínculo o si la ley civil debe establecer un solo rasero para todos por igual. Creo, por un lado, que existen motivos importantes para mantener la institución del matrimonio indisoluble, que no impide de por sí la existencia de otras figuras jurídicas más flexibles de manera paralela. Por otro lado, creo que en el rechazo a mantener la institución del matrimonio indisoluble pueden esconderse motivaciones mucho más profundas que no son obvias y que merecen ser consideradas con cuidado.

La dialéctica

Una revisión breve de algunas de las líneas argumentativas que han sido esgrimidas muestra que las cuestiones fundamentales que están realmente en juego en este debate no se han puesto de manifiesto en los motivos que han sido, en general, aducidos para justificar la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación.

Considérense en primer lugar las nulidades fraudulentas. Como una cuestión de hecho, algunos jueces y abogados mutuamente cohonestados desarrollan la práctica sistemática de conseguir que matrimonios civiles válidos sean declarados nulos mediante la utilización de testigos sabidamente falsos. Esto es obviamente malo. Los partidarios del divorcio sostienen que esto se repara mediante la posibilidad de que los cónyuges puedan termi-

nar su matrimonio, sin tener que acudir a fraudes. Pero, si lo que está mal es el procedimiento fraudulento y *también* el quiebre de la familia, entonces lo que se debe hacer es reparar lo primero sin necesidad de destruir lo segundo. El que existan nulidades fraudulentas no es motivo por sí solo para justificar la transformación de la institución matrimonial, si es que no hay motivos independientes para esta transformación. La situación es análoga a si la existencia de violaciones frecuentes a la propiedad privada, por robos, atracos y hurtos, fuese considerada un motivo para abolirla.

También se ha dicho que la mayoría de los chilenos piensa que debe haber divorcio y por lo tanto que debe respetarse la voluntad de esa mayoría sobre cómo han de ser conducidas las políticas públicas. Esto, sin embargo, no resuelve la cuestión *de iure* sobre si es correcto o conveniente establecer la posibilidad de divorcio. Aunque haya consenso universal entre todos y cada uno de los habitantes de este país sobre el punto, todo lo que eso significaría –si es que el divorcio es realmente inconveniente– es que todos y cada uno estaban equivocados. En otras palabras, lo que está siendo debatido es si realmente conviene o no transformar la institución matrimonial y esto no depende de lo que crean o no crean todas o algunas de las personas sobre tal conveniencia. Sucede, además, que no es nada de claro que la mayoría de los chilenos crea que debe haber reformas profundas al régimen de matrimonio civil. Esos mismos chilenos que dicen aceptar el divorcio como “solución” para casos extremos desean que su propio matrimonio sea estable y para toda la vida. Se trata de ideas incompatibles, pero –como sucede tantas veces– muchos pueden inadvertidamente sostener creencias incoherentes sin percatarse de que lo son. ¿Cómo deben ser interpretadas estas creencias? No existe ninguna conclusión definida que pueda sacarse de ellas sobre una voluntad determinada en uno u otro sentido. La cuestión debe ser deferida a los “expertos”.

Quizás la razón más importante para introducir el divorcio tiene que ver con la idea de que existen concepciones diversas sobre el bien humano que deben ser respetadas en una sociedad política de hombres libres. El Estado sólo puede ocuparse de cierto umbral mínimo requerido para el bienestar fundamental de las personas, pero más allá de este umbral no podría entrometerse sin una grave lesión a la intimidad, a la conciencia y a la libertad. Hay personas que quieren conducir su vida de acuerdo a concepciones diversas a las que un cristiano estimaría como acertadas, como que la unión matrimonial no debe ser un yugo sin escapatoria. No se puede imponer a estas personas que contraigan un matrimonio que –ellas creen– limita sus posibilidades de autonomía personal y desarrollo vital. Hay que ofrecerles la posibilidad de que establezcan vínculos jurídicos determinados con otras personas para la formación de familias en las que las partes involucradas reciban la debida protección del derecho.

Éste es un problema real. Alguien puede pretender instituir un consorcio de vida no matrimonial y quedaría en una situación desmejorada desde el punto de vista patrimonial, sucesorio, en relación con las prestaciones de seguridad social, etc. Pero para resolver esto basta con que se establezca un régimen jurídico paralelo al matrimonio que les resulte a estas personas aceptable. Incluso puede consentirse en llamarlo 'matrimonio', igual que el matrimonio normal y corriente. No hay necesidad de que todos los matrimonios sean disolubles. No hay necesidad de que imperativamente todo el que quiera casarse deba someterse a un régimen aceptable para el disidente. Es curioso que justamente la propuesta de 'duplicar' los regímenes para dejar ámbitos de libertad a todas las partes interesadas haya generado tanta resistencia. El motivo de tal resistencia parece hallarse en que los defensores del divorcio creen ver que aceptar esta duplicidad de regímenes sería una claudicación fundamental, pero antes de considerar esto con más detenimiento, haré una reseña de un par de ideas en las que se ha concentrado la resistencia.

Algunos han dicho que todas las parejas contraen matrimonio pensando en una unión definitiva. Nadie honestamente contraería de entrada un matrimonio disoluble, con lo que –de hecho– nuevamente estarían todos obligados al viejo y pesado régimen. Pues bien, si esto significa una presión insostenible para algunos, existen soluciones sencillas. Como, por ejemplo, que si nada se dice se entiende que el matrimonio es disoluble (con lo que no se estarían haciendo preguntas comprometedoras en público a los contrayentes), que la cláusula de indisolubilidad se efectúe mediante una declaración secreta, sólo conocida de los contrayentes y del Registro Civil, o que esta declaración sea extremadamente engorrosa (cosa para la que no le falta ingenio al legislador). Es perfectamente factible un régimen que no incomode a quienes deseen la institución más 'progresista', pero con suficiente discreción.

Otros temen que el matrimonio sea celebrado bajo una modalidad más estricta y que luego vengan a caer en la cuenta que la concepción de vida bajo la cual habían estimado deseable tal vínculo no les satisface. Esto no es motivo para disolver esos vínculos. También las personas pueden adoptar infantes, sin que esa decisión admita después una marcha atrás. Lo contrario genera una inseguridad en las relaciones sociales que lleva a que los individuos puedan quedar en muchos casos expuestos a un desarraigo personal y afectivo que es casi la fuente característica de todos los males sociales más graves. Es más, también la gente contrae vínculos jurídicos de diversa índole sin que esté a su arbitrio el romperlos. Hay gente arrepentida de haber contraído deudas y de haber adquirido bienes, pero esto no es motivo para destruir la institución de los mutuos y de las compraventas.

Un argumento

Me parece que no sólo no existen razones para eliminar los matrimonios indisolubles, sino que además existen razones positivas que hacen conveniente mantenerlos. En primer lugar, considérese que en un matrimonio los contrayentes prometen guardarse mutua y exclusiva fidelidad hasta la muerte. Puede uno preguntarse, ¿cuántas veces puede uno hacer legítimamente esta promesa, si no interviene la muerte de uno de los cónyuges? Cuando aquí digo 'legítimamente' no quiero decir 'de acuerdo a la ley', sino simplemente desde una perspectiva puramente lógica. Si Tristán promete a Isolda guardarle fidelidad exclusiva hasta la muerte, la promesa que haga después Tristán a otra persona, sea Elsa, no puede ser del mismo tipo que la promesa que ha hecho a Isolda. No importa para esto si es que la convivencia con Isolda ha resultado un completo fracaso. No importa si con el paso de los años Isolda se ha convertido en una mujer llena de vicios, mientras que Elsa presenta un carácter afable y acogedor. La cuestión es que una promesa de fidelidad exclusiva sólo puede hacerse una vez en la vida, porque es parte del contenido de la promesa recíproca de fidelidad exclusiva hasta la muerte que se han hecho Tristán e Isolda que Isolda no será sustituida por otra mujer mientras viva. Esto no impide que Tristán decida abandonar a Isolda y convivir con Elsa. La cuestión es que, por definición, no se puede hacer una promesa de fidelidad exclusiva más que una vez en la vida. La promesa que haga después Tristán a Elsa no puede ser de la misma naturaleza, aunque jure por el cielo y la tierra que ahora sí que sí será fiel hasta la muerte y de manera exclusiva, pues ya ha hecho una promesa de fidelidad exclusiva hasta la muerte a otra persona. Esto es un hecho de la lógica. La cuestión es, ¿por qué no podemos tolerar que existan promesas de esta naturaleza?

A veces he escuchado que no es necesario introducir ningún régimen especial para quienes deseen la indisolubilidad: basta con que, de hecho, se abstengan de divorciarse. Se dice que son idénticos un matrimonio disoluble que dura toda la vida, en el que nunca se produce el divorcio, y un matrimonio indisoluble. Esto es un error. Un vínculo jurídico cambia de valor de acuerdo a las expectativas futuras que ofrezca. Por ejemplo, considérese un contrato de arriendo por un año y otro contrato de arriendo por diez años de la misma propiedad. Si se traspasase ese derecho de arriendo a un tercero (se emitiera un título que representa ese derecho), ¿cuál es más caro? Es obvio que el derecho a diez años vale más que el derecho a un año. Considérese ahora la diferencia entre un contrato a un año fijo y un contrato a plazo indefinido. ¿Cuál es más valioso? ¿Por cuál se apostaría más, si es que fuese transado en bolsa? Aquel vínculo que ofrece más expectativas es más valioso. Ahora bien, el contrato a plazo indefinido puede terminarse. Considérese ahora un contrato de arriendo de plazo indefini-

do y que no puede terminarse bajo ninguna circunstancia, ni siquiera por voluntad de las dos partes. ¿Cuál de estos dos contratos vale más? El punto es que la calidad intrínseca del vínculo varía de acuerdo a la esperanza de estabilidad que ofrezca ese vínculo en el futuro. No es lo mismo, entonces, un matrimonio disoluble de plazo indefinido que un matrimonio indisoluble. Sencillamente cualquier inversionista apostaría menos por el primero que por el segundo, pues su valor es inferior. No da lo mismo, entonces, a las partes contraer matrimonio con o sin posibilidad de divorcio.

Pero hay más. Lo mínimo que debe esperarse de un obrar éticamente correcto es que la máxima que guía ese obrar pueda ser convertida en una ley universal. Es típico de la conducta conscientemente inmoral que se la considere por el sujeto que incurre en ella como una 'excepción'. Así, por ejemplo, si alguien roba, no podría querer que todo el mundo actuase igual que él por lo que respecta a la propiedad ajena, pues, si fuese así, la institución misma de la propiedad se destruiría y no obtendría él ninguna ventaja de sus rapiñas. En efecto, cualquiera podría a él arrebatarle lo que hubiere conseguido. El ladrón sólo puede querer hacer una excepción para su caso personal. Una excepción que no está justificada por ningún principio universalizable. Pues bien, supóngase ahora a un sujeto Tristán que contrae matrimonio (indisoluble) con Isolda. Después de algún tiempo Tristán abandona a Isolda y quiere rehacer su vida con Elsa. Este 'rehacer su vida' consiste en contraer nuevamente matrimonio (indisoluble) con Elsa, ya que el matrimonio con Isolda ha fracasado. Dejando a un lado la imposibilidad lógica que se encuentra aquí implicada, uno puede preguntarse, ¿qué sucedería si todos los que contraen matrimonio indisoluble hiciesen lo mismo? Si todos los que contraen matrimonio hiciesen lo mismo, entonces sencillamente no existiría la institución del matrimonio, pues nadie podría creer en una promesa semejante. Considérese ahora que el prestigio y la estabilidad de la institución del matrimonio descansan en su carácter no disoluble para las partes. Cuando Tristán quiere contraer nuevo matrimonio con Isolda quiere acogerse al prestigio y la estabilidad que tiene esta institución, pero no puede querer que su obrar sea universal, porque entonces toda la ventaja se disolvería. Daría lo mismo contraer matrimonio indisoluble o un matrimonio cualquiera con posibilidad de divorcio. Tristán sólo puede pretender su obrar como una excepción para su caso personal. Una excepción no justificada por razones universalizables. La marca de lo incorrecto.

¿Por qué no tolerar los matrimonios indisolubles?

La verdad es que no existe ninguna razón para impedir que quien quiera pueda contraer matrimonio indisoluble más que ésta: el matrimonio indisoluble es nocivo. Sorprende, en realidad, que ningún partidario del divorcio haya

dicho esto con suficiente claridad, pues creo que ésta es la única interpretación plausible de la actitud de quienes defienden matrimonio con divorcio para todos por igual. Los defensores del divorcio deben pensar honestamente que es malo contraer matrimonio indisoluble y que hay que impedir que la gente se haga un perjuicio. Un matrimonio indisoluble sería algo así como un pacto que atenta contra el orden público, la moral y/o las buenas costumbres, algo que excede el límite de lo que es tolerable en una sociedad civilizada.

Pues bien, yo me pregunto por qué razón se cree que el matrimonio indisoluble es malo. Hay que tener en cuenta que aquí no sólo deben pensar los defensores del divorcio que es malo, pues hay muchas conductas que son sabidamente malas, pero que la ley no prohíbe (como una actitud de sutil desdén hacia los demás). Aquí se trataría de algo de tal nivel de malignidad que la ley debe tomar cartas en el asunto, otorgando acciones legales y haciendo intervenir todo el aparataje de tribunales. ¿Por qué? El hecho de que existan fracasos matrimoniales no puede ser un motivo, obviamente. Fracasan empresas comerciales y programas políticos, por ejemplo, pero nadie ha pensado que eso es un motivo para prohibir la formación de empresas o prohibir programas de gobierno.

Creo que la cuestión de fondo tiene que ver sobre cierta concepción de qué es lo que constituye la plenitud de lo humano, esto es, sobre cierta concepción de qué es lo que hace felices a los seres humanos y, correlativamente, qué es lo que hace buenas a las sociedades. Creo tener motivos para pensar que lo que hace plena y feliz a una vida humana es la autodonación para el florecimiento de todas las vidas humanas, en especial, de todas aquellas que han sido puestas junto a nosotros. Creo, por lo mismo, que es bueno para una sociedad política que los niños nazcan y crezcan mayoritariamente en el seno de comunidades que se han constituido por el acto de donación completa de personas que por amor lo han dejado todo. Desgraciadamente, una defensa adecuada de estas ideas requiere un espacio que aquí no poseo. En todo caso, supongo que lo que hace que los defensores del divorcio quieran prohibir los matrimonios indisolubles es que deben creer que esta idea sobre la plenitud humana es no sólo errada, sino –además– terriblemente pernicioso. La cuestión es: quisiera escuchar sus argumentos. Tal vez puedan remediar mi –pernicioso– error y tenga todavía tiempo de enmendar mi vida en los años que me queden, pues si estoy equivocado en esto, estoy equivocado en lo más importante en que uno puede errar o acertar. Por lo mismo, sin embargo, si los defensores del divorcio están equivocados (y creo, honestamente, que lo están), entonces han errado en lo más importante en que puede estar equivocado un ser humano. Si se toma la decisión de modificar el régimen del matrimonio sin discutir con seriedad esta cuestión, este error podría afectar de manera mucho más generalizada a las personas en nuestra sociedad. Propongo que se someta al debate de la razón.

El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana

Gina Samith Vega

Profesora de Derecho Romano

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El tema del divorcio en Chile, vale decir, la discusión acerca de la posibilidad de introducir a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído, ya sea por simple acuerdo de las partes o por causales previamente establecidas, sabemos que no es un tema nuevo.¹ Sin embargo en la actualidad viene presentándose con gran relevan-

¹ "La historia de los diferentes proyectos de ley de divorcio, que hasta el que permanece pendiente hoy en el Senado siempre se han fallado en contra, comenzó al mismo tiempo que se ultimaba el proyecto de ley que más tarde sería la Ley de Matrimonio Civil. En 1884 el diputado Manuel Novoa ya propuso la consagración de divorcio vincular, que fue rechazada porque obtuvo sólo dos votos a favor. En 1917 varios diputados encabezados por Ramón Briones Luco presentaron en la Cámara un proyecto de divorcio con disolución de vínculo por hechos imputables a culpa (adulterio, abandono, condena capital), por consentimiento mutuo y por separación de cuerpos de más de cinco años. No se votó hasta siete años más tarde con resultado en contra de 52 contra 45 y una abstención. El diputado Santiago Rubio presentó en la Cámara de los Diputados en 1927 un nuevo proyecto con características muy semejantes al anterior. Se autorizaba el divorcio por consentimiento mutuo y por voluntad unilateral únicamente de la mujer. Seis años más tarde se plantea otro proyecto en el que volvía a aparecer el mutuo consentimiento como causal de divorcio junto a los hechos imputables a culpa, que presenta el diputado Pedro Enrique Alfonso. En 1934 un grupo de senadores radicales dio a conocer en el Senado un proyecto que además de contemplar el consentimiento mutuo como causal, planteaba la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho por más de un año aceptada por ambos cónyuges. No lograron que se votase en la sala. Hasta treinta años más tarde la diputada Inés Enriquez Fróden no plantearía una iniciativa en la que se otorgara eficacia disolutoria al actual matrimonio perpetuo, se ampliaban las causales con la incompatibilidad de caracteres y el mutuo consentimiento. En 1969 los diputados Alberto Naudon Abarca y Carlos Morales Abarzúa presentaban un texto en el que el divorcio procedía por uso habitual e injustificado de drogas, por abandono malicioso y por mutuo consentimiento. Y en 1971 el diputado Osvaldo Giannini pretendió que la Constitución dispusiera que la ley establecería un sistema de divorcio vincular que permitiera la disolución del matrimonio cuando no se pudiera cumplir con las funciones esenciales. Tras la reapertura del Congreso Nacional en 1990 se han presentado tres proyectos de ley de divorcio. El primero tuvo lugar el 14 de mayo de 1991, cuando la diputada Laura Rodríguez encabezó un planteamiento que preveía el divorcio por ruptura irremediable de la convivencia (cuando había mutuo consentimiento o separación por más de un año). El segundo lo encabezó la diputada Adriana Muñoz el 8 de septiembre de 1993, en el que se reiteraba el cese de la convivencia por espacio de un año. Y por último, el proyecto que más lejos ha ido en cuanto a su discusión y aprobación en la Cámara de Diputados, hoy pendiente en el Senado, es el que el 11 de noviembre de 1995 presentó un grupo de doce diputados de diversos sectores políticos encabezados por la diputada Mariana Aylwin. Su propuesta pretende sustituir completamente la Ley de Matrimonio Civil de 1884. Entre las modificaciones que se plantean está la implantación del divorcio vincular cuando se compruebe una fractura irremediable de la convivencia matrimonial. Se especifica que el fracaso de la relación de pareja no debe afectar a la relación paterno-filial, por lo que a través de los tribunales de familia se establecerá la liquidación del régimen económico del matrimonio, las pensiones alimenticias y el cuidado personal de los hijos comunes. El debate en la Cámara de Diputados duró cinco horas y se resolvió con la aprobación, 58 votos contra 26, el 8 de septiembre de 1997." Fibla, Carla. *Debate sobre el divorcio*, Editorial Planeta, 2001, págs. 17 a 19.

cia y con un lugar de privilegio en las discusiones tanto del común de la gente, como en la agenda pública, y en donde se confrontan con gran fervor la posición de aquellos que están a favor del divorcio vincular establecido en el proyecto de reforma de la Ley de Matrimonio Civil (*aprobado por la Cámara de Diputados en 1997 y actualmente en tramitación en el Senado*). Así como también de aquellos que postulan lo contrario, considerando este proyecto atentatorio a la familia e inconstitucional, especialmente tratándose del divorcio unilateral por la sola ausencia.² Sea como sea el fruto de estas posiciones, no se puede dejar de mencionar el importante papel que ha tenido la Iglesia Católica en Chile, este último tiempo, al respecto. Sosteniendo firmemente el principio de la indisolubilidad del matrimonio,³ y adoptando una actitud activa, incluso a través de los medios de comunicación televisivos. Todo para crear conciencia en los ciudadanos de la gran importancia de la familia en nuestra sociedad, y la necesidad de protegerla, sosteniendo que un divorcio vincular tiende a la destrucción de ésta.

Bajo este contexto, resulta interesante hacer mención al papel que ha tenido la Iglesia en esta materia, en otras épocas y en especial en Roma, cuna de la civilización occidental.

Reseña histórica

Al analizar la influencia del cristianismo en el divorcio, resulta necesario hacer una breve reseña de la evolución de esta institución en el pueblo romano.

Roma se fundó en el siglo VIII a. de C. y desde sus comienzos los romanos admitieron el matrimonio disoluble.⁴

² Me parece importante hacer presente lo que opina el presidente del Senado, don Andrés Zaldívar, en lo referente a esta materia. El señor Zaldívar es contrario al divorcio unilateral, destacó que en lo personal "como católico creo en el matrimonio indisoluble y por lo cual es una exigencia a mi persona", pero añadió que "hay personas que no tienen las mismas creencias y no puedo imponer en la ley civil lo que yo creo que es correcto a otro que piensa distinto". Por otra parte estimó que el divorcio es un mal menor y por tratarse de un vínculo civil "es posible aceptarlo, pero cuando se procede de común acuerdo. No así cuando se invoque en forma unilateral por uno de los cónyuges". Anadió que esta última posibilidad solo sería aceptable para el caso que concurra una de las causales graves a que se refiere el artículo 55 del proyecto. "La causal unilateral sin expresión de causa grave, por la sola ausencia, conlleva a una inestabilidad del matrimonio que agrava la inestabilidad de la familia y con consecuencias graves para los hijos. Y podría incluso discutirse su inconstitucionalidad en virtud de lo prescrito en el artículo 1º de la Carta Fundamental" (opinión expresada en el Congreso el 13 de agosto del 2003). Boletín 1759-18. www.congreso.cl.

³ En relación a esta afirmación, resulta interesante mencionar la opinión del sacerdote José Miguel Ibañez Langlois, quien sostiene en su libro *21 slogans divorcistas*: "La indisolubilidad del matrimonio no es un asunto de la Iglesia Católica, es un patrimonio moral de la Humanidad, pertenece al Derecho Natural". Expresión que es título de la entrevista efectuada por Carla Fibla, en su libro *Debate sobre el divorcio*, Editorial Planeta, 2001, pág. 243.

⁴ Ruiz Fernández, Eduardo, *El Divorcio en Roma*, public. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 29.

Las condiciones sociales y jurídicas existentes entre los primeros habitantes de Roma eran determinantes para suponer que no estaban al margen de los demás pueblos de la antigüedad, que sí admitieron el divorcio.

El matrimonio en Roma era un acto de carácter privado, no intervenía ninguna autoridad estatal en su celebración ni requería ninguna formalidad legal para su existencia, bastaba el simple consentimiento recíproco entre los contrayentes.

Igualmente, el divorcio tenía el mismo carácter privado. En los primeros tiempos bastaba la voluntad unilateral del marido (*repudium*), y después la decisión de ambos cónyuges (*divorcio stricto sensu*), pero sin que fuera necesaria la presencia de ningún funcionario público.

Las fuentes romanas no señalan cómo se efectuaba el divorcio en la época legendaria (antes de la Ley de las Doce Tablas). Se sabe que intervenía un consejo de familia (*consilium propinquorum*).

Los matrimonios en esta época eran *cum manus*, por el solo divorcio no se terminaba con el poder de la *manus*⁵ que se ejercía sobre la mujer, por tanto era necesario cumplir con las ceremonias que ponían término a esta potestad.

Una vez realizado el divorcio, los cónyuges recuperaban su libertad y podían contraer nuevas nupcias. Sin embargo, si la mujer había contraído matrimonio acompañado de *confarreatio*⁶ y el marido la había repudiado por causales tales como el adulterio y el beber vino, era castigada con la pena de muerte. Además, el marido que se divorciaba de su mujer estaba obligado a dedicar parte de sus bienes a *Ceres*, divinidad tutelar del matrimonio, como una forma de reparar la ruptura de un vínculo formado bajo sus auspicios, debía también ofrecer un sacrificio a los dioses manes (*dioses domésticos*).⁷

⁵ La mujer casada *cum manus* quedaba bajo la potestad del marido *sui juris*. Potestad llamada *manus*. "La *manus* es un poder similar a la patria potestas, que incapacita a la mujer para tener y gobernar su propio patrimonio. Le da, en cambio, como hermana agnada de sus hijos, ciertas expectativas hereditarias. La adquisición de la *manus* sobre la mujer conlleva la extinción de todo vínculo preexistente con la familia de origen (*adgnatio*) y, si la mujer es *sui juris* y tiene patrimonio, pasa a pertenecer al que ha adquirido la *manus* sobre ella". Giménez-Candela, Teresa. *Derecho Romano Privado*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 232.

⁶ "La *confarreatio* es una ceremonia que debe su nombre al pan farro (*panis farreus*) que se ofrecía al sacerdote del dios Júpiter (*flamens dialis*), ante diez testigos, además de servir para adquirir la *manus* de la mujer, servía igualmente para celebrar el matrimonio (Gai, 1, 112)". Teresa Giménez Candela, *Derecho Privado Romano*. Ob. cit., pág. 232.

⁷ Todas las familias romanas tenían sus dioses domésticos, algunos invisibles, entre ellos "los manes" eran las almas de los muertos, eran seres puros, eran los muertos que habían sido purificados por ceremonias fúnebres y convertidos en protectores de los que habían dejado tras sí en la vida. Duruy, Víctor. *Historia de los Romanos*, Edit. Montaner y Simon, Barcelona, 1888.

La Ley de las Doce Tablas (450 a. de C.), no señalaba limitaciones al marido para divorciarse. A pesar de esta libertad, no debieron producirse abusos, ello debido a la existencia de dos instituciones que tenían gran importancia en la vida y costumbres de los romanos, que eran *el tribunal doméstico* y *los censores*, que en cierta medida evitaron la proliferación de divorcios.

En cuanto al tribunal doméstico en esta época, podían formar parte de éste los parientes de ambos cónyuges hasta el sexto grado.

En lo referente al repudio (*divorcio unilateral*), el marido debía someter sus decisiones a este tribunal, el cual examinaba las causas, limitándose a dar su opinión, pero no una decisión soberana.

El *paterfamilias* podía impedir que su hijo repudiara a su mujer, y también obligarle al repudio e incluso podía repudiarla él mismo. Actuaba como magistrado doméstico y jefe de todos los miembros de la familia, podía dictar sentencias castigando con flagelación e incluso con la muerte.

Los censores, dentro de sus funciones tenían la de velar por las buenas costumbres de los ciudadanos romanos, pudiendo castigar con la tacha de infamia el abuso del ejercicio de la patria potestad, del divorcio y su práctica abusiva. El temor de las sanciones impuestas por los censores, que implicaban muchas veces la pérdida *del jus sufragium*⁸ y el ejercicio de cargos públicos, frenó el abuso del repudio, por lo que se encontraron pocos casos durante los cinco primeros siglos de Roma.

En el derecho arcaico, el divorcio constituye un hecho poco frecuente, ello debido a la costumbre y por la propia moral social.⁹

Posteriormente, a fines de la República, con la relajación de las costumbres romanas, aparece el matrimonio libre, el tribunal doméstico y los censores son considerados ridículos y pasados de moda. También aparece la facultad de poder divorciarse de la mujer casada *sine manus*.⁵ Normalmente lo hacían por simple capricho, incluso se llegó a casos de divorcio encontrándose el marido ausente. Con el advenimiento del Imperio, muchos personajes famosos se divorciaron caprichosamente. Con lo que se demuestra el auge del divorcio en Roma, llegando al divorcio por mutuo disenso.

En cuanto a los efectos del divorcio, en relación a los bienes, desde los primeros tiempos el marido que repudiaba a su mujer se quedaba con los bienes, quedando ésta con la imposibilidad de contraer nuevas nupcias,

⁸ *Jus sufragium* era el derecho a votar las leyes en los comicios y elegir magistrados.

⁹ Panero Gutiérrez Ricardo, *Derecho Romano*. Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 301.

por cuanto, los romanos no acostumbraban casarse con mujeres sin dote.¹⁰ Con la aparición de este matrimonio libre fue necesario regular la restitución de los bienes dotales a la mujer divorciada.

Por mucho tiempo los romanos no se preocuparon por la incidencia del divorcio en relación con los hijos; se desconoce la existencia de medidas de protección para los hijos habidos *in justae nuptiae* (legítimo matrimonio), en sus relaciones con sus padres divorciados. El padre seguía ejerciendo la patria potestad sin ninguna limitación, cualquiera hubiese sido su conducta.

Augusto, para poner fin a esta situación, estableció reformas en el orden político y social que perseguían la restauración de la grandeza y de la antigua moralidad republicana. De hecho la proliferación de divorcios, sobre todo entre las clases altas, había producido un descenso de la natalidad, que para Augusto debía frenarse a través de medidas que fomentaran el matrimonio y la procreación entre los romanos.¹¹

Para poder lograrlo, publicó las leyes caducarias reduciendo las causales de divorcio reconocidas en la Ley de las Doce Tablas e impuso ciertas formalidades para el repudio. Su notificación *según la ley lulia de adulteris coercendi* se hacía a través de un liberto, ya sea en forma oral o por escrito (por medio de un libelo de repudio), también se requería la presencia de siete testigos púberes y ciudadanos romanos. Pero tales formalidades sólo son para efectos de prueba y su incumplimiento no determina la subsistencia del matrimonio, sino ciertas sanciones al infractor.¹²

Sin embargo, una disposición de la constitución de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III estableció que para comunicar el repudio bastaba un "libelo", sin exigir la presencia de testigos. El divorcio por mutuo acuerdo siguió siendo informal.

En cuanto a los efectos del divorcio en esta época, la mujer divorciada seguía manteniendo los mismos títulos del marido, hasta que no contrajera nuevas nupcias.

Las relaciones entre hijos y padres divorciados sufren pocos cambios. El *paterfamilias* ya no tiene la exclusividad en cuanto a la custodia de los hijos.

¹⁰ Plauto, *Aulularia*, 2, 190.

¹¹ T. Giménez Candela. *Derecho Romano Privado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 235.

¹² Panero Gutiérrez Ricardo. *Derecho Romano.*, ob. cit., pág. 302.

A veces su mala conducta provocaba que éstos quedaran bajo la guarda y custodia de la madre.

Sin embargo, estas leyes no lograron su objetivo y los divorcios abusivos continuaron hasta que legisladores posteriores pudieron limitarlos, pero no lograron suprimirlos.

En los últimos tiempos del Imperio, a partir del Edicto de Milán del 313 D.C., los emperadores se vieron obligados a dictar normas que limitaron la práctica del divorcio. Aunque no pudieron establecer el matrimonio indisoluble, y no derogaron el divorcio unilateral, sí restringieron considerablemente las causales y establecieron penas pecuniarias para los que se divorciaban sin *justa causa*.¹³ De este modo, a partir de Constantino (siglo IV) hasta Justiniano (siglo VI), la historia del divorcio entra en una nueva fase, influenciada por la doctrina de la Iglesia.

Después de esta referencia a la evolución del divorcio entre los ciudadanos romanos, resulta necesario hacer una alusión particular a la influencia del cristianismo en esta institución.

Influencia cristiana

Mientras las leyes de Augusto trataban inútilmente de poner fin a la corrupción de la sociedad romana, la Iglesia de los primeros tiempos (siglos I-III) se expandía desde Palestina a todas las provincias del Imperio Romano.

Hasta finales del siglo I, la Iglesia estaba extendida por las principales ciudades del Imperio, sobre todo en Oriente, Grecia e Italia.

La Iglesia desde los primeros tiempos aceptó la legislación romana sobre el matrimonio, en cuanto ésta no fuere contraria a los principios cristianos sobre la materia. El derecho romano sostenía que el matrimonio podía disolverse por mutuo acuerdo, y además prohibía la cláusula de exclusión de futuro matrimonio.

Frente a esta dualidad, la Iglesia defiende la indisolubilidad del matrimonio por considerarlo un sacramento,¹⁴ en que el consentimiento se da de una vez y por siempre en el momento de contraerlo.

¹³ Ruíz Fernández, Eduardo, *El Divorcio en Roma*, ob. cit., págs. 111-126.

¹⁴ Con respecto a este punto, me parece interesante destacar la siguiente opinión: "Con respecto a la disolubilidad de un matrimonio sacramental y consumado, la actual doctrina oficial de la Iglesia Católica es que ninguna autoridad en la tierra puede disolverlo". Así lo afirma

Este principio se basa en los dichos de Cristo de que los cónyuges no son dos, sino una sola carne; lo que Dios unió, el hombre no lo puede separar,¹⁵ y en Pablo: "que la mujer no se aparte su marido; y el varón no repudie a su mujer".¹⁶

En el mundo romano bizantino(siglo IV-VIII), la Iglesia en un principio fue tolerada, pero terminó siendo declarada la religión oficial del Estado. Las fuentes jurídicas se centran en los Concilios ecuménicos, Concilios particulares, Decretales de los romanos pontífices y colecciones canónicas.

Los progresos del cristianismo fueron muy lentos en un comienzo, ello se debió a una clara oposición entre el sólido derecho romano muy arraigado en el espíritu de sus ciudadanos y el cristianismo reflejada en la siguiente frase de San Jerónimo :*"Una son las leyes de Cristo y otras las del Cesar; unas son las decisiones de Papiniano y otras las de nuestro Pablo"*. La Iglesia sólo tenía su nueva doctrina para hacer frente a esta situación.¹⁷

El Cristianismo apoyó sobre todo la situación de la mujer e introdujo nuevas ideas sobre el concepto de amor conyugal, del que nace un derecho sagrado y eterno. Estas nuevas ideas informaron la normativa jurídica del régimen familiar.

Sin embargo, la ideología cristiana nunca llegó a imponerse totalmente frente al esquema del derecho familiar genuinamente romano, el cual se mantuvo hasta muy avanzada la época cristiana, así tenemos la supervivencia del divorcio.

Las constituciones de los emperadores cristianos iniciaron un lento proceso de sacralización cristiana, que culminó con la regulación de la familia y su inclusión en el derecho canónico.

La influencia del pensamiento de la Iglesia en el derecho romano Imperial, se manifiesta en forma indirecta a través de la repercusión de los principios

Monseñor Victor J. Pospishil, pero agrega: "La sagrada escritura (en este caso el nuevo testamento) no enseña que el divorcio total sea imposible, si lo concede la Iglesia en virtud de una autoridad divina. Así se debe distinguir entre disolubilidad intrínseca, esto es, que los esposos estén legalmente autorizados a disolver el contrato matrimonial por sí mismos, y disolubilidad extrínseca, o sea, que alguna autoridad extraña a los cónyuges, como ser Dios, la Iglesia, el Estado, puedan disolver el matrimonio. Según las leyes de Dios, de la Iglesia y de la mayoría de las religiones y Estados, el matrimonio es intrínsecamente indisoluble. Respecto a la disolubilidad extrínseca, se puede afirmar que todas las religiones importantes y la mayoría de los Estados y naciones permiten el divorcio y nuevas nupcias. Pospishil, Víctor. J. *Divorcio y nuevo matrimonio*. Ediciones Carlos Lohé, Buenos Aires, 1969, pág. 12.

¹⁵ Mateo 19, 16.

¹⁶ *Epístola a los Corintios*, 7, 10, 11.

¹⁷ *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 114.

cristianos en las costumbres y vida social de los cristianos, y por otra parte tiene una influencia directa, por la introducción paulatina en las constituciones imperiales de dos principios fundamentales, como son: la igualdad sustancial de los cónyuges en el matrimonio y el sometimiento de la mujer al marido.

Este principio no se opone al anterior, por cuanto tiene un contenido moral y se justifica por la necesidad de proteger a la mujer y de mantener la unidad familiar personificada en el marido.¹⁸

Los cristianos, en Roma, no podían admitir una separación que no permitiera un nuevo matrimonio, porque tal institución era desconocida para el derecho romano.

Por ello, los emperadores cristianos dieron la posibilidad de un nuevo casamiento después del divorcio.

En cuanto a las causas de divorcio unilateral o repudio, los emperadores cristianos hablaban de las causas "legítimas de divorcio", refiriéndose a los motivos legales para un divorcio lícito, en el sentido de no penado; fuera de estos casos, no era considerado lícito. A modo de ejemplo, se puede mencionar la Constitución del año 331, de Constantino, primer emperador cristiano, quien prohíbe el divorcio por motivos fútiles o caprichosos, como era la costumbre en épocas anteriores, así la mujer no podía divorciarse de su marido alegando como causa que éste fuese borracho, jugador o frecuentador de otras mujeres. Sin embargo lo permitía si el marido era culpable de homicidio, envenenamiento o había cometido violación de sepulcro. Por su parte el marido podía divorciarse de su mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio, envenenamiento o de torpe mediación (alcahuetería).

Si el marido se divorciaba sin alegar estas causales, debía restituir la dote y no podía contraer justas nuptias, autorizando a la mujer para ocupar la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer, si éste se volvía a casar a pesar de la prohibición.

Si la mujer se divorciaba sin la concurrencia de las causales mencionadas, estaba obligada a dejarle la dote y las donaciones nupciales¹⁹ y además era condenada a pena de deportación.

¹⁸ *El divorcio en Roma*, ob.cit., pág. 116.

¹⁹ "Donaciones nupciales" eran aquellas que hacía el prometido a su futura cónyuge. Sólo tomaron importancia a partir de la época postclásica. Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza, 1995.

Posteriormente, la Constitución de los emperadores Honorio, Teodosio II y Constancio II, del año 421, también acepta el divorcio unilateral por causas graves y estableciendo penas al cónyuge culpable y al que se divorcia sin justa causa. También se puede mencionar una constitución del año 449, de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, en la cual se observa una simplificación de las causas de divorcio y una atenuación de las penas que debía soportar el cónyuge culpable.

La legislación de Justiniano, en un comienzo, año 533, fue abierta en materia de divorcio, añadiendo causas de repudio, pero en el año 540 cambió de opinión por medio de la Novela 117 y sólo permitió el divorcio en casos graves.²⁰ En este período tiene una marcada influencia cristiana, mostrándose partidario de un criterio restrictivo en materia de divorcio, aumentando las limitaciones sobre la posibilidad de divorciarse por voluntad de uno de los cónyuges.

Justiniano reordenó las normas sobre divorcio en forma restrictiva, exigiendo una comunicación –oral o escrita– a la otra parte en presencia de siete testigos, y distinguió 4 tipos de divorcio:

1º. El *divortium ex iusta causa* se producía por causa establecida por la ley e implica voluntad unilateral de uno de los cónyuges y la culpabilidad del otro.

Entre la principales *iustae causae* cabe citar: el adulterio; el intento de lenicidio del marido (esto es la propuesta de prostitución de su mujer); el abandono del hogar del marido; las malas costumbres de la mujer y las insidias del otro cónyuge. Las sanciones que comporta, para el cónyuge culpable, son de carácter patrimonial y personal.

2º. El *divortium sine causa* se producía sin causa legítima –*iusta causa*– por acto unilateral de uno de los cónyuges y tiene iguales efectos a los que establece el divorcio anterior para el cónyuge culpable. Justiniano lo consideró válido, pero ilícito, por lo que era castigado el que lo perpetraba.

3º. El *divortium communi consensu* se produce sin *iusta causa* y requiere acuerdo entre los cónyuges. Justiniano les aplicó, a ambos, las mismas penas anteriores, pero, por su arraigo social, Justino II lo declaró libre de toda sanción.

4º. El *divortium bona gratia* se basa en un motivo previsto por la ley, pero que no implica culpabilidad en el otro cónyuge, por lo que no tiene ningun-

²⁰ Dougnac Rodríguez, Antonio: *Los impedimentos para contraer matrimonio y su aplicación en Chile*. Revista de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2001, N° 9, pág. 241.

na sanción. Posibilitan el divorcio los siguientes motivos: La impotencia incurable; el voto de castidad tras tres años de nupcias; la locura y la cautividad de guerra tras cinco años sin noticias.²¹

Es interesante mencionar que la mayor hostilidad al divorcio de Justiniano, influenciado fuertemente por los principios cristianos, se ve representada en la Novela 117, que reguló entre otras materias el problema de la guarda y custodia de los hijos y el derecho a seguir alimentados por sus progenitores divorciados.

Este precepto señalaba en primer término que los hijos no debían sufrir ningún perjuicio como consecuencia de la disolución del matrimonio de sus padres, siendo llamados a la herencia de éstos y alimentados con el patrimonio del padre.

Si el divorcio se producía por culpa del padre y la madre hubiere contraído nuevo matrimonio, los hijos eran confiados a la madre, siendo el padre obligado a dar alimentos.

Si el divorcio era producido por culpa de la madre, la guarda, custodia y obligación de alimentos correspondían al padre.

Si el padre no culpable de divorcio carecía de recursos y la madre disponía de ellos, en forma excepcional la custodia y alimentación de los hijos quedaban confiados a la madre.

Justiniano, para determinar quién se quedaba con la custodia de los hijos, aparte de las consideraciones de tipo moral que pudiesen existir, también consideró la disponibilidad económica de los padres.

En caso de divorcio por mutuo acuerdo, los padres también acordaban la custodia y alimentación de los hijos, y en caso de desacuerdo se recurría al juez, quien resolvía discrecionalmente.

Por otra parte, si el divorcio era consensual, pero con promesa de castidad de los esposos, y uno de ellos no cumplía, ya sea casándose nuevamente o viviendo con lujuria, perdía a favor de los hijos no sólo la dote, sino también las donaciones por causa de matrimonio y todo su patrimonio. Si no había hijos, el patrimonio era a favor del Fisco.

Si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo la guarda y custodia del cónyuge no culpable, teniendo además la obligación de alimentos.

²¹ Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. Ob. cit., pág. 303.

Si ambos padres eran culpables, estos perdían sus bienes a favor de sus hijos, y se nombraba un administrador judicial.²²

La legislación romana, en este último período (*desde Constantino hasta Justiniano*), recibió una gran influencia de los Padres de la Iglesia, los cuales ejercieron en la historia de las instituciones un influjo duradero, tanto por su actuación como por su pensamiento. Entre los padres que más preservaron el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, se puede mencionar a San Ambrosio, San Agustín y San Jerónimo. La razón de su influencia se debió a que ellos tenían conocimientos jurídicos, con lo que enriquecieron notablemente la institución del divorcio en Roma.²³

De acuerdo a lo señalado anteriormente, se podría concluir que a la Iglesia le costó mucho sostener su posición contra el divorcio en Roma, puesto que cuando el cristianismo llegó a este pueblo, los romanos tenían muy arraigado en su espíritu el divorcio, debiendo la Iglesia nada menos que aceptarlo, pero regulando sus causales y efectos para lograr proteger a la familia, la que a fines de la República y parte de la época imperial se vio gravemente desprotegida, por una parte por la gran facilidad y libertad para divorciarse, y por la otra por la falta de instancias tendientes a controlar esta facultad de divorciarse. La desaparición del consejo de familia, que existía en la época antigua, fue consecuencia de esta libertad, instancia que de una u otra forma cumplía un papel importante, evaluando los motivos del divorcio, la situación de los cónyuges y sus hijos frente a la eventual disolución del matrimonio de sus progenitores, tendiendo a fomentar la reconciliación entre ellos, y logrando muchas veces conseguirla.

Así se puede observar que la situación que debió afrontar la Iglesia en Roma fue muy difícil y lenta en sus resultados, pero de todos modos efectivos.

Actualmente la tarea de la Iglesia para sostener el principio de la indisolubilidad del matrimonio válidamente contraído no ha sido fácil, toda vez que no se puede negar que en Chile existe la posibilidad de anular fraudulentamente un matrimonio basado en la incompetencia del oficial del Registro Civil, que en definitiva produce la ruptura del vínculo matrimonial.

Y muchos, basados en esta realidad, son partidarios de legislar acerca del divorcio vincular,²⁴ por cuanto lo consideran bastante menos pernicioso que dejar las cosas tal como están.

²² *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 153.

²³ *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 126.

²⁴ "Tesis divorcista: La línea argumentativa que se recoge dice relación con el uso fraudulento que se ha dado a la causal de nulidad matrimonial basada en la incompetencia del oficial del Registro Civil. Consiste básicamente en que, tratándose la nulidad matrimonial por incompetencia del oficial del

Así la lucha de la Iglesia para crear conciencia acerca de lo peligroso que podría ser aprobar este proyecto que incluye el divorcio vincular, aún en trámite²⁵⁻²⁶ a la fecha de confección de este artículo, ha resultado ser una ardua labor frente a la realidad existente. Al respecto, se puede señalar que la postura defendida por la Iglesia Católica para que los contrayentes pudieran optar por un matrimonio indisoluble no logró mayoría en la Comisión de Constitución del Senado, sesión que se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2003.²⁷

Registro Civil de un fraude, debe darse una nueva regulación sobre el particular, nueva regulación que viene constituida por la incorporación del divorcio vincular, la que permite dar solución a los quiebres matrimoniales sin recurrir a esta mentira, que en realidad constituye un divorcio por mutuo acuerdo. Además de que las falencias del actual sistema de nulidades quedan superadas con la completa reglamentación de los efectos entre los cónyuges y los hijos, velando por la adecuada protección de los más débiles". Campos Moraga, Alejandro: "Discusión en el Congreso chileno sobre el tema del divorcio. Síntesis comparativa de argumentos". *Revista de Derecho*, N° 10, año 2002. Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción.

²⁵ El 13 de agosto de 2003 el Senado aprobó la idea de legislar sobre el divorcio vincular por 33 votos contra 13, y fijaron plazo hasta el 7 de octubre de 2003 para presentar indicaciones al proyecto. Boletín 1759-18. Fuente: www.congreso.cl.

²⁶ "Ley de Divorcio en espera". 7 de noviembre de 2003, Diario Austral.

"En la discusión sobre la Ley del Divorcio se rechazó la moción del senador Andrés Chadwick en el sentido de que existiera la posibilidad de alternativas para los contrayentes, en optar por un matrimonio en que pudiera haber disolución de vínculo, y otro que se optara por un matrimonio sin disolución de vínculo, que tuvo un voto a favor, dos en contra y una abstención, de modo que no se aprobó y quedó en espera", explicó el senador Marco Cariola. Indicó que todavía hay temas que están pendientes de discusión en la misma Comisión. "Además están en discusión los plazos para estos divorcios, cuando uno de los cónyuges abandona el hogar; si es con disolución, de hecho el plazo es más largo o más corto; si va a prosperar el hecho de que haya un matrimonio también religioso que pueda ser sin disolución de vínculo, y uno civil que después sea reconocido por la ley", aclaró. "También es otra alternativa que se pudiera optar entre un matrimonio civil, entre uno con disolución de vínculo, esos temas están pendientes de discusión, pero lo que le interesa a la gente es que se defina si en Chile va a haber o no matrimonio con disolución de vínculo", expresó el parlamentario. Fuente: www.australvaldivia.cl.

²⁷ El Mercurio, 5 de noviembre de 2003. Comisión aprobó polémicas normas en Ley de Divorcio. Proyecto Relacionado 1759-18. Indicación defendida por la Iglesia Católica para que los contrayentes pudieran optar por matrimonio indisoluble no logró la mayoría. Una clara derrota sufrió ayer la postura de la Iglesia Católica frente a la ley de divorcio después de que la Comisión de Constitución del Senado rechazara una indicación que buscaba establecer la posibilidad de que los futuros contrayentes tengan la alternativa de casarse con o sin la opción de disolubilidad de su vínculo matrimonial. La propuesta en tal sentido, promovida por el senador Andrés Chadwick (UDI), registró dos votos a favor, dos en contra y una abstención, por lo cual no logró reunir mayoría para su aprobación. La indicación se puede renovar cuando el proyecto se discuta y vote en sala. La Comisión de Constitución del Senado aprobó ayer por cuatro votos contra uno la norma que otorga reconocimiento legal al matrimonio religioso, siempre que éste sea validado ante el Registro Civil en un plazo no mayor a ocho días desde la celebración ante el respectivo ministro de culto. Inicialmente, la propuesta, consagrada en el artículo 21 del proyecto, contó con el respaldo de la Iglesia Católica. Éste se diluyó, porque en definitiva el matrimonio religioso no será válido si no se ratifica ante la ley. Una vez ocurrido esto, aquél pasará a tener los mismos efectos que el matrimonio civil y podrá disolverse a través del divorcio. El matrimonio con opcionalidad de divorcio y el artículo 21 eran los últimos aspectos polémicos que quedaban por despejar del proyecto en la Comisión de Constitución, que terminó este martes de despachar el proyecto a la sala del Senado. Probablemente, la iniciativa, con las nuevas indicaciones, se discutirá y votará en el plenario del Senado en la primera quincena de diciembre. De ahí pasará a tercer trámite a la Cámara Baja para que ésta apruebe o rechace las enmiendas que le introdujeron los senadores. Se espera que la materia se defina en el primer semestre de 2004.

Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?

Max Silva Abbott

Profesor de Fundamentos del Derecho
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

1. Planteamiento del tema

Como es de sobra conocido, el problema del divorcio ha originado un intenso debate que atraviesa nuestra sociedad, puesto que el tema no deja a nadie indiferente. De hecho, es tanto lo que se ha dicho ya, que parece difícil no caer en lugares comunes y slogans repetidos hasta la saciedad. Con todo, creemos útil verter algunas reflexiones no tanto desde la perspectiva de una "disecación" de la ley positiva propiamente dicha, sino desde la distancia de una visión más amplia, vinculada en parte a la filosofía del derecho, tomando al fenómeno jurídico en su conjunto. De esta forma, se comenzará primero con ciertas consideraciones muy genéricas de tipo antropológico-filosófico, para luego hacer alusiones a nuestro ordenamiento jurídico, si bien no siempre abocadas solo al derecho civil.

Por último, tal vez un aspecto que habría que dejar muy en claro –y que es la base de nuestra línea de argumentación– es que la oposición a una ley de divorcio (al menos como se la está configurando en el Congreso) no obedece a motivos meramente "religiosos", como suele escucharse, sino a argumentos absolutamente "laicos". De hecho, se ha convertido en un tópico común "encapsular" a los que critican esta iniciativa legal en esa categoría, cerrando así toda posibilidad al debate e incluso quitando legitimidad a su posición. Aspecto que por lo menos merece el calificativo de injusto y parcial, porque, se insiste, existen poderosos motivos para levantar la voz en esta materia por razones absolutamente temporales.

2. Algunas nociones antropológicas y filosóficas básicas

Tal vez una manera de intentar comprender lo que venimos diciendo radique en la consideración que una ley de divorcio apunta a la familia, institución que ha sufrido un desdibujamiento bastante notable en los últimos años, pero que la antropología más elemental puede ayudar a enfocar adecuadamente.

Como se sabe, el hombre es un ser bastante limitado. No tiene mayor injerencia en cuanto a su propia existencia (nadie elige venir o no venir al mundo), ni cuándo, ni dónde, ni con qué talentos o defectos. Sencillamente, somos "lanzados" a la existencia por otros, quienes muchas veces ni siquiera tenían esta intención. Ahora, las limitaciones del ser humano como ente no acaban aquí, porque –es cosa de abrir los ojos– la vida cuesta, requiere esfuerzo. En efecto, tenemos que esforzarnos por sobrevivir en todos los planos de la existencia: desde conseguir alimentos hasta la formación de la propia personalidad. En otras palabras, la existencia es "gratis", pero la mantención de la vida, no. Y de hecho, destinamos buena parte de nuestros esfuerzos por mantenernos vivos e ir formándonos como personas. Tenemos que aprenderlo todo: caminar, hablar, leer, escribir, razonar, modales y un largo etcétera. Y una vez aprendidas todas estas cosas, el camino recién comienza, al punto que mientras más se sabe, más nos damos cuenta de nuestra ignorancia. Por otro lado, además de nuestras fronteras intelectuales, tenemos limitaciones físicas: debemos cargar y cuidar nuestro cuerpo, y se quiera o no, la vida tendrá una duración más o menos breve. Esto es, igual que en todo ser vivo, nuestro "existir" (al menos como se lo conoce aquí) necesariamente tendrá un principio y un final.

Lo anterior puede parecer una perogrullada, pero en realidad no lo es. Son datos que conviene tener en cuenta, a la luz de la línea de argumentación que se pretende desarrollar aquí.

Ahora bien, puesto que la vida es corta, el hombre, al igual que todo ser vivo, lleva en su propio ser, en su propia naturaleza, el impulso a dar origen a otra generación –de la misma especie, obviamente–; o si se prefiere, tal como cada individuo en particular posee un marcado instinto de supervivencia (aun cuando pueda ser inhibido en casos extremos), podría decirse que la especie *homo sapiens* tiene, al igual que cualquier otra, un afán de supervivencia como especie, en nuestro caso, como género humano.

Y ésta es una realidad fundamental, porque el hombre, también por natu-

raleza, nace a partir de otros –ya se dijo–, para dar origen al mismo ciclo. Mas, puesto que es limitado, nace, por así decirlo, en su mínima expresión. Desde la fecundación en adelante, buena parte de la vida del sujeto consistirá en ir completándose a sí mismo, en ir adquiriendo lo que le falta (sus potencialidades). Primero, su cuerpo, con órganos especializados (extremidades, pulmones, intestinos, corazón, etc.), autocompletación fundamental para poder sobrevivir en lo que podría llamarse “mundo exterior”, el nuestro. Mas, una vez nacido, salido del claustro materno, la tarea recién comienza. De hecho, pasarán años –muchos años– antes de que el sujeto pueda valerse por sí mismo, ser autosuficiente. Si se compara este período proporcionalmente con el de cualquier animal, en nuestro caso el tiempo de dependencia respecto de otros es considerablemente mayor, no por un problema de limitación nuestra, sino precisamente por la mucho mayor tarea de autocompletación que nos corresponde.

3. Sociedad, individuos y familia

De esta manera, se hace imperioso distinguir entre aquellos seres humanos independientes (o que están en posibilidad de serlo) y aquellos dependientes. Este es un dato fundamental, porque, se quiera o no, todo ser humano requiere estar al cuidado de otro u otros durante mucho tiempo, puesto que en caso contrario, sencillamente, moriría. Ahora, dado el tipo de reproducción humana (sexuada), la relación con la madre aparece como absolutamente natural. Mas como tampoco los seres “independientes” son en verdad autosuficientes, se requiere la colaboración de otros, y en el caso de la reproducción, de “otro”, de un hombre, a fin de dar origen a esa nueva vida. Con todo, esta complementación no termina por lo general sólo con la fecundación de un nuevo ser, sino que se prolonga en el tiempo. Esa es la razón por la cual la familia, como ha solido llamarse al vínculo entre un hombre y una mujer con hijos, aparece como una realidad antropológica difícilmente desmentible. En muchos casos ha existido la poligamia, pero el principio es básicamente el mismo: se requiere de la complementación de hombre y mujer (o mujeres) para dar origen y educar a la prole y también por razones de complementación mutua. Y aun cuando también se hayan dado casos de lo que podrían llamarse “relaciones tribales promiscuas”, en que –por decirlo de alguna manera– todos se vinculan con todos (motivo por el cual se diluye sobre todo la paternidad), es dable pensar que se trata de casos excepcionales. En efecto, no sólo por su rareza (cuesta encontrar ejemplos), sino además porque si se piensa que, dada la mentalidad primitiva, tremendamente machista, la “posesión” de mujeres e hijos era sinónimo de riqueza, parece extraño pensar

que los varones fueran tan “solidarios” como para compartir esta parte de sus “posesiones”.¹

En suma, se desprende tanto de la lógica como de la observación de cualquier cultura, que dada la imperiosa necesidad de dar origen, mantener y educar a la prole, a fin, ni más ni menos, de mantener viva a la especie, hombre y mujer (o mujeres) han tendido a organizarse desde antiguo en uniones estables, para poder llevar a cabo esta tarea. Necesariamente requiere ser una unión estable, como se verá dentro de poco. Con el paso del tiempo, y el consiguiente reconocimiento de la igual dignidad del hombre y de la mujer, fue imponiéndose la monogamia en buena parte del mundo, y en particular en Occidente. En verdad, la misma dignidad humana es la que obliga, por así decirlo, a imponer la monogamia, porque parece del todo injusto la práctica contraria, que en el fondo no sólo da mayor valor al hombre, sino que concibe a la mujer (y a los hijos) como objeto, como posesión.

Y en realidad, aquí parece estar el quid de la cuestión: el para qué de esta unión entre personas de distinto sexo. Esto puede parecer demasiado “filosófico” o desligado de la realidad cotidiana, pero nuevamente, si se mira con atención, no es así. En efecto “familias” (seguimos considerando la definición “clásica”, esto es, una pareja heterosexual estable con hijos, o al menos la intención de tenerlos) existen en todas partes, y no yerra nuestro texto constitucional cuando dice que ella es la “célula” de la sociedad. Nuestro conjunto social está constituido por subgrupos, por familias, no por individuos aislados, autónomos, reflexivos y autosuficientes, como por lo demás postulaban las teorías del “contrato social” de Hobbes, Locke y Rousseau, por poner sólo a los autores más conocidos en esta materia.

Por tanto, imperioso es reconocer, como se dijo, que en cualquier sociedad existen seres humanos independientes (si bien siempre necesitados de los demás) y dependientes (los niños y jóvenes hasta cierta edad), lo cual se manifiesta, por ejemplo, a propósito de la capacidad de contratar y de obligarse, no así en la capacidad de goce, reconocida por nuestro derecho positivo.

¹ Como se ha dicho: “Sin la familia no podría existir la sociedad: que la familia es la célula de la sociedad no constituye meramente una bella imagen, sino la realidad natural. La sociedad puede subsistir sin la familia tan poco como el árbol sin las raíces y el suelo. No hay que pensar este propósito solamente en la mera pervivencia de la sociedad en sus generaciones, sino asimismo en el substrato espiritual y cultural de la sociedad” (MESSNER, JOHANNES, *La cuestión social*, Madrid, Rialp, 1976, p. 549).

Es esto lo que explica por qué la familia obedece a una necesidad natural: “La misma diferencia de sexos, la necesidad de la procreación para la perpetuación de la especie, el desvalimiento de la prole, su necesidad de ser educada, la vocación a la complementariedad de hombre y mujer, revelan que el proyecto matrimonial está inserto en la misma naturaleza humana” (CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1994, p. 81).

Lo anterior es de la máxima importancia, se insiste, porque la historia humana, en todas sus culturas, cuenta con esta proyección generacional, cuenta con que los que ahora son capaces o independientes, cuiden a los que aún no lo son, para que a su vez ellos hagan lo mismo en su momento y así indefinidamente. Podría decirse así que la vida es como una carrera de posta, en que cada atleta hace un tramo y luego pasa el bastón al siguiente; cada uno hace lo suyo, pero ha recibido algo de otro y a su vez debe volver a entregarlo a un tercero, por lo que ninguno es en realidad, autónomo o autosuficiente, porque depende de otros y otros dependen de él. Por eso se gana por equipos, no por individualidades. Y lo mismo ocurre, usando esta metáfora, con la vida, con el recambio generacional: cada generación viene de la anterior y se debe a ella; mas, cuando esté preparada, será ella la protagonista de su tiempo (tendrá el bastón en sus manos), pero como la vida es corta, si quiere que la historia humana continúe, deberá hacer lo mismo que su antecesora, esto es, dar origen y formar a una nueva generación (entregar el bastón, tal como se lo entregaron), que la sucederá en su momento, y así indefinidamente.

Mas, si alguna de las generaciones no quiere seguir esta "rutina" y se olvida de dónde viene y hacia dónde va, evidentemente no sólo se dañará ella misma, sino, sobre todo, a las generaciones futuras, que al menos en parte podrían estar en peligro de no llegar a existir. En consecuencia, se rompe o daña la cadena completa.²

4. La aventura de la familia

Ahora bien, como se ha dicho, el proceso de crianza y educación de los hijos es largo: es un verdadero proyecto, una empresa de largo aliento, lo cual es lógico, dada la importancia de la tarea: formar a la generación de reemplazo, a quienes continuarán nuestros pasos después de nuestros días. Sin embargo, para lograr esta tarea, se requiere de mucho tiempo, como se ha dicho, y por lo mismo, de ciertas reglas claras, de cierta estabilidad, o si se prefiere, de dar por descontadas ciertas cosas. Es algo parecido a lo que ocurre al realizar alguna actividad intelectual, por ejemplo: para lograrlo, hay que tener solucionados otros problemas más fundamentales (como el alimento o el vestido), porque unos son requisitos de otros.

Ahora bien, resulta evidente que la reproducción humana puede hacerse al margen de esta unión estable, y las estadísticas nos muestran esto cada

2. De hecho, llama la atención que se insista tanto, por ejemplo, en la conservación del medio ambiente, propiciando un justo equilibrio ecológico, e incluso en preservar el entorno para las generaciones futuras, y no se caiga en la cuenta de lo que venimos comentando.

vez con mayor claridad. Con todo, y aun cuando lo anterior constituya una realidad indesmentible, en prácticamente toda cultura se ha tendido a distinguir claramente la unión sexual esporádica de aquella otra estable, que podrá recibir muchos nombres, pero que en Occidente se llama "matrimonio". De hecho, ha sido tanta la "preferencia" social por esta segunda situación en vez de la primera, que no han faltado –en realidad, han abundado– casos en que se castiga duramente aquella situación, incluso con la muerte. Esto no hace sino reflejar la importancia de lo que venimos comentando: que en el fondo, está en juego no sólo la calidad, sino también la continuidad del todo social, lo que ocurrirá con su devenir.

También es posible la crianza y educación de los hijos al margen de una familia (o lo que quede de ella), realidad que igualmente muestran las estadísticas. Sin embargo, conocidas son las graves deficiencias que por regla general sufre la formación de los menores, por mucha buena voluntad que exista en las instituciones respectivas (piénsese en un orfanato, por ejemplo), precisamente por no ser una familia. En consecuencia, la familia podrá tener varios defectos, que sin duda alguna es necesario corregir, pero aun así, es mejor que una formación al margen de ella, salvo excepciones muy contadas. Resulta muy fácil, por tanto, criticar ácidamente a la familia y no entregar ningún remedio a este respecto, o remedios francamente deficientes. Hasta la fecha, por tanto, no hemos encontrado otra solución mejor.

Todo esto supone, como es obvio, tener un punto de mira bastante diferente al que suele tenerse hoy, en extremo individualista. En realidad, la estructura matrimonial se fundamenta en razones de bien común, de interés social; en el fondo, de saberse dependientes del todo social, de tener conciencia de grupo, lo cual obliga a veces a renunciar al propio capricho. Por lo mismo, equivale a tener conciencia de que lo que los sujetos realicen contra el todo social repercutirá, más tarde o más temprano, en ellos mismos, de manera muy similar a lo que ocurre con un equilibrio ecológico.

Por tanto, una de las claves para entender lo que venimos comentando, es el evidente carácter social del hombre. Esto es fundamental, y no tiene nada de teórico o idealista: requerimos de los demás. De hecho, tan sociales somos, tan dependientes del grupo, que no sólo venimos al mundo por el concurso de dos personas (varón y mujer), sino además, la vida misma es una constante muestra de esta auténtica necesidad de comunicación e intercambio. De ahí también que una sanción común para aquellos que atentan contra otros consista precisamente en aislarlos del grupo (mediante la cárcel o el destierro, por ejemplo), lo cual no hace sino confirmar la innegable naturaleza social del ser humano, al punto que, siguiendo la conocida frase de Aristóteles, sólo una bestia o un dios puede vivir fuera de la polis.

En consecuencia, por mucho que queramos bastarnos a nosotros mismos y ser cada uno el centro del universo, tenemos que contar con los demás, necesitamos de los demás. De hecho, la vida misma pareciera hacerse más plena no a través del encierro en uno mismo, sino gracias a la apertura al otro, a salirse del propio yo. Así, nadie podría dudar que un sujeto ha aprovechado mejor su existencia si logra en su vida tener buenos amigos, ser generoso, cordial o sincero; al menos, mejor que aquel otro que termina sus días solo, y con fama de envidioso, egoísta o mentiroso. Por eso no han faltado quienes consideran a un individualismo extremo incluso como autodestructivo para el sujeto que lo padece.

Lo anterior es fundamental también al interior de la familia. Por su naturaleza, la unión de hombre y mujer abierta a la procreación, y dispuesta a emprender la aventura de formar a otros y ayudarse mutuamente, exige tener, por así decirlo, una profunda "conciencia social". La familia como realidad social (al estar la propia sociedad compuesta por estas "unidades celulares", las familias) exige para su adecuada comprensión y en vista de su fin, tener esta visión. En caso contrario, se desfigura y en definitiva acaba destruyéndose como realidad.

5. El nuevo derecho de familia

Por desgracia, el individualismo que día a día va ganando terreno en el mundo de hoy apunta en este último sentido. No es raro, así, que para muchos la familia sea una simple reunión de sujetos que apenas comparten el mismo techo, pero en que cada uno vive como en una burbuja, aislado del resto. Así las cosas, no resulta extraño que cada uno, en el fondo, vea en la familia una especie de "estación de servicio", un dispensador de prestaciones para el beneficio de cada uno de sus integrantes en particular. Esto no sólo implica perder la ineludible naturaleza social (o si se prefiere, no individualista) de la familia, sino además, considerar que si este "dispensador" no satisface las necesidades de alguno de sus integrantes, le es lícito al mismo dejarla, abandonarla a su suerte, a fin de buscar otro "dispensador" que sí satisfaga sus anhelos y deseos.

Es precisamente a esto a lo que apunta el llamado nuevo "Derecho de Familia", y es una muestra más de cómo las ideas tienen una profunda influencia sobre las realidades más fundamentales de una sociedad, fenómeno que en particular se ha dado en los últimos 30 años. En su máxima expresión, considera que el amor, identificado fundamentalmente con el impulso sexual, es un fenómeno en cierta medida "incontrolable" para el propio sujeto, al cual no es posible poner freno y que debe ser expresado y practicado de la manera más libre y espontánea posible. En consecuen-

cia, puesto que desde esta perspectiva “el amor no tiene leyes”, la noción misma de matrimonio y su regulación jurídica tradicional aparece como extraña e incluso irreal, como una imposición que pretende establecer normas para algo que se considera imposible de normar.³

Por eso se estima también que buena parte de lo que incumbe a la vida familiar del sujeto pertenece a su más estricto y sacrosanto ámbito privado, de tal forma que cada uno es libre para tomar las decisiones que estime conveniente. Se da así un auténtico “liberalismo salvaje” en este ámbito, y se considera que cualquier intromisión estatal, sobre todo en lo que se refiere a la vida de pareja (hetero u homosexual) es totalmente arbitraria e ilegítima.⁴

Sin embargo, como las consecuencias propias de la sexualidad son intertergables (la procreación), el nuevo derecho de familia se bate entre dos extremos: entre el puro sentimiento sin compromiso ni controles posibles, y un núcleo de responsabilidades solidarias e intereses transindividuales respecto de los hijos, que son la consecuencia propia de la institución familiar. Se llega así a una curiosa situación de desregulación y extrarregulación al mismo tiempo. Se establece un “matrimonio intimista y de satisfacción sexual”, al punto que “el matrimonio es ya menos que un contrato, es una situación fáctica con relevancia jurídica”,⁵ y al mismo tiempo, como la familia sigue siendo considerada una unidad social, e incluso –aunque no se diga– la base de la sociedad, se le exige que cumpla con su función propia: generar, educar y socializar a las nuevas generaciones. “Es la paradoja del mundo moderno: la familia desprotegida y abandonada por el derecho en su conformación y constitución interna, es prolijamente regulada e interpretada por el derecho en sus funciones y relaciones externas. Puede hablarse entonces de que la familia en el derecho actual sufre una «desjuridificación juridizadora»”.⁶

En consecuencia, esta nueva corriente se encuentra en las antípodas del tradicional derecho de familia, considerado por cualquier autor de hace

³ A este respecto ha escrito Hernán Corral que “mientras desde casi todos los sectores de opinión se concuerda con la necesidad de proteger y fortalecer a la familia, las iniciativas legales concretas que se presentan al Parlamento tienden en el fondo a destacar y subrayar la libertad e independencia de los miembros del grupo familiar, más que a apoyar los vínculos y los compromisos de solidaridad y comunión que lo cohesionan” (CORRAL, *Familia y Derecho...*, cit., p. iii). Sobre este “Nuevo Derecho de Familia”, cfr. *ibíd.*, pp. 77-78 y también CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Ley de divorcio, las razones de un no*, Santiago, Universidad de los Andes, Estudios de Derecho Actual, I, 2001, pp. 17-35.

⁴ Como señala Corral: “Si las cuestiones del amor y del sexo son intersubjetivas, predominantemente impulsivas y marcadamente irracionales, nada tendría que hacer el ordenamiento jurídico en su constitución y desarrollo” (CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 20).

⁵ Para ambas citas, CORRAL, *Familia y Derecho*, cit., pp. 77 y 78.

⁶ CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 20.

algunos años, de orden público y en el cual sólo existe libertad para comprometerse (contraer matrimonio o tener hijos), pero no para alterar sus efectos. La autonomía de la voluntad se ve, de esta manera, bastante restringida, en atención al bien jurídico protegido: la familia y los hijos.⁷

6. Un proyecto comunitario

En realidad, el auténtico sentido de familia debiera apuntar exactamente en la dirección contraria a la mentalidad individualista predominante: a la familia no se va tanto a exigir, sino a dar, a entregar. En vez de basar la familia sobre la noción de derecho subjetivo (un conjunto de facultades que cada uno esgrime contra los demás, propias de las teorías del contrato social), pareciera más adecuado sustentarla en la noción de *deberes*: de salirse de uno mismo y tener en cuenta al otro, a los otros; descentrarse del propio yo y girar en torno a los demás. Camino más difícil, sin duda alguna, sobre todo por la cada vez mayor fuerza centrípeta del propio egoísmo en el día de hoy, pero la única manera de alcanzar la plenitud como personas.

Esto es fundamental, porque, como dice el refrán, "lo bueno cuesta": es imposible alcanzar buenos frutos sin esfuerzos. Si insistimos en girar en torno a nosotros mismos, y vemos en el resto simples servidores o incluso cosas para satisfacer nuestro ego, es imposible llegar a buen puerto. Buena parte de los actuales fracasos matrimoniales parecieran obedecer, en el fondo, a que cada uno de los contrayentes, de manera implícita e incluso inconsciente, pareciera estar diciéndole al otro "gira en torno a mí; hazme feliz". El problema es que si cada uno comienza la relación con el mismo mensaje, con la misma actitud, parece poco probable alcanzar la meta. Por eso la clave pareciera ser la contraria, esto es, plantear las cosas al revés: "¿qué puedo hacer por ti?". Otra posibilidad es que uno de ambos opaque o eclipse totalmente al otro, pero pareciera que tampoco esta es la solución, porque sigue primando el individualismo, si bien de uno de los cónyuges.

En íntima relación con esta proyección hacia los otros, están los hijos. De hecho, es tal vez una de las mayores muestras de apertura a los demás, o si se prefiere, de negación del propio yo. Si uno lo mira desde una perspectiva absolutamente egocéntrica, un hijo no nos aporta mucho: será una

⁷ Este principio lo consagran, por ejemplo, autores tan conocidos en nuestro ámbito como SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho de Familia*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica Adiar Editores Ltda., 1983 (reimpresión de la 2ª ed., de 1953), pp. 7-9 y 19, y MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 7-10.

fuentes de gastos y de molestias por muchos años. Tal vez sea este fenómeno el que haya incidido en la sostenida baja de la natalidad, sobre todo en países desarrollados: el no estar dispuestos a salirse del propio yo, el no querer dejar de ser el centro de todo. Mas, como la naturaleza "tira", el instinto por tener hijos sigue aflorando. Con todo, también comienza a producirse el problema de ver a los hijos como "cosas", como modos de satisfacer anhelos personales, o incluso como simples elementos de un mejor nivel de vida. De esta manera, el llamado "derecho al hijo" (tema que no se aborda aquí) está produciendo una auténtica "cosificación" del hijo, lo cual lleva no sólo a tener descendencia por cualquier método y a cualquier costo, sino además descendencia de "buena calidad", esto es, sin problemas físicos o mentales, con lo que de paso se cae en prácticas eugenésicas. Como puede verse, esto se encuentra, a su vez, en íntima relación con la mentalidad abortista, tema que tampoco se trata aquí. En efecto, si a fin de cuentas el sujeto se ha "dignado" a tener hijos, pero sin cambiar de actitud, es inevitable que acabe viéndolos como un simple "objeto", que si quiere conserva y si quiere desecha. Algo muy parecido, curiosamente, a la concepción "patrimonial" de los hijos y de la mujer en la Antigüedad.⁸

De hecho, la misma noción de "derecho al hijo" no puede ser más reveladora de este fenómeno, porque en realidad sólo se pueden tener derechos sobre las cosas, no sobre las personas. En este campo, pues, se aprecia un notable retroceso en cuanto a la dignidad humana. Por eso, no deja de ser paradójico que en esta época, en que tanto se ataca al machismo y se defiende a la mujer, no se tome conciencia de las reales dimensiones de este problema.

En consecuencia, puesto que los hijos dependen absolutamente de sus padres, de seguir aplicando las nociones de derecho y deber jurídicos, no serían tanto los padres los que tendrían "derecho al hijo", sino más bien, los hijos los que debieran tener "derecho a sus padres", o, si se prefiere, "derecho a tener una familia". Si realmente se considera al hombre como un ser digno, valioso en y por sí (un fin en sí mismo, como dice Kant), el verdadero titular de derechos debiera ser él, no sus padres. De hecho, se supone que al menos parte de esta mentalidad subyace a propósito de la adopción, institución que mira o debiera mirar fundamentalmente al interés del menor, no de los adoptantes.

Ahora, si se pregunta por qué los padres tienen esta "obligación", creemos que la respuesta radica en volver a la antropología, esto es, en la

⁸ Sobre este tema hemos tratado en SILVA ABBOTT, MAX, "Persona y bioética: la indisponibilidad de los derechos humanos", en *VI Jornadas de Bioética*, Concepción, 22, 23 y 24 de octubre de 2003, en prensa.

necesidad de la reproducción para la subsistencia del género humano, en la "carrera de posta" a la que aludíamos: cada uno recibió la vida y buena parte de su formación; parece que existe, por decirlo de alguna manera, un "deber de especie" para con las generaciones futuras: "lo recibisteis gratis; dadlo gratis", podría sostenerse.

Así pues, si la mantención y educación de la prole requiere una dimensión temporal larga, se necesita de ciertos cauces idóneos para lograr este objetivo. En realidad, la proyección temporal es un aspecto ineludible para comprender la conducta del sujeto, porque el presente no se entiende sin dicha proyección, como ha manifestado Heidegger.

Ahora bien, dentro de estos cauces idóneos, parece fundamental que los progenitores logren crear un ambiente lo suficientemente calmo y seguro para que el desarrollo de los hijos y también el suyo propio tengan las mínimas posibilidades de éxito. Es algo así como el cuidado de una planta en sus primeras etapas: necesita de un ambiente protegido, porque en caso contrario o no sobrevivirá, o sufrirá consecuencias irremediables. A esto se agrega que los niños, mientras más pequeños, son más moldeables, maleables o manipulables; esto es, que las primeras experiencias de su vida dejarán una huella indeleble en ellos, los marcarán para siempre. Lo anterior no tiene nada de particular: si incluso vivencias que sufre un sujeto adulto pueden dejarle secuelas importantes (buenas o malas), parece indesmentible que en un niño esto se dará con bastante mayor intensidad.

Todo esto justifica por qué la familia y el matrimonio no pueden ser considerados un simple contrato, dependiente de manera total de la voluntad de las partes. De ahí que el tradicional derecho de familia sea considerado de orden público, como se ha dicho, lo cual conlleva que existe libertad para darle origen, no así para modificar sus efectos. Por eso parece correcto estimar que el matrimonio y la familia (que vienen a ser una misma cosa, al ser el primero el origen de la segunda) son una "institución", porque van más allá de la mera aglutinación de sujetos, y tienen un fin que supera a las partes y que no puede conseguirse por separado. Es esto lo que justifica sobradamente que este objetivo superior sobrepase el interés y capricho de cada una de las partes que la integran.

Por igual motivo, lo anterior demuestra que en el fondo siga existiendo un concepto de familia implícito, aunque se diga lo contrario: para el derecho de familia tradicional (es de sobra conocido), es la pareja monógama heterosexual unida por el matrimonio indisoluble, con o sin hijos; para el nuevo derecho de familia, sería la unión de dos personas, en principio de distinto sexo, mientras quieran seguir juntas, y concibiendo al hijo en algu-

nos casos como una especie de complemento, apéndice o parte de su calidad de vida. Con todo, lo importante es que aun así sigue existiendo cierta noción de “familia”, porque en caso contrario no sólo podría ser “familia” cualquier cosa (hogares unipersonales, uniones homosexuales, poligamias, agrupaciones promiscuas, uniones entre seres humanos y animales, etc.), sino además no habría nada que “proteger”, si se recuerda lo que dice nuestra Constitución.⁹

7. ¿Cumple la ley de divorcio con estas finalidades?

Por tanto, forzoso es concluir que los niños necesitan de un ambiente mínimamente adecuado, lo que a su vez requiere estabilidad. En efecto, poco o nada se podría hacer si los propios padres no tuvieran una mínima seguridad de que seguirán juntos. El educar es un proceso de día a día, de año a año, y necesita –cuando no exige–, como se ha dicho, dar ciertas cosas por descontadas. Y esto parece lógico, porque tal como ocurre con una inversión, nadie arriesga si no tiene ciertas garantías, o si se prefiere, requiere estar asentado sobre una base mínimamente sólida. De ahí que no parezca adecuado minar o debilitar este ambiente, introduciendo elementos de inestabilidad.

Es esto precisamente lo que ocurre con la dictación de una ley de divorcio, aun cuando se diga por sus defensores que ella “protege a la familia”. En realidad, el resultado no puede sino ser el contrario, como por lo demás demuestran todas y cada una de las estadísticas de los países en que se ha introducido una ley de este tipo. Hoy contamos con la ventaja de que es posible ver los efectos del divorcio –luego de treinta años de aplicación–, motivo por el cual la discusión ha dejado de darse sólo en un plano meramente teórico.

En realidad, hoy es posible constatar lo que podrían llamarse las “promesas incumplidas del divorcio”, esto es, las pruebas irrefutables –fácticas– de que las proyecciones que se hacían hace 30 años han resultado del todo erradas, cuando no abiertamente falsas. En efecto, hace tres décadas se decía que el divorcio tendría un carácter excepcional, al pretender sólo dar solución a aquellos casos “imposibles”; que los atajos judiciales impe-

⁹ “Una aplicación coherente de este criterio [la inexistencia de un concepto de «familia»] debería llevar a pensar que serían «familias» protegidas constitucionalmente, además de las familias matrimoniales, las madres solteras y sus hijos, las uniones de hecho, las convivencias adulterinas, las convivencias polígamas, las convivencias incestuosas, las parejas homosexuales tanto de varones como de mujeres, etc., cualquier grupo humano que pudiera reivindicar un carácter familiar de tipo fáctico” (CORRAL, *Derecho y familia...*, cit., p. 30. Con palabras muy similares, también en *ibid*, pp. 48-51).

dirían el abuso, de tal manera que el divorcio no quedaría nunca entregado a la voluntad de uno de los cónyuges, evitándose así los abusos; y por último, que el matrimonio no se vería afectado como institución con el divorcio. Como puede verse, nada de esto se ha cumplido.¹⁰

Ahora bien, ¿por qué se insiste tanto en que una ley de divorcio trae inestabilidad a la familia? Para intentar responder a lo anterior, hay que tener en cuenta todo lo dicho hasta aquí: la auténtica necesidad de la familia como institución natural, en vista al fin que persigue.

La razón es bastante simple. Como se sabe, la ley contempla tres grupos de causales para invocar el divorcio: causales específicas (que implican una actitud inadecuada por una de las partes), mutuo acuerdo y voluntad unilateral. A primera vista pareciera que las causales específicas fueran de toda lógica. En realidad, lo son: algún incumplimiento grave de las obligaciones propias del matrimonio, que hacen que en ciertos casos continuar con las cosas como están sea perjudicial también para los hijos. El problema, por desgracia, es otro: en el fondo, radica en que la persona culpable puede volver a casarse, e incluso cuantas veces quiera. Tal vez es éste el quid de la cuestión. En efecto, nada indica que necesariamente el cónyuge culpable no vaya a tener nuevamente la misma actitud con una nueva pareja, o incurra en otra causal de este tipo. Habría que preguntarse, por tanto, si el sujeto está en reales condiciones de asumir esa responsabilidad, dada la trascendencia de bien común de fundar una familia.

De hecho, el problema es más grave todavía, porque es posible que el sujeto que no quiera seguir con su matrimonio cree él mismo la causal. Es decir, podría, por ejemplo, cometer adulterio o golpear a su pareja o hijos. Así las cosas, o el cónyuge inocente pedirá el divorcio, al hacerse la situación insostenible (con lo cual le estaría siguiendo el juego al que quiere el divorcio), o incluso puede darse la aberración de que el mismo cónyuge que ha creado la causal lo pida, con lo que se estaría aprovechando de su propio dolo.

Se insiste en que el problema radica en que si el sujeto puede casarse y descasarse cuantas veces quiera, todas las buenas intenciones que existen al contemplar estas causales caen por tierra, porque muy bien podría darse un auténtico abuso del derecho. No se puede ser tan ingenuo como para pensar que esto no pasará, que los sujetos serán siempre absolutamente responsables y que no se dejarán llevar por sus impulsos; por eso, parece poco serio que la ley le entregue sin más a los ciudadanos la posibi-

¹⁰ Cfr. CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., pp. 37-92.

lidad de torcer su auténtico sentido, de hacer un uso abusivo del derecho. Si en tantas otras materias la ley busca los mecanismos para evitar ser violada o deformada –como en materia de impuestos, por ejemplo–, no se ve por qué aquí ha de haber un criterio diferente. En consecuencia, buena parte de este posible abuso se eliminaría, se insiste, si al sujeto culpable se le sancionara de alguna manera, como por ejemplo, impidiéndole casarse nuevamente.

Esta sanción, consistente en la imposibilidad de volver a contraer matrimonio, permitiría, en verdad, solucionar las crisis matrimoniales, tanto la que da origen al divorcio, como eventuales crisis futuras. Ahora, si existen reparos ante esta posibilidad, ello demuestra que el verdadero fin u objetivo de una ley de divorcio no es, como suele decirse, “solucionar las crisis matrimoniales” (puesto que en realidad las crea), sino permitir a cualquiera de las partes deshacer el anterior vínculo y quedar libre para una nueva unión. Este punto debiera quedar bien en claro, porque, se insiste, la verdadera solución a las crisis debiera apuntar en el primer sentido y no en el segundo.

Evidentemente, si seguimos enfocando el problema desde una óptica absoluta y totalmente individualista, propia del nuevo “derecho de familia”, la solución anterior parece imposible e ilegítima. Mas, si volvemos a tomar en cuenta la importancia y misión de la familia, el para qué de su existencia, se verá que la actitud de quien cae en las causales (y con mayor razón de quien las crea) traspasa con mucho la esfera meramente privada o personal del sujeto, porque afecta a otros directamente, y en términos más generales, al bien común. De hecho, existen varios casos en que por razones de bien común la legislación positiva impone graves restricciones a la autonomía de la voluntad de los sujetos, y dichas limitaciones no sólo son absolutamente justas, sino además nadie sería tan temerario como para abogar por su derogación, como se verá dentro de poco. Pero tal como ocurre en estos casos, dichas limitaciones, al igual que las que podrían existir en materia de divorcio, sólo se entienden dejando de lado la perspectiva individualista a la que venimos aludiendo.

El segundo grupo de causales obedece al mutuo acuerdo. En principio, esta posibilidad es más difícil de impugnar. Lo anterior, en virtud de que buena parte de la doctrina considera al matrimonio como un contrato más, similar a cualquiera del ámbito patrimonial. Sin embargo, si nuevamente se recuerda el origen y fin de la familia como realidad natural del hombre, se percibe que, al menos si hay hijos, se trata de una situación que ya ha escapado al absoluto control o voluntad de los participantes, por ser, en realidad, una institución.

Lo anterior no tiene nada de raro o especial. En estricto rigor, la vida misma está plagada de situaciones en que literalmente no es posible volver atrás, en que las consecuencias de nuestras acciones son irreversibles (la comisión de un delito, la adquisición de un conocimiento, las experiencias de la vida en general, etc.). Y la llegada de los hijos no debiera ser la excepción, al contrario. Tal vez en virtud de su misma irreversibilidad, se explique el motivo por el cual la demografía haya disminuido drásticamente en varios países desarrollados, como se ha mencionado, porque por mucha autonomía privada que se desee, ocurre que los hijos “sí son para siempre”, esto es, no es posible hacerlos desaparecer, tal como se hace con un matrimonio mediante la invocación del divorcio.

Por tanto, nuevamente hemos salido del ámbito exclusivamente privado de los cónyuges, al menos si hay hijos. Precisamente para eso se contrajo matrimonio, sabiendo a lo que se iba. En caso contrario, ¿para qué casarse? Si no se quiere tener hijos, y además contar con la posibilidad de deshacer la relación cuando y como se quiera, no se ve por qué hay que deformar al matrimonio para adaptarse a dichos deseos, dada su naturaleza y fin. Mejor convivir, simplemente. Es algo parecido a lo que se le podría decir a quien pretende, por ejemplo, obtener un título universitario, pero sin estar dispuesto a cumplir los requisitos para ello: si quiere obtener ese fin, debe ser él quien se adapte a las exigencias requeridas, no deformar la institución para hacerla calzar con su capricho. Y esto no es arbitrariedad, sino simple lógica.

El mismo problema –concebir al matrimonio como una institución de orden público y no como un simple contrato– podría plantearse no desde la perspectiva de los cónyuges, como suele hacerse siempre, sino desde la del hijo. Como ha escrito un insigne historiador nuestro: “Los hijos, para educarse, necesitan no sólo el amor de los padres, sino la estabilidad y seguridad de saberlos cercanos y disponibles, y no cada uno por su cuenta, sino juntos. La ruina del hogar familiar, del micromundo en que ha nacido y crecido, es para el niño o muchacho un perjuicio terrible y objetivo. Repercute grave y cruelmente sobre su formación humana e intelectual. Y si percibe –según suele ocurrir– que ha sido sacrificado deliberadamente para «rehacer la vida» de uno de los padres o de ambos; si se da cuenta que éstos han preferido su «segunda oportunidad» a la «única oportunidad» del hijo... entonces el sentimiento va más allá, es de traición y abandono. Sentimiento a veces injusto, sin duda, pero inevitable”.¹¹

Por último, está el caso más grave de todos: aquel en el cual el divorcio puede solicitarlo sólo uno de los cónyuges, por voluntad unilateral, aun si

¹¹ VIAL CORREA, GONZALO, “Educación básica y media, catástrofe nacional (III): sin la familia, nada”, en *La Segunda*, Santiago, martes 12 de agosto de 2003.

el otro se opone, y en definitiva, sin importar en qué situación queden éste y la prole. Sólo basta con abandonar el hogar común y dejar pasar cierto tiempo.

Con razón ha sido llamado "divorcio repudio", porque implica, literalmente, el repudio, el desechamiento de uno de los cónyuges por el otro, que de esta forma casi es arrojado a la basura. Este es, se insiste, el caso más grave, porque en realidad significa quitarle cualquier viso de seriedad y compromiso a la institución matrimonial. Equivale a una verdadera espada de Damocles, a una auténtica condición resolutoria que amenaza permanentemente la supervivencia del matrimonio, esgrimible por cualquiera de los cónyuges contra el otro, sin expresión de causa e incluso utilizable dolosamente. Es más, se llega al absurdo de que un matrimonio perfecta y válidamente constituido puede ser, a propósito, echado a pique por la voluntad arbitraria de alguno de los esposos, sin que el otro pueda hacer absolutamente nada para impedirlo. Por eso, esta causal implica –se insiste– quitarle toda seriedad a la institución matrimonial.

Está claro que la posibilidad del fracaso es una realidad, y la ley debe regular la situación resultante. Mas no parece prudente que por darle una oportunidad a los que fracasen en su matrimonio (suponiendo que sea de buena fe), se pongan en peligro todos y cada uno de los matrimonios existentes mediante esta causal de divorcio (y en realidad, por cualquiera, incluido el mutuo acuerdo o las "causales objetivas"). Es como si para evitar que algún alumno repitiera de curso, no se tomaran exámenes.

En el fondo, el divorcio repudio permite "la paradoja de casarse sin casarse",¹² lo que no es más que "la autorización a cualquiera de los cónyuges para desahuciar el vínculo matrimonial".¹³ De este modo, el divorcio se convierte en "un desahucio unilateral del compromiso matrimonial, desahucio que procede como derecho absoluto, aun de mala fe e incluso aprovechándose del propio dolo. Este es el divorcio real y sobre él debemos debatir. [...] Resulta entonces que el divorcio no es una fórmula excepcional para dar salida a uniones matrimoniales rotas, sino una forma maquiellada para sustituir el modelo de matrimonio que se reconoce social y jurídicamente".¹⁴

Por eso parece difícil que pueda sostenerse que exista una auténtica igualdad de las partes ante la ley, porque en este caso la ley sólo protege a quien quiere el divorcio, y no presta ningún tipo de auxilio a quien preten-

¹² CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 161.

¹³ *Ibidem*, p. 164.

¹⁴ *Ibidem*.

de salvar su matrimonio, ni menos aún toma en cuenta a los hijos. En realidad, están en la más completa indefensión. De ahí que el llamado juicio de divorcio, de "juicio" tenga bien poco, porque en toda contienda existe la posibilidad cierta de que gane o pierda cualquiera de las partes; mas aquí, en realidad, se juega a ganador: el que quiere el divorcio tiene todas las de ganar, y ni el mediador, ni el juez, ni la ley, pueden impedirle conseguir su objetivo.

8. Algunas consideraciones acerca de nuestra situación actual

En estrecha vinculación con este carácter de mero trámite que presenta el "juicio" de divorcio, es conveniente aludir, que sea brevemente, al actual problema de las nulidades matrimoniales por motivo de incompetencia del Oficial del Registro Civil. Precisamente esta situación, de suyo escandalosa, ha sido uno de los argumentos mejor esgrimidos por los partidarios del divorcio para instaurarlo: terminar con el fraude y la burla a la ley. Con todo, se olvida un detalle de no poca importancia: éste consiste en que siendo un fraude, la nulidad matrimonial requiere por lo mismo del acuerdo de ambas partes; en esto se parece al divorcio por mutuo consentimiento. Mas la semejanza sólo llega hasta aquí, porque dicho acuerdo debe mantenerse durante *todo* el proceso, a fin de que llegue a buen término. Y aquí está la gran diferencia con el divorcio (por cualquiera de sus causas), y en definitiva la razón por la cual es preferible incluso esta situación antes que aquél: el motivo de tan sorprendente conclusión es que como se trata de un fraude, constituye una estupenda arma para la parte más débil –por lo general la mujer–, quien al menos podrá asegurarse, dentro de lo posible, algún tipo de "indemnización" por parte del cónyuge que quiere la nulidad. Es decir, le permite negociar y quedarse con algo, en vez de depender de teóricas (y en la práctica bastante poco efectivas) pensiones alimenticias, en las cuales el proyecto de ley de divorcio pone buena parte de sus esperanzas. En verdad, una información completa a este respecto debiera dar cuenta de las enormes dificultades que significa conseguir una pensión alimenticia y las estadísticas desoladoras en cuanto a su eficacia como modo de mantener a la antigua familia. Mas, por desgracia, pareciera que se acude a la figura de la pensión casi como a una varita mágica que solucionará todos los problemas.

Nada de esto ocurre con una ley de divorcio, ni aún si éste ha tenido su origen en el mutuo consentimiento. En efecto, como en definitiva se trata de un derecho, de una facultad o prerrogativa (la de pedir el divorcio, motivo por el cual es una potestad imprescriptible e irrenunciable, de acuerdo a la ley), si en el camino una de las partes se arrepiente, no puede hacer

nada por impedir el desenlace; en cambio, con el sistema de nulidades, tiene esa arma hasta el final.

Ahora, en íntima relación con esto, debe recordarse que de acuerdo a varios estudios realizados sobre todo en Estados Unidos, se ha descubierto que el divorcio trae una espiral de pobreza. Esto es evidente, porque como por regla muy general es la mujer la que queda a cargo de los hijos, casi sin excepción se verá en la absoluta necesidad de trabajar para lograr el sustento, ya sea porque lisa y llanamente no fue posible conseguir una pensión alimenticia, o porque ésta es abiertamente insuficiente. Además, sabido es que por regla general las mujeres ganan menos que los hombres. En consecuencia, el grupo familiar resultante bajará de manera ostensible su nivel de vida, y por consiguiente, es bastante común que también ello incida en la educación que recibirán los hijos. De esta manera, en muchos casos se entra en un auténtico círculo de pobreza, sin contar con las secuelas de todo tipo que sufren los hijos con motivo de la separación de sus padres, como igualmente muestran la psicología y las estadísticas.

Con todo, también por parte del antiguo marido se presenta en muchos casos esta espiral de pobreza, y nuevamente la razón es muy simple: porque en caso de que se le logre cobrar una pensión alimenticia, tendrá en el fondo que mantener dos hogares, o al menos, uno y medio: el anterior y el que forme a posteriori. En realidad, el que sale ganando es el marido que no formaliza una nueva relación, esto es, el que por así decirlo vuelve a una vida de soltero. En muchos casos, acaba mejorando sustancialmente su nivel de vida, aun cuando ello ocurra usualmente pasados algunos años desde el divorcio.

En consecuencia, viendo los efectos que produce una ley de divorcio en este y otros ámbitos, parece que con todos sus defectos y críticas, aun así es preferible el actual sistema de nulidades a una ley que contemple el divorcio vincular. Y no es cierto que la nulidad esté sólo al alcance de unos pocos, como también se dice, porque hoy por hoy (es cosa de mirar los anuncios de la prensa sobre este tema) las nulidades se consiguen a muy bajo costo. De hecho, por su duración y requisitos, será mucho más caro un juicio de divorcio que uno de nulidad.

9. Una comparación interesante

Ahora bien, tal vez la principal crítica a los argumentos dados hasta aquí radique en la consideración de que el Derecho no tiene legitimidad para incidir tan profundamente en aspectos tan importantes para el sujeto. En

el fondo, es el espíritu que subyace al nuevo "derecho de familia". Con todo, si se analizan otros sectores de la realidad jurídica, se verá de inmediato que la anterior consideración no sólo es falsa, sino que su omisión resultaría, además de injusta, perjudicial.

En íntima relación con lo anterior, también suele escucharse que la autoridad pública no puede inmiscuirse en la vida privada de las personas; sin embargo, existen muchos aspectos de la vida privada de los ciudadanos en que la autoridad no sólo ha tenido injerencia, sino que además se ha inmiscuido de manera notable. Piénsese, por ejemplo, en las políticas demográficas, que propugnan el uso de anticonceptivos de todo tipo, o la reciente campaña de esterilización, políticas todas que inciden directamente en la vida sexual de la población. O si se prefiere, lo mismo podría decirse respecto de las campañas contra el tabaco, las drogas o el alcohol.

En realidad, no es raro que el derecho limite la autonomía de la voluntad en algunos casos, en atención a intereses de orden superior, a motivos de bien común, como por ejemplo, en el evento de un encarcelamiento o, para no ser tan drásticos, de una expropiación por causa de utilidad pública. Ahora bien, de manera más cercana al tema que venimos tratando, un ámbito del ordenamiento jurídico en que la autonomía privada se ve fuertemente restringida lo constituye el derecho laboral.

Como se sabe, el derecho laboral es el conjunto de normas que regula, entre otras cosas, el contrato de trabajo, siendo su función proteger a la parte débil de la relación laboral. Esta es la razón por la cual sus normas son, por regla general, de orden público –lo que impide renunciarlas por anticipado–, estableciendo además fuertes restricciones a la autonomía privada. El motivo de tan peculiar estructura radica, en el fondo, en razones de justicia y de estabilidad social.

Pues bien, resulta que es posible, manteniendo las distancias y siendo consciente de sus grandes diferencias, trasladar muchos de los razonamientos del legislador laboral al derecho de familia. En efecto, si tenemos en cuenta lo dicho hasta aquí, también podría hablarse de una parte "débil" en el derecho de familia: la mujer y sobre todo los hijos. En el caso de estos últimos, su posición de desventaja resulta tan manifiesta que no merece mayor comentario; en el caso de la mujer, y aun con todo el loable retroceso del machismo de los últimos años, hay que reconocer que puesto que aún no existe un trato igualitario para ambos sexos (precisamente en materia laboral), subsiste una no despreciable desventaja. Con todo, esta desventaja es secundaria: la "verdadera" razón por la cual la mujer puede considerarse, para los fines de este ejemplo como la parte "débil" del dere-

cho de familia, es fundamentalmente biológica: porque es ella la que por naturaleza debe formar a los hijos en su vientre, y tiene un papel insustituible en su crianza y educación. Es decir, por mucho que se abogue –y sea justo hacerlo– por la igualdad de derechos, al momento de enfrentarse con la realidad, éste es un hecho indesmentible. Y se quiera o no, desde el punto de vista económico sobre todo, es una “debilidad”, porque la mujer y los hijos están más necesitados de ayuda y a su vez se encuentran disminuidos en su posibilidad de procurarse recursos por su propia cuenta.

Por eso, si se mira con atención, y se sustituye al “trabajador” por “la mujer y los hijos”, y al “empleador” por “el marido”, se pueden observar coincidencias realmente notables entre ambas ramas del derecho. Veamos.

Se dice que el derecho laboral surgió como una reacción ante un liberalismo exacerbado heredado de la Revolución Francesa, que enfrentaba a la burguesía capitalista y poderosa contra el trabajador asalariado y pobre.¹⁵ Dicha situación tenía su origen en un principio falso: el de la igualdad entre las partes, que les permitía, en teoría, contratar libremente y en paridad de condiciones. Como evidentemente las cosas no eran así, poco a poco se fue tomando conciencia “de la necesidad de contar con una legislación especial de carácter social, protectora del débil económicamente en

¹⁵ Como dice, por ejemplo, un conocido manual de derecho del trabajo: “Sólo el capitalista encuentra en este medio las posibilidades de una ilimitada expansión, pues dentro del individualismo jurídico que legitima todas sus maniobras, sus poderes no conocen ya obstáculo alguno. Los burgueses enriquecidos –ha escrito Ripert– no tenían necesidad de otra cosa para instaurar el régimen capitalista. El poder económico no pide nada al poder legislativo, sino la libertad. El capitalismo asegura su predominio por el contrato, no por la ley” (HUMERES NORQUER, HÉCTOR, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Decimosexta edición actualizada al 31 de julio de 2000, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 22. Cita a LAGOS M., GUSTAVO, *El problema histórico del trabajo*, sin página ni datos de edición). Y agrega un poco más adelante: “El mismo autor señala que tres son los elementos que integran la fisonomía histórica de la civilización capitalista en la fase más típica y peculiar de su esplendor, en los siglos XIX y XX, cuando la actividad económica logra una hegemonía total en la visión burguesa del mundo y de la vida; ellos son: espíritu burgués en el plano cultural; fecundidad del dinero, en el plano económico, e individualismo, en el plano jurídico. Así, dice que el burgués integral no tiene conciencia del destino humano; que actúa movido por un deseo sin límites de dinero y que la economía se organiza teniendo en vista la producción indefinida y no el consumo y la necesidad humana. Agrega que el trabajo ha perdido el sentido espiritual que le daba la antigua civilización económica, ya que en el nuevo régimen la máquina pasa a tener el sitio principal dentro de una concepción cuantitativa de lo económico, puesto que es ella la que proporciona un mayor rendimiento y la que representa una suma mayor de capital. Señala, asimismo, que las consecuencias de la nueva economía deshumanizada, regida por la libre concurrencia, resulta desastrosa para los obreros; que en virtud de una compleja causalidad se produce una adaptación constante del mercado de la mano de obra a las necesidades del capitalismo, que permite contar con un ejército de desocupados siempre prontos a contratarse a bajos salarios” (*ibid.*, pp. 22-23). Para esta materia, cfr. *ibid.*, pp. 13-16, 21-27 y 30-31 y 52-53, especialmente. A conclusiones parecidas llega también GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial jurídica Conosur Ltda., 1998, pp. 9-29, 101-105 y 127-157.

el contrato de trabajo, para permitirle contratar, si no en un plano de igualdad con el patrón, a lo menos en condiciones más humanas y favorables que las que imperaban hasta ese entonces".¹⁶

En el fondo, la "cuestión social" fue adquiriendo visos tan preocupantes, que los viejos dogmas del derecho civil (al menos en lo que se refiere a los contratos patrimoniales) fueron dejados de lado. Surgió así una legislación de orden público que limita la autonomía privada, e incluso organismos que intervienen directamente en la relación laboral; en suma, un derecho interventor y además tuitivo. Es decir, dada la ineludible dimensión moral del problema y con vistas a una mejor convivencia del todo social, se hizo del todo justa y necesaria una acción directa del Estado.

Ahora bien, como se ha adelantado, prácticamente todo lo dicho a este respecto es aplicable, conservando las diferencias de cada materia, a propósito del derecho de familia. En efecto, el nuevo derecho de familia pareciera partir de la misma premisa que diera origen a los abusos del liberalismo que motivaron el nacimiento del derecho laboral: la igualdad absoluta entre todos los que constituyen una familia, de tal modo que cada uno vela por sus propios intereses individuales, en teoría en paridad de condiciones con los demás, por lo que la autonomía privada se encuentra a sus anchas. En realidad, un poco de sentido común demuestra que existen razones incluso más poderosas que las del derecho laboral para establecer fuertes limitaciones a la autonomía privada en el derecho de familia, básicamente por similares motivos: porque no todos están en igualdad de condiciones, porque es posible un grave abuso a este respecto, y sobre todo, por razones de bien común, del interés público comprometido.

Ahora, en principio, como se ha dicho, nadie sería tan osado como para considerar injusta esta intervención estatal en materia laboral, porque se perciben muy claramente los peligros que ello traería. Mas, curiosamente, en lo que se refiere al derecho de familia, al parecer muchos no están dispuestos a hacer el mismo razonamiento.

Por otro lado, tal como el trabajador no puede ser considerado una mera mercancía, puesto que no es posible separar el trabajo de su persona¹⁷, lo

¹⁶ HUMERES, cit., p. 27.

¹⁷ "La especificidad del derecho del trabajo radica en que, mientras los demás contratos dicen relación con el haber de las partes, el contrato de trabajo dice relación con el ser del trabajador [...] Para el derecho, el trabajador no ofrece su cuerpo, sino su profesionalidad, ya que en las relaciones jurídicas la persona sólo puede ser sujeto y no objeto de derecho. En el caso del trabajador, éste se obliga respecto de un empleador en cuanto sujeto de una obligación correlativa al derecho de la contraparte. Esta capacidad de ser «sujeto de deberes» preserva a la persona de la degradación de ser objeto de derecho" (GAMONAL, cit., p. 14).

mismo podría decirse respecto del derecho de familia, en que no es posible separar a las personas de los cónyuges y de los hijos del papel que cumplen en el grupo familiar. Es decir, no es casualidad que el matrimonio no se limite a ciertas “prestaciones” patrimoniales o extrapatrimoniales (fidelidad, mantención económica, etc.), puesto que su objeto, aquello sobre lo cual recae, no son simples comportamientos de los sujetos, ciertas obligaciones de hacer o no hacer: lo que se da no es una simple “cosa”, sino que son los propios contrayentes, que se “dan” el uno al otro.¹⁸

En suma, tal como existe un orden público laboral, que hace que sea de toda justicia que el interés social prime por sobre el individual, lo mismo podría decirse respecto de la familia: también existe un “orden público familiar”. Ahora, parece evidente que para una sociedad en su conjunto, tiene o debiera tener mayor importancia la institución familiar que la estabilidad laboral (entre otras cosas, porque buena parte de la protección en materia laboral existe precisamente porque de ella depende el sustento de una familia). Ahora, si nadie duda respecto de la justicia de la intervención estatal y los límites a la autonomía privada en este ámbito (podrá discutirse sobre su extensión, mas en principio no sobre su existencia), lo mismo debiera ocurrir, y con mayor razón, respecto del derecho de familia.

Por eso, no es casualidad que buena parte de la inspiración del llamado “nuevo derecho de familia” tenga también su génesis en la Revolución Francesa, y que ya en su época se hayan planteado varias leyes similares a las que están en boga hoy.¹⁹

¹⁸ “A nuestro juicio, hay todavía una razón más profunda que imposibilita concebir al vínculo matrimonial como una relación meramente contractual, y ella reside en la naturaleza del consentimiento necesario para concluir cualquier otro contrato. Cuando se manifiesta la voluntad de obligarse por medio de un contrato, las partes asumen el compromiso de comprometer bienes o servicios de los que esperan disponer. «Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer», dice el art. 1460 del Código Civil. Pues bien, cuando una persona consiente en casarse con otra, no está entregando u obligándose a dar, hacer o no hacer algo, está entregándose ella misma a su esposo o esposa para conformar una unidad afectiva y jurídica. El consentimiento matrimonial expresa la voluntad no de «dar», sino de «darse» a otra persona como cónyuge para la realización de una obra común: la fundación de una familia. Es esta radicabilidad de la entrega, que afecta la completa personalidad del consorte, la que manifiesta la singularidad del acuerdo matrimonial. Dos individuos que se dan en su masculinidad y femineidad personal para instaurar una «común-unidad.» (CORRAL, *Familia y Derecho...*, cit., p. 79.)

¹⁹ “No parece fortuita la causalidad. Los legisladores de la Revolución fueron coherentes con sus principios ideológicos. Querían imponer el individualismo racionalista, hacer primar la libertad y la igualdad de individuos autónomos que sólo se asocian por su mutua conveniencia e interés. [...] Si hoy vemos que se nos inunda con propuestas concretas tan coincidentes, ¿no será que en el fondo estamos en presencia de la misma concepción ideológica y, por lo tanto, frente a los mismos peligros y desgracias a las que condujo el ideario revolucionario?” (CORRAL, *Derecho y familia...*, cit., p. 74). Y agrega: “La concepción contractualista tendría un debilitamiento pasados los aires revolucionarios, al comprenderse que el matrimonio no podía ser considerado como un mero hecho privado y que, a la inversa, la familia resulta ser un elemento fundamental de la paz social y la estabilidad política. De allí que, si bien se mantuvo el acceso consensual al matri-

Más aún: si se mira con atención, se da la paradoja que con este nuevo derecho de familia se pretende llegar a una situación muy similar a la propugnada por el viejo liberalismo: aquella según la cual si cada uno busca la propia felicidad, una “mano invisible”, siguiendo la famosa alegoría de Adam Smith, logrará la felicidad de todos. Aquí ocurre otro tanto: se considera que si cada uno lucha por su propia felicidad en materia sexual, se cambia el concepto de “familia” y su protección jurídica, se conseguirá la felicidad general por la mera suma de las felicidades subjetivas de cada uno. Por eso más arriba hablabamos de un auténtico “liberalismo salvaje” a este respecto.

10. Algunas conclusiones

Nunca se insistirá de manera suficiente cómo la introducción de una ley de divorcio no constituye un mero “adorno” de la institución matrimonial, sino que muy por el contrario, es su verdadera tumba. En efecto, permitir que un matrimonio perfectamente válido, contraído consciente y responsablemente, que además es una institución de orden público, en que por lo general hay hijos comprometidos, pueda ser literalmente destruido por una de las partes, sin que pueda impedírsele nadie, como si se tratara del más liberal y privado de los contratos, es quitarle al matrimonio todo peso. Además, no existe ninguna garantía de que quien repudie a su cónyuge y pida el divorcio para volver a casarse, no haga lo mismo nuevamente e incluso varias veces, con el pleno respaldo de la ley y de los tribunales.

No se ve, por tanto, qué seriedad real pueda tener un “compromiso” de estas características, porque no existe una verdadera voluntad de obligarse. El matrimonio termina siendo en el fondo un simple experimento. En efecto, así las cosas, nada podrá impedir que cualquiera de los cónyuges eche por la borda, incluso intencionalmente, su matrimonio, al “aburrirse” de su pareja o al “encontrar” (tantas veces intencionalmente) a otra persona –siempre más joven, por supuesto–, alegando, como se dice usualmente, que “se acabó el amor” y que el sujeto tiene, por supuesto, el “derecho a rehacer su vida” (las veces que quiera, claro, y sin importar las vidas que deshaga en el camino).

Incluso no es aventurado sostener que el divorcio promueve además de la infidelidad (“si pruebo con otra persona y me gusta, deshago mi matrimo-

monio, se concibió una férrea disciplina jurídica sobre el régimen de bienes, la autoridad del marido, las relaciones paterno-filiales, a la vez que se protegió la estabilidad del vínculo, suprimiendo la facultad de ponerle término por la voluntad de los contrayentes o desalentando jurídicamente esa posibilidad. [...] El vínculo matrimonial deja de ser una relación contractual para adquirir los caracteres de una extendida red de prerrogativas, facultades, potestades, cargas y deberes, que conforman una propia institución de derecho público.” (*ibid.*, pp. 75-76).

nio y me caso de nuevo”), una notable inestabilidad conyugal (“o haces lo que quiero, o me separo”). En efecto, si el matrimonio puede ser desahuciado por cualquiera de las partes sin expresión de causa, esta posibilidad se usará como arma para presionar al otro cónyuge, en particular al débil, para que acate los deseos de la parte fuerte, que, no obstante, podrá siempre dejar sin efecto el matrimonio. De ahí que pueda sostenerse con bastante fundamento que el divorcio, más que solucionar las crisis matrimoniales, tiende en definitiva a crearlas, al introducir un factor de permanente inestabilidad al interior del matrimonio. El divorcio es la vía más fácil para abandonar el barco cuando las cosas andan mal. Por el contrario, en caso de no existir esta posibilidad, y ser el matrimonio algo realmente serio y para toda la vida, los sujetos buscarán sinceramente el modo de salir del atolladero, puesto que, como dice el refrán, “la necesidad crea el órgano”.

En consecuencia, por cualquier ángulo que se contemple el divorcio, es posible a su respecto decirlo todo, salvo que ayuda a la estabilidad de la familia. Al revés, siendo una salida tan fácil al compromiso, y no habiendo poder capaz de detenerlo, sabiéndose ganador, cualquiera de los cónyuges podrá esgrimir la posibilidad de invocar el divorcio contra el otro, por cualquier motivo, lo cual no puede menos que minar la situación general de confianza que requiere y exige la institución matrimonial. Aquí podría usarse el dicho según el cual “la ocasión hace al ladrón”. Se insiste que el problema en buena medida radica en que el sujeto que pide o incluso crea o fabrica el divorcio, no paga ningún costo, porque mal que mal, está ejerciendo un derecho. De esta manera, le “duele” menos, y como si fuera poco, puede volver a ejercer dicha facultad cuantas veces quiera.²⁰

Tal vez por eso, por ser una situación abiertamente injusta (porque “el que la hace, no la paga”, precisamente), es que en Estados Unidos en algunos casos gruesas indemnizaciones acompañan al divorcio. De alguna manera, las partes han buscado alguna vía alternativa para compensar al menos la injusticia económica, intentando poner atajo al abuso en esta materia. Con todo, parece también absurdo que uno vaya a casarse y a constituir una familia lleno de resguardos y garantías, erizado de armas y ases bajo la manga, por si acaso uno traiciona al otro o se aprovecha de él. Se olvida que una realidad así puede ser tolerada en un contrato patrimonial, pero parece demasiado para un matrimonio, en que precisamente se va a en-

²⁰ Por eso algunos autores prefieren hablar a este respecto no del “divorcio repudio”, sino del “divorcio premio”: “[E]s el «divorcio premio», premio al infiel, a quien no mantiene la palabra empeñada, a aquel que rehuye sus obligaciones, al que miente, al inmaduro, etc.; quien, pese a causar injustamente todos estos daños, puede volver a intentarlo las veces que quiera, con el beneplácito de la ley y de los tribunales”. (SCALA, JORGE, “Sociología de diez años de divorcio vincular en Argentina”, en *El Derecho*, N° 9318, 20 de agosto de 1997, pp. 4-5).

tregar más que a exigir, y en que –se supone– cada uno es querido por lo que es y es aceptado como tal. Curiosa relación de familia es ésta, se insiste, en que cada uno teme del otro, y en que la desconfianza ha calado en las relaciones más íntimas del propio sujeto: su familia. ¿No habremos deformado demasiado las cosas?

Por dicho motivo, una institución como ésta no puede ser dejada sin efecto por cualquier causa, ni menos por la voluntad unilateral de alguna de las partes. De ahí que no resulte adecuado el argumento según el cual, estando contemplado el divorcio, “el que no quiera divorciarse, que no lo haga”. En efecto, no es lo mismo decir que una conducta se encuentra prohibida –el divorcio–, porque en este caso se la impide siempre y en toda circunstancia, aun queriéndola una o ambas partes, por el carácter eminentemente público de dicha institución, que decir que se tiene una facultad que puede o no ser empleada por el libre arbitrio de una de ellas. O, si se prefiere, no es lo mismo decir que se “prohíbe” matar, a señalar que se “permite” no matar.

En realidad, lo que pareciera ocurrir es que en el fondo el divorcio no es considerado algo verdaderamente malo, a la luz del nuevo derecho de familia, sino simplemente un uso más de la libertad, una manifestación más de la autonomía privada. En efecto, “si el matrimonio es entendido sólo como una asociación voluntaria entre hombre y mujer que se formaliza públicamente, pero que no incide en la autonomía personal de los cónyuges, esto es, si pretendemos que la individualidad de los contrayentes, y su independencia vital, es lo que debe valorarse en el matrimonio, el quiebre voluntario de la relación marital no será más que una forma de desenvolvimiento y desarrollo de ella conforme a sus propios postulados. Los cónyuges harían uso de su libertad y autonomía tanto para unirse entre sí, como también para determinar que esa unión, aunque formalizada, ya no satisface sus aspiraciones individuales”.²¹

De ahí que lo que esté en debate sea mucho más de lo que a primera vista se cree: en el fondo, “la cuestión que late en el debate sobre el divorcio es una de mayor calado que la de regular las rupturas matrimoniales. Se trata, en realidad, de decidir qué tipo de unión entre personas será legitimada y favorecida por la ley como comunidad idónea para fundar una familia”.²² Este es un punto que debe ser recalcado, puesto que “al aceptarse la disolución voluntaria del vínculo, el proyecto ya no persigue, en los hechos –y más allá de las declaraciones de intenciones de sus redactores– el superar los conflictos matrimoniales, sino más bien imponer legal-

²¹ CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit, pp. 145-146.

²² *Ibid.*, p. 165.

mente una nueva concepción del matrimonio bajo la cual las rupturas no son más que un desarrollo normal y previsible de cualquier experiencia de pareja”.²³

Por eso se señalaba anteriormente que es difícil hablar realmente de una igualdad de las partes ante la ley, a propósito del divorcio, porque “entre la intención de uno de los cónyuges en perseverar en el cumplimiento de la promesa esponsal, y la voluntad del otro de no cumplirla, la ley le otorgaría su protección a este último. ¿Por qué?: nuevamente porque el matrimonio habrá mutado en su raíz, y jurídicamente ya no será más que una relación meramente contractual de tracto sucesivo, desahuciable a voluntad”.²⁴ De este modo, el quiebre no sería, pues, algo intrínsecamente “malo”, sino paradójicamente algo positivo, una muestra concreta de la libertad individual del sujeto, motivo por el cual la ley debiera preocuparse, a lo sumo, por aminorar el daño a terceros inocentes, como los hijos.

Por tanto, la cuestión de fondo radica en la concepción de familia, y más profundamente en la antropología que se profese. Una muestra más, como se ha adelantado ya, de lo poderosas que resultan las ideas en la vida del hombre, y en consecuencia, de las “ideas filosóficas” que circulan en el ambiente. El problema, en última instancia, es un problema de concepciones del hombre, de ideales que luchan por ser implantados en el mundo de los hechos. Mal puede decirse, así las cosas, que la filosofía no sirve para nada, como suele escucharse. En realidad es al revés: en las ideas filosóficas se encuentra la raíz de todo lo que nos ocurre hoy, y si se estudian estas ideas, es posible aventurar hacia dónde encaminará sus pasos la humanidad en el futuro próximo. Por eso se ha dicho que la filosofía es “un árbol de frutos tardíos, pero seguros”.

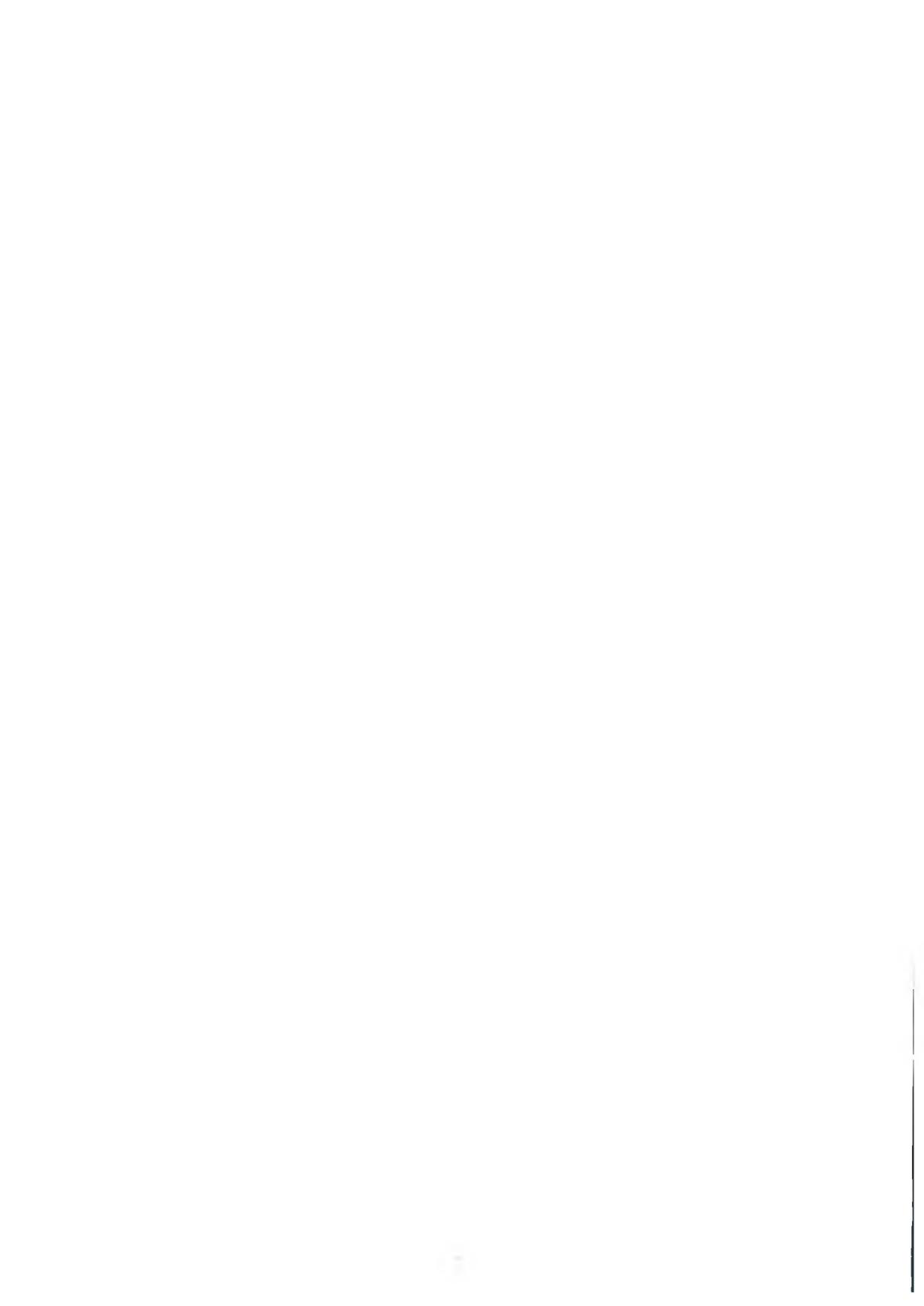
Por lo mismo, tal como no todo uso de la libertad es indiferente, ni cualquier decisión del individuo se convierte en buena o positiva por el mero hecho de haberla querido el hechor, lo mismo podría decirse respecto de la ley. La legislación tiene no sólo un fin de orden social, sino además pedagógico; en cierta manera, establece el mínimo ético para el mantenimiento del todo social, una especie de parámetros mínimos para permitir la coexistencia. Mas, por lo mismo, habría que ser demasiado ingenuos

²³ *Ibid.*, p. 157.

²⁴ *Ibid.*, p. 158. Por eso agrega más adelante: “El «matrimonio convivencia», al subjetivizar y privilegiar la satisfacción de un interés individual, no puede si no autorizar a cualquiera de los cónyuges a ponerle término. Esa decisión no puede atribuirle responsabilidad ni siquiera con los hijos procreados, porque la posibilidad de disolver la unión está implícita en su contenido. De ahí que se revele como irreal establecer «leyes de divorcio» conservadoras, moderadas o prudentes. El divorcio no es una excepción que confirma la regla de estabilidad matrimonial. Es una excepción que quiebra la regla al transformar la inestabilidad en un componente necesario de la vida doméstica” (*ibid.*, p. 166).

para creer que los cambios legislativos no acabarán repercutiendo sobre nosotros mismos, o, si se prefiere, negar la evidente influencia, la auténtica retroalimentación, si así pudiera decirse, que sobre una sociedad en su conjunto ejercen los cambios legislativos que ella sufre. Por eso se decía que no es lo mismo una norma que prohíbe una acción en toda circunstancia, a aquella que sencillamente permite hacerla o no, porque sólo en el primer caso se trata *realmente* de algo "malo", no así en el segundo. Por tanto, si se perciben muy a las claras los efectos negativos del divorcio, no es posible que la ley favorezca el mal, que perjudique a sus destinatarios.

En el fondo, nuevamente hemos llegado a los límites de la condición humana, a una especie de orden ecológico de la persona: márgenes que es posible sobrepasar, por supuesto, pero que conviene respetar, sobre todo en aras a nuestro bien integral y de las generaciones futuras.



Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena

Aldo Monsálvez Müller

Profesor de Derecho Internacional Privado
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La actual Ley de Matrimonio Civil establece como causales de disolución del matrimonio: la muerte natural de uno de los cónyuges, la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente y, excepcionalmente, por la muerte presunta de uno de los cónyuges en los términos establecidos en el artículo 38 de dicha ley.

Por lo visto, el divorcio en Chile no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges.

Sin embargo, pese a no existir en nuestro país el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial, hemos estimado de toda conveniencia referirnos a esta institución jurídica, atendida su importancia tanto teórica como práctica, y por la gran cantidad de demandas de exequátur presentadas ante la Corte Suprema en las que se solicita el cumplimiento en Chile de sentencias dictadas por tribunales extranjeros que declaran disueltos por divorcio vincular matrimonios inscritos en nuestro país y que producen efectos jurídicos en Chile, celebrados entre cónyuges de nacionalidad extranjera, de nacionalidad chilena y de extranjeros con chilenos.

De conformidad con el artículo 245 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia extranjera tendrá en Chile la misma fuerza que si se hubiere dictado por tribunales chilenos, con tal que reúna algunas circunstancias, como: que no contenga nada contrario a las leyes de la República ni se oponga a la jurisdicción nacional.

Hasta hace unas tres décadas, el criterio mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia era que toda sentencia extranjera de disolu-

ción de un matrimonio por divorcio no se podía cumplir en Chile, si uno de los cónyuges o ambos eran chilenos, no sólo porque el matrimonio es indisoluble conforme al artículo 102 del Código Civil, sino, además, porque al chileno se le aplicaba el número 1 del artículo 15 del Código Civil, sujetándolo íntegramente a la ley chilena –su ley patria–, aunque tuviese domicilio o residencia en país extranjero, en todo lo relativo a la constitución, modificación o extinción de su estado civil. El divorcio vincular importa un cambio en el estado civil, por lo tanto, el chileno no ha podido obtenerlo sino que por las causales establecidas en la ley chilena. (nota a sentencia Corte Suprema. R. T. 52 sec. 1., pág. 381. En igual sentido: R. T. 55, sec 1, pág. 221).

Por consiguiente, la aplicación sobre esta materia del artículo 120 del Código Civil: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge”, estaba reservada exclusivamente para matrimonios de extranjeros.

Ello implicaba que la disolución matrimonial por divorcio era reconocida en Chile con todos sus efectos jurídicos excepto que ninguno de los cónyuges podía casarse en Chile mientras viviere el otro, y siempre que el matrimonio disuelto por divorcio se hubiere celebrado en país extranjero. Además, hasta hace algunos años, se estimaba por votos disidentes que tampoco procedía aplicarse este artículo 120 del Código Civil ni siquiera a los extranjeros, ya que la indisolubilidad matrimonial constituye una materia de orden público y la disolución por divorcio contravenía las leyes de la República.

A partir desde mediados de la década de los años 50, la Corte Suprema paulatinamente fue cambiando su criterio interpretativo respecto del alcance del artículo 120 del Código Civil, haciéndolo aplicable, en algunos casos, a matrimonios celebrados en país extranjero por un chileno y disuelto por divorcio.

Aún así, hubo muchos votos disidentes que estimaban el rechazo del cumplimiento de la sentencia extranjera por estimar que a los chilenos se les debía aplicar el artículo 15 N° 1 del Código Civil, por lo que éstos sólo podían extinguir su estado civil de casados conforme a la ley chilena, y al no existir el divorcio como causal de disolución en Chile, consecuencialmente el nacional divorciado no podía casarse nuevamente ni en Chile ni en el extranjero.

El voto de mayoría, estimaba que correspondía aceptar el cumplimiento del fallo, con la salvedad que los ex cónyuges quedaban inhabilitados para casarse en Chile mientras viviere el otro.

La sentencia, en estos términos, no contenía nada contrario a las leyes de Chile, dado que el matrimonio se había celebrado en país extranjero y el divorcio declarado por un juez extranjero, en conformidad a las leyes extranjeras.

El artículo 120 del Código Civil desconoce la disolución de un matrimonio declarada judicialmente en el extranjero, para el solo efecto que los cónyuges puedan casarse otra vez en Chile y, por lo tanto, los cónyuges divorciados en país extranjero están plenamente capacitados para casarse en otro país distinto de Chile, mediante un segundo matrimonio que es válido ante la ley chilena.

Además, la disolución de un matrimonio verificada en el extranjero puede producir en Chile muchos efectos, algunos de orden patrimonial o referentes a la capacidad de los interesados o a la tuición de los hijos menores de edad o a cuestiones hereditarias, porque lo único que nuestra legislación prohíbe a los cónyuges divorciados en el extranjero es casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge.

La sentencia cuyo cumplimiento se persigue no se opone a la jurisdicción nacional, ya que no existe ninguna ley chilena que someta al exclusivo conocimiento y fallo de nuestros tribunales un juicio de divorcio relativo a un matrimonio celebrado ante una autoridad extranjera, seguido entre dos personas domiciliadas en el país en que se entabló el juicio, de las cuales una de ellas es ciudadana del mismo país (Alemania). (R. año 1965. sec 1ª parte 2ª , pág. 482) .

Continuando con esta evolución de la jurisprudencia, encontramos aisladamente un interesante fallo que aparece en la Revista año 1963, sec 1ª parte 2ª, pág. 110, que otorgó el exequátur a una sentencia dictada por un tribunal boliviano dentro de su jurisdicción, que declaró disuelto un matrimonio de **cónyuges chilenos** celebrado en Bolivia, con la salvedad que ninguno podrá contraer matrimonio en Chile, mientras viviere el otro cónyuge.

El fundamento de esta sentencia de la Corte Suprema fue el artículo 120 del Código Civil, al estimar que esta disposición legal sólo determina los efectos que produce en Chile la disolución de un matrimonio declarado en el extranjero que se pretende hacer valer en Chile, **sin atender a la nacio-**

alidad de los contrayentes, lo que había sido necesario expresarlo, puesto que los dos contrayentes o sólo uno de ellos pudo no ser chileno.

La ley no desconoce la validez de la disolución del vínculo matrimonial en el extranjero, sino que expresamente limita los efectos que ella produce en Chile, cual es que ninguno de los cónyuges puede casarse en Chile mientras viviere el otro cónyuge y que lo que la ley impide es que se disuelva en Chile un matrimonio celebrado en el extranjero conforme a las leyes extranjeras, pues sólo puede disolverse con arreglo a las leyes chilenas.

Por consiguiente, el legislador no acepta que la disolución del matrimonio celebrado en país extranjero pueda permitir a los cónyuges contraer matrimonio en Chile; pero ello no significa que la sentencia dictada en país extranjero no pueda hacerse valer en Chile para otros efectos. Además, si una sentencia extranjera de divorcio vincular se cumple en Chile, conforme a lo expuesto, no lesiona la legislación chilena.

En los últimos años hasta el presente, la Corte Suprema, aplicando el artículo 120 del Código Civil con un criterio moderno y que refleja la realidad actual dado que el divorcio es causal de disolución del matrimonio en todos los países del mundo menos en Chile, y con algún voto de prevención, se ha manifestado proclive a conceder el exequátur y dar lugar al cumplimiento en Chile de sentencias extranjeras que disuelven el matrimonio por divorcio, **aun cuando ambos cónyuges sean chilenos y siempre que el matrimonio se hubiere celebrado en país extranjero e inscrito en Chile**, con la ya señalada limitación que ninguno de los cónyuges podrá casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge.

Además, éste es el criterio sustentado por la Fiscalía de la Corte Suprema (Exp. 2911-2003; Exp. 4277-2002; Exp. 3981-2002; Exp. 1038-2002; Exp. 3688-2001; Exp. 2553-1997).

En estas sentencias el voto en contra ha sido del Ministro Sr. Jorge Rodríguez A., quien ha estado por no dar a lugar al exequátur si uno de los cónyuges es chileno, en virtud de los siguientes fundamentos:

1. Que los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil regulan los tramites judiciales que han de cumplirse en Chile para que resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país, según los distintos términos usados por aquellas normas; y por ello lleva consigo, obviamente, que tales resoluciones puedan tener efectos en Chile;

2. Que en el caso de autos se pretende que tenga fuerza, se ejecute, cumpla y pueda tener efectos en Chile una sentencia que declaró el divorcio de un matrimonio que habiendo sido celebrado fuera del país, se inscribió en Chile conforme con lo permitido por el artículo 4 N° 3 de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, para que produjera efectos en nuestro país conforme al artículo 15 inc. 1° de la Ley de Matrimonio Civil;

3. Que el artículo 15 de nuestro Código Civil prescribe que los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, permanecerán sujetos a las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos civiles en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efectos en Chile;

4. Que la Ley de Matrimonio Civil vigente en nuestro país sólo permite que el matrimonio se disuelva por la muerte natural de uno de los cónyuges y por la declaración de nulidad pronunciada en Chile, por autoridad competente, salvo el caso excepcional de muerte presunta de uno de los cónyuges. Según dicha ley el divorcio no disuelve el matrimonio sino que suspende la vida común de los cónyuges;

5. Que el artículo 121 del Código Civil prescribe que el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile sino en conformidad a las leyes chilenas;

6. Que, en consecuencia, no puede admitirse que tenga efectos en Chile la sentencia cuyo exequátur se solicita, porque contraviene las leyes de la República al disolver el matrimonio de chilenos en forma no permitida por nuestra legislación, a la que dichos contrayentes han estado sujetos;

7. Que puede advertirse, a mayor abundamiento, que el artículo 4° de la Ley 4.808 no admite la inscripción en Chile de sentencias de nulidad matrimonial de chilenos dictadas en el extranjero, porque si así fuere, tales sentencias surtirían efectos en Chile si el exequátur correspondiente lo permitiere;

8. Que de lo antes expuesto fluye que el alcance del artículo 120 de nuestro Código Civil no puede incluir el matrimonio de chileno que se disuelva en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, porque tal cónyuge permanece sujeto a la legislación patria, sin poder contraer nuevo matrimonio en Chile y en ninguno otro país, mientras subsista el matrimonio anterior de acuerdo a la legislación nacional. Si no se entendiere así, resultaría que habría tenido efectos en Chile

tanto el matrimonio del chileno contraído con el extranjero como su disolución dictada también el extranjero, con lo cual quedaría hábil para contraer eventualmente nuevo matrimonio en el extranjero y luego obtener que este nuevo matrimonio tuviera efectos en Chile, lo que es opuesto al ordenamiento legal a que están sujetos los chilenos sobre la materia;

9. Que, consecuentemente al no cumplirse en el caso de autos con lo que exige la circunstancia primera del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, no puede hacerse lugar al exequátur solicitado.

Por otra parte y guardando armonía con el ordenamiento jurídico nacional, el Código de Bustamante da supremacía a las leyes nacionales en materia de divorcio vincular, aceptando la potestad de cada Estado para reconocer o no el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, por aplicación de los artículos 53 y 56.

Respecto de sentencias extranjeras sobre divorcio de cónyuges chilenos casados en Chile, la Corte Suprema ha denegado el exequátur por estimar que dichas sentencias se oponen a las leyes chilenas y a la jurisdicción nacional, ya que la disolución del vínculo no puede sino decretarse con arreglo a la ley chilena, por así disponerlo el artículo 15 del Código Civil y los artículos 15, 29 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil, pronunciamiento que corresponde a la judicatura nacional por ser el único órgano jurisdiccional dotado de facultades para ello, en la medida que tiene la real posibilidad de afectar el vínculo que se trata de disolver, en razón del lugar de su celebración, de la nacionalidad de los contrayentes y de la forma de ejecutarlo en Chile.

Creemos que en este caso no existe impedimento legal para que un juez extranjero disuelva por divorcio un matrimonio de chilenos celebrado en Chile, y en tal evento correspondería, también, acceder al cumplimiento en Chile de la sentencia extranjera conforme al artículo 120 del Código Civil y con la salvedad allí señalada.

En cuanto a la **nulidad matrimonial**, si el matrimonio se celebró en Chile, queda sometido íntegramente a la ley chilena sean los cónyuges chilenos o extranjeros, y siempre que la declaración de nulidad sea solicitada a un tribunal chileno (artículo 14 del Código Civil).

Para el caso que el matrimonio también se hubiera celebrado en Chile, pero la nulidad ha sido declarada en país extranjero, tendrá eficacia en Chile si se ha tenido por fundamento legal la infracción de algún requisito

de forma o de fondo exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para la validez del matrimonio, es decir, la causal que motive la nulidad debe estar contemplada en el derecho chileno.

En cambio, si el matrimonio ha sido celebrado en país extranjero e inscrito en Chile, consideramos que la sentencia extranjera que lo declare nulo producirá plenos efectos en Chile, inclusive los cónyuges podrán casarse en nuestro país, si la causal que sirve de fundamento a la declaración de nulidad existe en nuestro ordenamiento legal (artículo 120 del Código Civil).

Al contrario, si la sentencia extranjera se funda en una causal de nulidad matrimonial que no existe en Chile, por ejemplo error en alguna cualidad personal de los cónyuges, pensamos que la Corte Suprema puede conceder el exequátur aplicando en tal caso lo dispuesto en el artículo 120 del Código Civil con la limitación que ninguno de los cónyuges podrá casarse en Chile mientras viviere el otro cónyuge.

En los casos de matrimonios celebrados en país extranjero y cuya nulidad se solicita a un tribunal chileno, un criterio muy minoritario se inclina porque sería suficiente que la causal de nulidad existiese solamente en el país de celebración del matrimonio, cuya ley sería la competente para establecer la validez o nulidad del matrimonio.

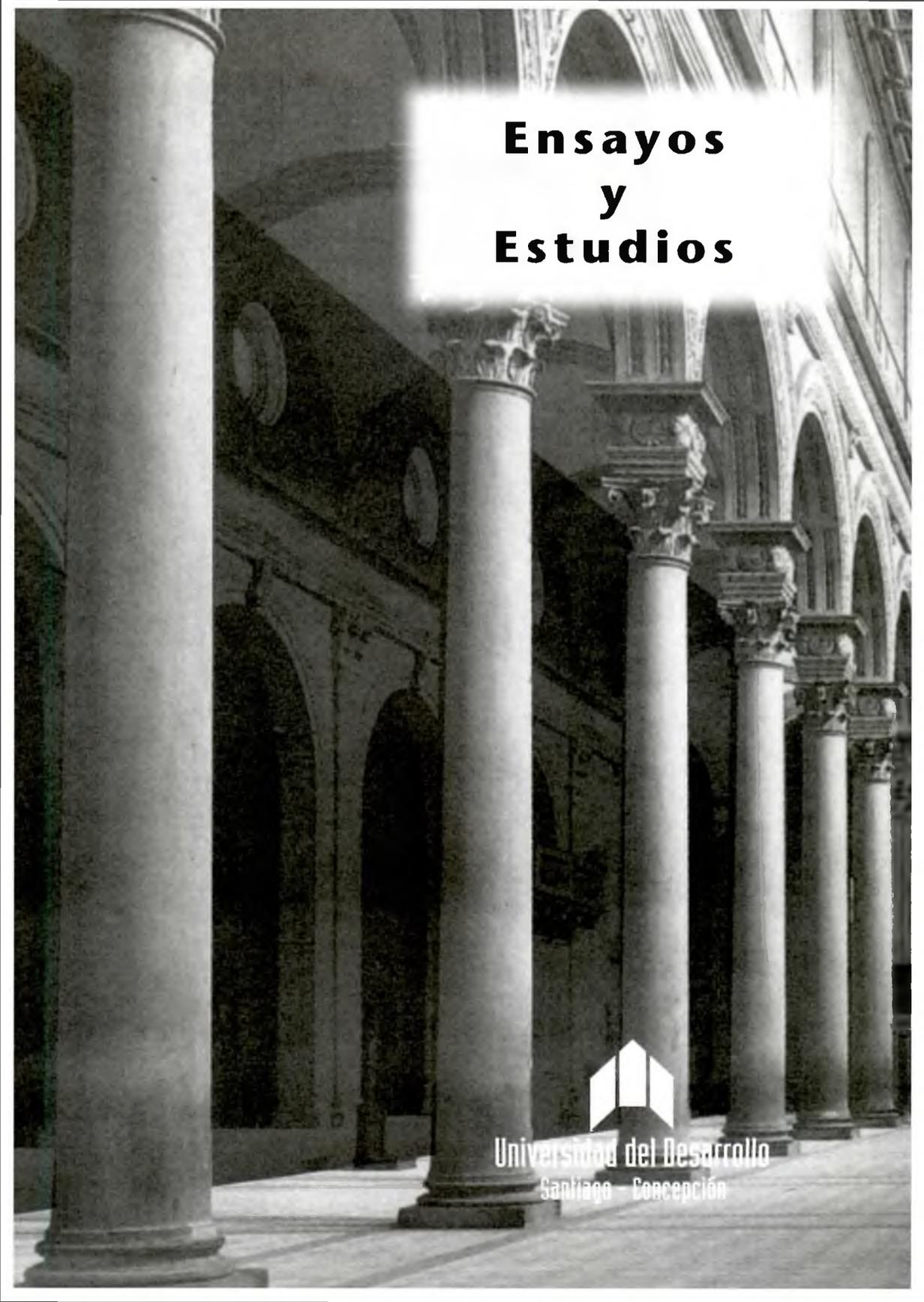
Otro criterio sostiene que la nulidad debe arreglarse exclusivamente a nuestro ordenamiento jurídico, atendido el principio de territorialidad establecido en el artículo 14 del Código Civil, el artículo 15 inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil y el artículo 121 del Código Civil, que expresa "El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas".

Nos parece más razonable y ajustado al orden público interno e internacional el que un juez chileno pueda declarar nulo un matrimonio celebrado en país extranjero e inscrito en Chile "si la causal invocada como el fundamento de la nulidad existe en el país de celebración del matrimonio y también en Chile. Por ejemplo, error en la identidad física de alguno de los contrayentes o incompetencia del funcionario público o sacerdote que intervino en la celebración del matrimonio" (Aldo Monsálvez Müller. *Derecho Internacional Privado*, año 2002, pág. 24). Nuestro fundamento radica en la aplicación del artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil en relación con el citado artículo 121 del Código Civil.

Sobre este caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló: “Procede declarar nulo el matrimonio celebrado en Grecia, ante un sacerdote de la Iglesia Ortodoxa, si ha quedado establecido que la legislación positiva griega no reconoce otra forma de matrimonio que la sancionada por dicha Iglesia y que, conforme a las leyes de esta Iglesia, el matrimonio de que se trata es nulo y carece de valor en razón de la falta de domicilio o residencia de los cónyuges en el lugar del distrito jurisdiccional del sacerdote que autorizó el matrimonio” (R. T. 48, sec 2, pág 102).

Con todo, será suficiente que la causal de nulidad exista en Chile respecto de un chileno que contrae matrimonio en país extranjero violando algún impedimento dirimente establecido por la ley chilena (artículo 15 inciso 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

Estos criterios fueron expuestos por el profesor autor de esta publicación, en informes en derecho solicitados en la causa rol N° 1878-2003 del 7º Juzgado Civil de Santiago y en la causa rol N° 3422-2001 del 23º Juzgado Civil de Santiago, sobre nulidad de matrimonio celebrado en país extranjero y derecho aplicable, cuyas sentencias acogieron nuestra posición jurídica. Los informes fueron evacuados en los meses de agosto y septiembre de 2003.



Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Sobre la excepción del contrato no cumplido

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En un artículo de don Enrique Alcalde, publicado en esta misma revista,¹ en su edición anterior, se analiza la llamada "excepción del contrato no cumplido" (*exceptio non adimpleti contractus*) consagrada en el artículo 1552 del Código Civil.

El referido comentario aborda separadamente dos cuestiones: la primera, sobre la entidad del incumplimiento que autoriza deducir la acción resolutoria del artículo 1489 del Código Civil y, la segunda, sobre la existencia y alcance de la "excepción del contrato no cumplido". Se trata, por lo mismo, de dos cuestiones estrechamente interrelacionadas que deben analizarse en armonía.

La causa en los contratos bilaterales

En los contratos sinalagmáticos ambas partes contraen obligaciones recíprocas, de suerte que cada obligación es la causa de la otra, tomando en consideración la doctrina de la llamada "causa final" (según la cual todos los contratos de la misma naturaleza tienen idéntica causa jurídica). De la manera indicada se interpreta el artículo 1467 del Código Civil sobre la base de sus antecedentes históricos. La causa es un **elemento de existencia** del acto jurídico y, por lo tanto, debe éste concurrir al momento de gestación del mismo, siendo jurídicamente indiferente la suerte que corra con posterioridad una vez que el contrato se incorporó al sistema normativo. En consecuencia, la obligación que va a contraer una de las partes es causa de la obligación que va a contraer la otra, lo que sucede de manera simultánea al perfeccionarse el consentimiento.

La concurrencia de la causa no queda subordinada al cumplimiento posterior de la obligación, circunstancia que en nada afecta la "validez" del contrato y que, por cierto, tiene otros efectos. Recuérdese que no existen causales "sobrevinientes" de nulidad, razón por la cual la validez debe

¹ *Actualidad Jurídica* N° 8, págs. 64 a 93.

calificarse y considerarse al momento de perfeccionarse el acto jurídico. Para quienes estiman que el concepto de "causa final" es el recogido por el artículo 1467 del Código Civil –motivo jurídico que induce a la celebración del contrato–, el nacimiento de la obligación y no su cumplimiento posterior es el impulso que lleva a las partes a obligarse.

Ahora bien, habida consideración de que el contrato sinalagmático impone obligaciones recíprocas, la ley condiciona su subsistencia al cumplimiento de las mismas, dando vida a la llamada "condición resolutoria tácita", que se describe diciendo que ella va "envuelta" en todo contrato bilateral (artículo 1489 del Código Civil). Haciendo prevalecer el principio de "subsistencia de las convenciones", se agrega a esta condición resolutoria, como opción en favor de los contratantes, la de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación. En ambos casos se consagra el derecho de reclamar indemnización de perjuicios, de modo que el contratante cumplidor quede indemne mediante una prestación adicional (conducta de reemplazo destinada a restablecer el equilibrio acordado en la convención). La jurisprudencia ha considerado que el derecho a reclamar indemnización de perjuicios está subordinado en materia de responsabilidad contractual a la resolución o la ejecución forzosa, de lo cual se sigue que este derecho no tiene vida propia, sino dependiente. Esta situación, con todo, tiene una excepción calificada cuando se trata de obligaciones extinguidas por cualquier medio, pues, en tal supuesto, la reparación indemnizatoria puede deducirse independientemente (responsabilidad postcontractual).

Hasta aquí la trama descrita parece inobjetable, puesto que de nada serviría mantener un contrato si sus obligaciones no se cumplen, forzar a las partes a resolverlo u obligarlas coercitivamente a cumplirlo. Es más, privilegiando siempre la subsistencia del vínculo contractual, por regla general se da al deudor la posibilidad de enervar la resolución durante la secuela del juicio, de modo de mantener hasta su agotamiento natural la relación válidamente contraída.

Obligaciones esenciales o principales, obligaciones secundarias o accesorias y acción resolutoria

Concordamos con Enrique Alcalde, la doctrina y la jurisprudencia en que para los efectos de ejercer la acción que nace de la condición resolutoria tácita debe distinguirse entre prestaciones esenciales y prestaciones secundarias, dando sólo las primeras lugar a la resolución (extinción del vínculo contractual). Creemos que sobre esta materia se privilegia, como se dijo, la subsistencia del contrato y la buena fe contractual. Un incumpli-

Incumpl # valor e insignificante -> 200 lo
Cumpl: # Forzoso e indepen

miento menor, accesorio o insignificante no habilita a demandar la resolución con todas las consecuencias que se siguen para las partes y, eventualmente, para los terceros, sino sólo el cumplimiento forzoso y la respectiva indemnización de perjuicios (moratoria o compensatoria) para restaurar el equilibrio que nace con el contrato. Asimismo, participamos del criterio propuesto para medir la importancia de la obligación incumplida: **“determinar si ante un caso concreto –y atendidas sus particulares circunstancias– la obligación infringida es del tal entidad que sea presumible que, sin ella, las partes no habrían contratado”.** En otros términos, lo relevante desde un punto de vista jurídico es el cumplimiento de lo sustantivo (para lo cual se reserva la resolución del vínculo), no el cumplimiento de lo secundario (para lo cual se reserva la ejecución forzosa).

Justicia
por

Equilibrio contractual

En los contratos sinalagmáticos se observa un evidente **equilibrio** entre ambas partes. Cada una de ellas se ha obligado en virtud de la obligación que asumió su contraparte, debiendo el legislador, por ende, darles un tratamiento igualitario y evitar que un contratante pueda lesionar indebidamente los intereses del otro.

Fund #
excep
cto
no
cumpl

De aquí nace la llamada **“excepción del contrato no cumplido”**, fundada en tres pilares esenciales: la buena fe contractual, la igualdad jurídica y la continuidad de las convenciones.

El primero (la buena fe contractual), cuya manifestación más elocuente se halla en el artículo 1546 del Código Civil, repugna toda posibilidad de que uno de los contratantes sea compelido a cumplir lo convenido mientras el otro se mantenga renuente a hacerlo. La disposición citada es clara al decir que el contrato obliga “a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella”. En este caso la “obligación” del deudor está enlazada a la obligación que, por su parte, adquirió su contraparte, de suerte que una está funcionalmente ligada a la otra.

de modo

El segundo pilar (la igualdad jurídica) exige dar a cada cual un trato equivalente, de modo que los intereses en juego sean atendidos y calificados en la misma forma. Los derechos de las partes deben entenderse, por lo tanto, interrelacionados en cuanto su existencia y ejercicio.

Finalmente, el tercer pilar (la preservación o continuidad de las convenciones) apunta en el sentido de evitar que el vínculo contractual sea disuelto

de cual
pregunta

y éste subsista mientras exista la probabilidad de que los derechos y obligaciones se ejerzan y cumplan en la forma convenida.

De estos principios se sigue que las obligaciones y derechos que nacen de contratos bilaterales **están recíprocamente condicionados por el cumplimiento de la obligación correlativa**, pudiendo ejecutarse sólo en virtud del cumplimiento real o virtual de esta última obligación.

De aquí la declaración contenida en el artículo 1552 del Código Civil en orden a que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos". Nótese que el derecho a ejecutar forzosamente la obligación pendiente o demandar la resolución del contrato estará sujeto a una **condición simplemente potestativa** de aquellas definidas en el inciso 2º del artículo 1478 del Código Civil. Por lo tanto, la situación jurídica que crea la *exceptio non adimpleti contractus* pende de la voluntad de aquella parte que desea perseverar en la relación contractual, puesto que basta su actividad (cumpliendo o allanándose a cumplir) para que la suspensión de la mora quede sin efecto y se renueve la plena exigibilidad de los derechos comprometidos.

La mora es una **situación o estado jurídico** especial, conforme al cual un sujeto se halla en rebeldía de desplegar la conducta debida. A partir de ese momento, y no antes, es posible ejercer los derechos que confiere el artículo 1489 del Código Civil, porque sólo entonces el deudor se encuentra en contravención al derecho (**antijuridicidad**, elemento de la responsabilidad contractual que se entiende incluido en el incumplimiento) y las obligaciones pactadas pueden reclamarse. En consecuencia, lo que el artículo 1552 del Código Civil dispone es claro: las obligaciones que nacen de contratos bilaterales son **condicionales**, ya que para reclamarlas es previo el cumplimiento –real o virtual– de la obligación correlativa.

Lo anterior me ha hecho decir en el libro *Responsabilidad Contractual* que "de esta cuestión (art.1552) se desprenden varias otras consecuencias. Desde luego, cabe observar que para que la relación contractual tenga efectos se requiere que, a lo menos, una de las partes persista en el contrato y esté dispuesta a cumplir. Si tal no ocurre y ambos contratantes se resisten a desplegar 'la conducta debida', la relación quedará en suspenso hasta que las obligaciones se extinga por la prescripción. Asimismo, en este estado de cosas, no existirán perjuicios que puedan atribuirse al retardo (indemnización moratoria), porque ninguna de las obligaciones serán exigibles quedando lo estipulado por las partes subordinado al cumplimiento de las obligaciones contraídas. Se puede hablar, entonces, con

propiedad, de 'equidad contractual', si se tiene en consideración que instituciones tan importantes como la teoría de la causa y la 'mora' están fundadas precisamente en este valor. Sostenemos, por lo mismo, que no es admisible en nuestra ley una obligación desvinculada de su contrapartida, lo cual demuestra la preocupación de la ley por el equilibrio o contrapeso en la regulación contractual. Tan claro es lo que señalamos que, incluso, en el contrato de donación, el legislador establece 'deberes' que impone al donatario y cuyo incumplimiento pueden acarrear la revocación de la donación por ingratitude (artículo 1428 del Código Civil, que define la causal de ingratitude como 'cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciere indigno de heredar al causante', remitiéndose a los artículos 968 y siguientes del mismo Código) y 'obligaciones propiamente tales', como sucede cuando la donación es cuantiosa, caso en el cual el donante tiene derecho a cobrar alimentos al donatario (artículo 321 N°5 del Código Civil). Toda esta regulación revela una voluntad clara de la ley en orden a establecer siempre una interrelación dependiente entre las obligaciones que nacen de un vínculo contractual, incluido casos de contratos que, por su naturaleza, sólo consagran obligaciones para una sola parte, como sucede por regla general con el contrato de donación irrevocable".

En suma, si ninguna de las obligaciones que nacen de los contratos sinalagmáticos es reclamable mientras la obligación de la contraparte no se cumpla o el obligado no se allane a cumplir en tiempo y forma debidos, la demanda de resolución o ejecución forzada es improcedente y es esto, justamente, lo que dice el artículo 1552 del Código Civil, al consagrar la "excepción del contrato no cumplido".

Destino de las obligaciones pendientes

Cabe preguntarse entonces ¿cuál es el destino de estas obligaciones pendientes si ninguna de las partes cumple o se allana a cumplir en tiempo y forma debidos? Indudablemente la **prescripción**, porque, en el fondo, opera una verdadera resciliación tácita, puesto que ninguno de los contratantes está en disposición de honrar su compromiso ni persiste su voluntad de cumplir. Sin embargo, mientras corre el plazo de prescripción cualquiera de las partes puede cumplir o "allanarse" a cumplir y, en tal caso, pone de inmediato en funcionamiento la trama obligacional, abriendo camino a la ejecución forzosa, la resolución y la indemnización de perjuicios. Por consiguiente, la situación que se genera es temporal y queda entregada su conclusión a la intención de cualquiera de los contratantes.

La tesis planteada por Enrique Alcalde limita los efectos de la "excepción del contrato no cumplido", exclusivamente, a la indemnización de perjuicios, sobre la base de que la mora es requisito de la indemnización, pero no es requisito de la resolución. Por lo mismo, nada impediría demandar la ejecución forzada o la resolución, ya que la "mora" no es presupuesto de ninguna de ellas.

La referida conclusión no nos parece acertada, por una cuestión fundamental: **la mora es condición de exigibilidad de una obligación para todos los efectos relacionados con la interposición de acciones, así sea de cumplimiento, resolución o indemnización.** Las tres hipótesis contempladas en el artículo 1551 del Código Civil, cuando se trata de obligaciones nacidas de contratos bilaterales, quedan en suspenso y subordinadas al cumplimiento o disposición de cumplimiento de la obligación correlativa ligada a ella. Por lo mismo, no le es exigible al deudor la prestación convenida, sino a condición de que él, por su parte, cumpla o se allane a cumplir en tiempo y forma debidos. Esto es lo que ordena el artículo 1552 del Código Civil, ya que al referirse a la "**mora**", alude directamente a la suspensión de la exigibilidad de la obligación.

Cabe aún analizar una cuestión importante. ¿Corre el plazo de prescripción si la mora de ambos contratantes no permite a ninguno de ellos exigir la ejecución forzosa o la resolución del contrato? A primera vista la respuesta podría ser negativa, puesto que el artículo 2514 inciso 2º del Código Civil dispone que el plazo de prescripción se cuenta "desde que la obligación se haya hecho exigible". Tratándose de la aplicación del artículo 1552, sin embargo, la obligación se hizo exigible, en cualquiera de las hipótesis del artículo 1551, pero el ejercicio del derecho está **suspendido** como consecuencia de un hecho que depende de la sola voluntad de quienes intervienen en la relación (condición simplemente potestativa). Por consiguiente, no podría ninguna de las partes sostener que el plazo de prescripción deja de correr, puesto que la suspensión del ejercicio del derecho depende un hecho propio y, como es sabido, **nadie puede valerse de su propio dolo o su propia culpa** (quien debiendo cumplir no lo hace incurre en dolo si tiene intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, o en culpa si obra sin la diligencia y cuidado debidos). Por lo dicho, fuerza concluir que el plazo de prescripción de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral comienza a correr de acuerdo a las reglas generales, sin que pueda considerarse que la **suspensión** dispuesta en el artículo 1552 del Código Civil ha puesto fin a la exigibilidad de la obligación. A lo anterior obedece nuestra conclusión en el sentido de que las obligaciones que se mantienen pendientes a través del tiempo por obra de la aplicación del principio de que la "mora purga la mora", terminan por

prescribir en caso que ninguna de las partes rompa su inactividad cumpliendo o allanándose a cumplir en tiempo y forma debidos.

Indemnización de perjuicios como derecho dependiente.

Por otra parte, la indemnización de perjuicios está siempre unida la ejecución forzosa o a la resolución de que trata el artículo 1489 del Código Civil, no se da independientemente de una u otra, salvo, a nuestro juicio, cuando se reclama un incumplimiento respecto de obligaciones que se han extinguido por alguno de los medios legales. Por ende, si el alcance del artículo 1552 fuere tan limitado como se propone, esta disposición no tendría nunca aplicación, ya que podría demandarse el cumplimiento forzoso o la resolución **sin indemnización de perjuicios** y no se podría demandar nunca indemnización de perjuicios sin demandar simultáneamente el cumplimiento forzoso o la resolución.

Lo que quiere decir es que se extingue por uno de los medios legales

La mora de que trata el artículo 1552 del Código Civil suspende la exigibilidad de las obligaciones contraídas en los términos antes expuestos y por efecto de un hecho propio del deudor.

La cuestión, entonces, radica en el alcance y sentido que se dé a la **mora** en tanto presupuesto de las dos hipótesis (no tres) consagradas en el artículo 1489 del Código Civil.

Si, como nosotros sostenemos, la **mora es presupuesto de la exigibilidad de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales**, estando pendiente el cumplimiento de la obligación correlativa que nace del contrato bilateral, **queda suspendida la ejecución de dichas obligaciones** y, como es obvio, no podrá demandarse ni la resolución ni el cumplimiento forzoso. La mora, como se dijo, es un estado jurídico especial según el cual el retardo en el cumplimiento de la obligación es imputable al deudor. A partir de ese instante puede este último ser sujeto pasivo de la acción de cumplimiento forzoso o resolución y, en ambos casos, con más una indemnización de perjuicios, derecho que, tratándose de obligaciones pendientes, deberá ir unido a una u otra cosa (ejecución forzosa o resolución). A la inversa, suspendida la mora por efecto de lo previsto en el artículo 1552 del Código Civil, no cabe ninguna de las opciones que ofrece al acreedor el artículo 1489, que consagra la "condición resolutoria tácita", porque ninguna de las obligaciones es exigible estando su ejecución suspendida. Nadie puede ser forzado a ejecutar aquello que aun no es posible reclamar, ni menos resolverse un vínculo contractual por un hecho que jurídicamente no implica faltar a la palabra empeñada.

art. 1552 suspende la mora

Probablemente no se ha considerado con el debido cuidado que la suspensión de la mora dispuesta en el artículo 1552 del Código Civil depende de la voluntad de "cualquiera de los obligados". Basta, entonces, que uno de ellos cumpla o se "allane" a cumplir para que automáticamente pueda demandarse la ejecución forzada o la resolución del contrato. De manera que el "congelamiento" de la relación sólo es fruto de una omisión compartida por quienes dieron vida al contrato. Por otro lado, corresponde al juez determinar libremente, atendiendo a los antecedentes que se invoquen, si uno de los contratantes se "allana" a cumplir, cuestión de hecho que supone la existencia de una voluntad cierta y seria. De ello se infiere que la suspensión del derecho, de la manera dispuesta en el artículo 1552 del Código Civil, depende de la intención de cualquiera de las partes, quienes soberanamente pueden poner fin a los efectos de la excepción del contrato no cumplido. Como puede observarse, lo esencial es mantener el equilibrio y reciprocidad entre ambas obligaciones, todo lo cual resulta en armonía con la buena fe contractual, la igualdad ante la ley y la equidad natural. Para que las obligaciones queden indefinidamente pendientes no sólo se requiere la plena inactividad de las partes, sino la ausencia de la intención de cumplir, la cual puede manifestarse de cualquier modo que sea suficiente a juicio del juez.

Razones alegadas por el articulista

Las razones esgrimidas por Enrique Alcalde para sostener su tesis no resultan convincentes.

a. El análisis comparativo entre nuestra legislación y las legislaciones extranjeras, a lo más, podría hacernos concluir que los códigos citados son "literalmente" más claros. Pero todos ellos reconocen la "excepción del contrato no cumplido", sin perjuicio de que, atendiendo a los efectos que atribuimos a la "mora", lo que el artículo 1552 prescribe resulta perfectamente coherente y lógico.

b. La "mora", creemos nosotros, es mucho más que un requisito de la indemnización de perjuicios. Ella determina varios otros efectos (cuidado de la cosa debida, responsabilidad del acreedor, pérdida de la cosa que se debe, exigibilidad de la obligación, etc.), lo cual permite sostener que se trata de una "situación o estado jurídico" que, en este caso, suspende la exigibilidad de las obligaciones que nacen de un contrato sinalagmático con los alcances indicados. No puede, entonces, reducirse el mandato del artículo 1552 del Código Civil a un solo efecto que, a mayor abundamiento, no se presenta sino por excepción, aisladamente del cumplimiento forzoso o la resolución.

no es un modo de extinguir las

c. Tampoco puede presentarse, bajo ninguna circunstancia, la excepción del contrato no cumplido como un "modo de extinguir obligaciones". Ello no sucederá jamás, ya que si el incumplimiento de todas las partes persiste a través del tiempo, las obligaciones se mantendrán vigentes, pero no serán exigibles, y terminarán por extinguirse en virtud de la prescripción (especie de resciliación tácita). Nadie podría, entonces, postular que la *exceptio non adimpleti contractus* es un modo de extinguir obligaciones, pero sí un medio de suspensión de la exigibilidad de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral.

es un medio de suspensión de exigibilidad de las obligaciones recíprocas

d. Desconocer las raíces de la "excepción del contrato no cumplido" sí conduce a una manifiesta "injusticia", a pesar de lo que dice Enrique Alcalde. Éste, para remediar una situación tan evidente, invoca la posibilidad de deducir demanda reconvenzional por parte de quien es demandado por un contratante incumplidor. O sea, se propone un recurso para atajar la injusticia, sin reparar en que la circunstancia de exigir el cumplimiento forzoso o la resolución, por sí sola, implica arrastrar a las partes a una contienda judicial. Si quien pretende demandar simplemente se "allana" a cumplir, a través de actos serios que calificará el juez en cada caso, desaparecerá la inexigibilidad y cada parte recobrará en plenitud sus facultades y derechos. Por este medio quien exige el cumplimiento asegura a su contraparte los beneficios que le corresponden y que tienen su origen en la misma fuente.

para evitar la injusticia de una demanda reconvenzional

e. Tratándose de contratos de tracto sucesivo la cuestión no es diferente. Cualquiera de las partes podrá ponerle término "allanándose" a cumplir, puesto que si tal no ocurre, ello implicará que ninguna tiene intención de perseverar en él. Es bien obvio que la parte que experimente perjuicios será la que acudirá al tribunal acreditando su intención de cumplir y deduciendo las acciones pertinentes. La práctica excluye razonablemente situaciones tan extremas como la de mantener indefinidamente la relación contractual en virtud de la aplicación de la "excepción del contrato no cumplido". La cuestión planteada por Enrique Alcalde no se da en la práctica, porque la ley ofrece una solución adecuada. Más aún, admitiendo estos extremos, si ninguna de las partes cumple o se allana a cumplir, hay una voluntad manifiesta y explícita de congelar la relación. No le corresponde al derecho salir en auxilio de quienes así proceden.

Si alguien no cumple y no se allana a cumplir, no se puede dar un recurso para atajar la injusticia

f. Finalmente, si algún fallo arbitral de arbitrador, atendiendo a la prudencia y equidad, se ha pronunciado admitiendo que puede reclamar la ejecución forzosa o la resolución quien, por su parte, no ha cumplido ni se ha allanado a cumplir en tiempo y forma debidos, ello no autoriza para dar al artículos 1552 del Código Civil un alcance que no tiene y generar un precedente inexpugnable.

Obligaciones principales y obligaciones accesorias en la aplicación del artículo 1552 del Código Civil.

Para concluir estas observaciones, lo que sí parece rescatable del artículo que comentamos es la transferencia de la distinción entre obligaciones principales o esenciales y obligaciones secundarias o accesorias, a la interpretación del artículo 1552 del Código Civil. En otros términos, la invocación de esta excepción no podría fundarse en el incumplimiento de una cuestión accesoria o mínima en relación a aquella que aparece como principal en el contrato. Así, por ejemplo, si se ha comprado un vehículo y el vendedor se obligó a entregarlo junto a un par de neumáticos de repuesto, el hecho de incumplir sólo esta última obligación no permite al comprador oponer la *exceptio non adimpleti contractus* para excusarse de pagar el precio. Esta conclusión aparece claramente justificada a la luz de la buena fe contractual. En la hipótesis propuesta quedará expedito el camino para que el vendedor accione, demandando la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso, en ambos casos con indemnización de perjuicios; y el comprador para exigir compulsivamente, por vía reconventional, la entrega del par de neumáticos a que estaba obligado.

Como puede constatarse, la “excepción del contrato no cumplido” es consecuencia directa de la reciprocidad y equilibrio que surge entre quienes celebran un contrato bilateral. No es aceptable introducir en ellos un tratamiento discriminatorio o permitir que una parte abuse o se aproveche de la otra. La dificultad interpretativa en que se apoya el trabajo que analizamos resulta de la forma en que el autor del Código estructuró la “excepción del contrato no cumplido”. Si bien ésta se encuentra definida en el artículo 1552 del Código Civil, su alusión a la suspensión de la mora debe entenderse hecha a la exigibilidad de las obligaciones que nacen de los contratos sinalagmáticos, pero con las limitaciones y el alcance expuestos en lo precedente.

En todo caso el trabajo de Enrique Alcalde constituye un esfuerzo valioso para repensar instituciones que, a primera vista, aparecen fuertemente consolidadas. Nuestra experiencia nos revela que todos los temas jurídicos están permanentemente abiertos a nuevas interpretaciones que ganarán terreno en la medida que susciten, como ocurre en este caso, discusión y polémica.

La naturaleza de las obligaciones de los médicos

Hugo Rosende Alvarez

Director del Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. El acto médico está constituido por el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades, todos los cuales están reservados en forma exclusiva y excluyente al quehacer de los facultativos.¹

En cualquiera de esas fases puede surgir una responsabilidad para los médicos (moral, administrativa, laboral, civil o penal). Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, ésta tiene como objetivo la reparación o satisfacción, a la víctima u otros legitimados activos, de los daños o perjuicios causados por los galenos por la infracción de obligaciones preexistentes.

2. El Código de Ética² señala que es derecho del médico aceptar o rechazar la atención de un paciente (artículo 17, inciso 1º, parte final). Se exceptúa de esta opción el caso en que una persona lo requiera y no exista otro colega que pueda hacerse cargo del enfermo, pues en esta situación no podrá rechazar dicha atención (artículo 13).³ Quedan asimismo exceptuadas las atenciones realizadas en las instituciones en que el profesional actúe como médico funcionario, quedando sometido a estos respectos a las disposiciones especiales que rigen en cada servicio.

En la atención de los pacientes se entienden comprendidas las obligaciones que siguen: obrar con honradez y buena fe (artículo 9º); guardar el secreto profesional (artículo 10); atender al paciente con calidad científico-técnica y eficacia, con los conocimientos correspondientes y equipos que el caso requiera.

¹ El ejercicio ilegal de la medicina se encuentra tipificado en el artículo 313 a) y como falta, en el artículo 494 N° 8 del Código Penal.

² Código de Ética aprobado por el Honorable Consejo General del Colegio Médico en Sesión N° 64 mediante Acuerdo N° 231, del martes 22 de noviembre de 1983, y por la Sesión N° 154, del martes 7 de mayo de 1985, que rige a los médicos cirujanos afiliados al colegio.

³ El artículo 59 dice: "El médico que sin mediar causa justificada y en conocimiento de no existir otro colega que pueda hacerse cargo del enfermo rehúse la atención de un paciente, será castigado con la pena de censura por escrito a multa".

El médico debe dar al enfermo la mejor atención posible y tener el criterio clínico suficiente para derivarlo oportunamente (artículo 18); y someter a sus pacientes a medios de diagnóstico y a tratamientos suficientemente experimentados. Sin embargo, en casos excepcionales en que un medio de diagnóstico y/o tratamiento no experimentados suficientemente sea la única posibilidad terapéutica, el médico con autorización del paciente, si fuere posible, y previa una Junta Médica de dos facultativos que así lo apruebe, podrá recurrir a la aplicación de dicho procedimiento. Cuando no fuere posible la Junta Médica, será suficiente para ello la autorización escrita del paciente o, en subsidio, la de sus familiares o de la persona a cuyo cuidado esté, si aquél no pueda darla (artículo 19).

3. En el derecho civil se distingue la responsabilidad nacida como consecuencia de la infracción de una obligación contractual específica de dar, hacer o no hacer y aquella surgida por la contravención de una obligación genérica de no hacer, que, cumplidos los demás requisitos legales, constituye un delito o cuasidelito civil.

En la actuación médica la distinción antes formulada de obligación específica contractual o genérica extracontractual es insuficiente, en atención a que los médicos están sometidos al cumplimiento de deberes éticos en su quehacer profesional, sea que actúen vinculados con el paciente contractualmente o no.

4. Surge, entonces, la cuestión de saber si los deberes éticos son autónomos e independientes de las obligaciones jurídicas que rigen la conducta profesional de los médicos o si aquellos son también constitutivos de obligaciones jurídicas cuya transgresión es susceptible de hacerlos civilmente responsables.

a) El deber ético de atención médica.

Esta materia apunta a una cuestión de fondo que plantea Mosset Iturraspe:⁴ ¿Es el ejercicio de la medicina una profesión liberal o profesión social?

En la primera óptica, los deberes del médico para con el paciente son básicamente morales y el médico es libre en el ejercicio de su profesión. Libre para aceptar o no el compromiso de un enfermo, y libre, en caso de decidir la prestación, para elegir los métodos o criterios utilizables.⁵

El Código de Ética apunta al carácter liberal de la profesión de la medicina

⁴ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII, Responsabilidad de los Profesionales, págs. 236 y 237. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2001.

⁵ *Ibíd.*, pág. 236.

al reconocer como derecho del facultativo, aceptar o rechazar la atención de un enfermo, con las salvedades ya señaladas y que se consignan en el artículo 13 e inciso final del artículo 17. En cuanto a los métodos o criterios utilizables, el deber deontológico obliga sólo a emplear medios de diagnóstico y a utilizar tratamientos suficientemente experimentados, salvo los casos de excepción previstos en el artículo 19 y de experimentos en seres humanos según el artículo 22.

La consideración social del ejercicio de la medicina es entendida como una función cuyo destino es el bien de la comunidad. En este sentido, se limita la facultad de aceptar o rehusar la atención de un enfermo si ella no admite dilación o si la negativa carece de causa o de motivo suficiente que la justifique. Los medios de diagnóstico y los procedimientos a seguir en los tratamientos no son de la libre elección del médico, sino que deben ajustarse a los cánones señalados por la ciencia médica. El Código Deontológico no ahonda en la limitación de la facultad de aceptar o rechazar pacientes, ocupándose sólo del enfermo necesitado de atención sin que exista otro facultativo disponible y del médico funcionario. En cambio, en cuanto a los medios de diagnóstico y tratamientos dicho Código de Ética apunta al carácter social de la profesión, al someterlos a los parámetros de la ciencia médica debidamente experimentados. En esta perspectiva social se mira como preocupación preferente del médico prestar su colaboración al progreso de la ciencia, debiendo estar encaminadas sus acciones a elevar el nivel de la salud del país (artículo 47). Y ello sólo resulta posible en la medida que su quehacer esté al servicio de la sociedad e impulse su progreso y bienestar mediante la actualización y perfeccionamiento de sus conocimientos, cooperando de este modo al desarrollo de la ciencia y de las técnicas de su profesión (artículo 8^o).

Con el mismo propósito el Código Ético establece que es obligación del médico ayudar a la formación técnica de sus colegas, no pudiendo reservarse conocimientos o técnicas útiles en medicina (artículo 37).

¿Es deber ético y a la vez jurídico del médico atender a toda persona que requiera de sus servicios con las salvedades que establece el Código Deontológico?

Mosset⁶ se lo plantea: "...a la vista de un enfermo... ¿Puede el médico negarle su asistencia profesional? ¿Sea por estar muy ocupado o por razones de enemistad, o bien, como lamentablemente ocurre, por carecer el enfermo de los medios económicos necesarios para pagar su atención?" Prosigue su cuestionario diciendo: "¿Admite la salud, el riesgo de vida o el

⁶ Op. cit., págs. 240 y 241.

menoscabo en la integridad física o psíquica, semejante libertad en la decisión?". A juicio de este autor, "el tema tiene que ver con la caridad, con el amor al prójimo. Y tiene también relación con los deberes jurídicos del médico". Y concluye con una última pregunta: "¿Será necesaria, para admitir la existencia de un deber jurídico de prestación o atención, la norma legal que expresamente lo consagre?". Su respuesta es que no se necesita de un texto expreso, calificando de antijurídica y de grave falta ética la omisión o denegación de los cuidados médicos ante el requerimiento del enfermo o de sus familiares o frente a un enfermo inconsciente. Un comportamiento de esta naturaleza le parece abusivo y sancionado como ilícito.

En nuestro entender, el problema es complejo y no de fácil solución. El avance del gasto social ha permitido cubrir la atención gratuita en nuestro país a quienes tienen la condición de indigentes. En el reverso existe la empresa sanitaria, estatal o privada, que cobra por sus servicios y los bonifica mediante un sistema de seguridad social regido por criterios comerciales y monopólicos. Los sectores medios sufren el peso gravoso de esta situación que les consume sus ingresos y ahorros en términos leoninos cuando las enfermedades los acosan coincidentemente con la declinación de su vida productiva. Y por desgracia para ellos, la profesión médica se torna más liberal y menos social.

Claro está que si al médico se le exige más sacrificio personal en la atención profesional de los enfermos, con menos o ninguna remuneración, podrá reclamar de la desigualdad en la distribución de las cargas públicas y de la cada vez más acuciante amenaza por la responsabilidad profesional. Desde su punto de vista habrá una doble injusticia; por un lado el Estado descarga en los particulares sus deberes,⁷ y por el otro, el constante reclamo en contra de los médicos para hacer efectiva su responsabilidad por los daños ocasionados en su quehacer profesional hará disminuir la atención médica.

Volviendo al planteamiento inicial, ¿puede el médico, en el ejercicio de su profesión, negar la atención a una persona que requiere sus servicios? Mosset⁸ piensa que atender el llamado debe ser la regla y ante su incumplimiento con daño al enfermo, se impone la responsabilidad. Las excepciones las constituirán las afecciones benignas o enfermedades de escasa trascendencia, siempre que en el lugar haya otro médico, sea particular o dependiente de un servicio público. La inexistencia de dificultades o peligros justificaría la negativa a atender al enfermo.

⁷ La Teletón que se realiza anualmente en nuestro país es un ejemplo del subsidio que los particulares dan al Estado.

⁸ Op. cit., págs. 241 y 242.

El raciocinio expuesto precedentemente se funda en la omisión culposa o dolosa que causa daño a otro y que constituye un acto ilícito del cual nace la responsabilidad civil, al menos como una concausa del perjuicio producido.

Es un principio general del derecho el deber de auxiliar a otro así como evitarle daños injustos cuando es posible hacerlo sin detrimento propio. Sin pretender aplicarles a los médicos un tipo penal por analogía, lo cual está vedado al intérprete, es ilustrativo a estos respectos el N°14 del artículo 494 del Código Penal, que castiga como falta: "El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio." Se descubre también en el ámbito civil cierta semejanza entre el deber de atención de los médicos con la situación planteada en el artículo 2125 del Código Civil sobre el valor del silencio como manifestación de voluntad en el mandato y en la obligación del profesional requerido de adoptar las providencias conservativas urgentes aunque rechace el encargo. Es de advertir que este precepto se aplica a todos los profesionales de carreras que suponen largos estudios, como acontece con la medicina (artículo 2118 del Código Civil).

Si se examina el sentido de las disposiciones penal y civil citadas, y se las compara con el artículo 13 del Código de Ética, puede deducirse como un principio jurídico el deber del médico de prestar los primeros auxilios al enfermo que requiera de sus servicios.

De no hacerlo, y de seguirse un daño a la víctima por esa omisión, el facultativo será responsable ética, civil y eventualmente en el orden penal. Sin embargo, el médico no está obligado a continuar la atención si existiere otro médico que pueda hacerse cargo del enfermo o que un sano criterio clínico aconseje derivar al paciente a otro profesional o a un establecimiento hospitalario o en los casos del artículo 17 del Código de Ética.

b) El deber ético de obrar con honradez y buena fe.

La buena fe es un principio general de derecho⁹ e impone un comportamiento correcto, honesto y leal, que comprende dar información adecuada y oportuna al paciente o, en su caso, a sus familiares responsables; de guardar secreto sobre materias confidenciales o reservadas; y el cuidado del enfermo.

Fueyo dice:¹⁰ "El principio general de la buena fe se dirige a las conductas

⁹ Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, "III. El principio general de la buena fe o el principio de la buena fe como integrador y creador de conductas, normas y decisiones", págs. 143 y ss. Editorial Jurídica de Chile. Año 1990.

¹⁰ *Ibíd.*, págs. 165 y 166.

de los individuos en su obrar jurídico (...), regulando, atemperando, limitando y sancionando tales conductas, según los casos". Y agrega: "La libertad absoluta, arbitraria, abusiva o caprichosa del individuo, haciendo caso omiso a las consecuencias de su conducta, queda descartada frente a la intervención de un principio ético-jurídico llamado buena fe y que actúa en forma prevalente".

Finalmente este autor expresa: "Cuando el principio se dirige a la 'conducta', la buena fe en su esencia es imperativo de corrección, lealtad, honestidad, cumplimiento, sinceridad, moralidad y apego a la ley, al orden público y a las buenas costumbres".

c) El deber ético de secreto profesional

El artículo 10 del Código de Ética señala que: "Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del profesional. Respecto del cliente un deber que perdura en lo absoluto, aun después de que haya dejado de prestar sus servicios. El secreto profesional incluye el nombre del cliente. Llamado a declarar como testigo, debe concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, debe contestar las preguntas de modo que no lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello. El profesional, sin consentimiento del confidente, no puede aceptar ningún asunto relativo a un cliente que se le confió por motivo de su trabajo, ni utilizarlo en su propio beneficio".

A su turno, el artículo 12 del mismo Código Deontológico señala que el profesional que es objeto de una acusación por parte de su cliente o de otro profesional puede revelar, ante el tribunal competente, el secreto que el acusador le hubiere confiado si dice relación directa con su defensa. Cuando una persona le comunica la intención cierta de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional, debiendo hacer las revelaciones necesarias para prevenir ese acto delictuoso o proteger personas en peligro.

Esta obligación de guardar secreto no es sólo ética, sino también jurídica. El inciso final del artículo 247 del Código Penal dispone que las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa que indica, se aplicarán a los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

d) El deber ético de observar calidad científico-técnica y eficacia en la atención médica.

- El Código Etico dispone que el médico debe dar al enfermo la mejor atención posible y tener el criterio clínico suficiente para derivarlo oportunamente.

Esta obligación de atender al paciente supone que el facultativo la cumpla con los conocimientos correspondientes y los equipos que el caso requiera; con calidad científico-técnica y eficacia.

- En el régimen común de la diligencia o cuidado, conforme con la ley civil, se ha debatido acerca de la clase de diligencia o cuidado de que se responde en la responsabilidad contractual y extracontractual.
 - En el orden contractual se supone que el deudor aplique aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo cual es sinónimo de ser responsable hasta de la culpa leve. (artículo 44 C.C.).

Ello se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, que atribuye al deudor esta clase de diligencia en los contratos que ceden en el interés de ambas partes. Sin embargo, tratándose del contrato de atención profesional con los médicos se puede afirmar que se rige por las normas del arrendamiento de servicios y del mandato, razón por la cual la culpa se mirará con mayor estrictez si fuere remunerado. (artículo 2129 inc. 2º del C.C.).

- Tratándose de una relación extracontractual, el criterio imperante de la jurisprudencia y de la doctrina es de exigir el empleo de la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

La jurisprudencia¹¹ ha señalado que "...el Código Civil no requiere para la procedencia de una indemnización adecuada sino un hecho del hombre que haya causado daño a otro, aunque ello se haya producido sin dolo y con culpa leve o levísima del autor...".

La doctrina afirma: "No cabe (...) hablar de graduación de la culpa cuasidelictual o aquiliana. Ella es una y no tiene rango como sucede tratándose de la culpa contractual".¹²

¹¹ Véase R.D.J., t. XV, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 131, año 1918; t. XXI, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 119, año 1924; t. XXXIX, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55, año 1942, y t. LV, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 35, año 1958.

¹² Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, pág. 183, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Otro autor¹³ expresa: "La culpa como elemento de la responsabilidad extracontractual se distingue de la contractual en que no admite graduaciones: cualquier culpa, incluso la llamada levísima (la falta de esmerada diligencia de un hombre juicioso), impone la responsabilidad".

Calos Ducci Claro¹⁴ parece adherir a la posición doctrinaria que aboga por la tesis de que en la responsabilidad extracontractual basta cualquier culpa, aunque sea levísima.

Arturo Alessandri Rodríguez¹⁵ es de opinión que: "Toda culpa, cualquiera que sea su gravedad, aun la más leve o levísima, impone a su autor la obligación de reparar el daño causado".

Los pareceres de los autores citados entroncan con la Lex Aquilia del derecho romano, en la cual "*et levissima culpa venit*", es decir, basta un *mínimum* de culpa.¹⁶

La jurisprudencia y la doctrina se apartan, en nuestra opinión, de lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil, que establece: "El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (leve)". Es más, si se analizan los artículos 2320, 2322 y 2326 del Código Civil, se arriba a la conclusión de que en la responsabilidad delictual o cuasidelictual se responde de la culpa leve. Así, tratándose de la responsabilidad del padre, y a falta de éste de la madre, por hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa, debe tenerse en cuenta que en esta materia quien tiene el cuidado del hijo menor ejerce también la patria potestad sobre los bienes del hijo no emancipado (artículo 245 C.C.). En el ejercicio de la patria potestad se responde de la culpa leve (artículo 256 inciso 1º C.C.). En el cuidado, la ley nada dice sobre la culpa de que se responde. Sin embargo, el artículo 225 inciso 3º dice: por (...) descuido (...) podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. A estos respectos el inciso 3º del artículo 44 prescribe: "Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve", lo cual es sinónimo de culpa leve. El tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado (artículo 2320 inciso 3º C.C.). En la administración de los bienes del pupilo su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive (artículo 391 C.C.). Ha de entenderse que responde del

¹³ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, pág. 213, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

¹⁴ Calos Ducci Claro, *Responsabilidad Civil*, N° 65, pág. 85, Editorial Jurídica de Chile, 1971.

¹⁵ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, N° 130, pág. 196, Imprenta Universitaria, 1943.

¹⁶ L. 44 pr. h. t. 9,2, citado por Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 532, 5ª edición, Instituto Editorial Reus S.A., traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, 1979.

mismo grado de culpa por el cuidado del pupilo, atendido el hecho de que la tutela y las curadurías generales se extienden no sólo a los bienes, sino a la persona de los individuos sometidos a ellas. No resulta lógico separar la diligencia debida en uno y otro caso, es decir, una para el cuidado y otra para la administración de los bienes del pupilo, máxime que la ley no hace el distingo. Finalmente los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesa la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho. Nótese que la ley habla del cuidado que su calidad les confiere, lo cual debe entenderse, a la luz del artículo 44 del Código Civil, como diligencia o cuidado ordinario o mediano. Si el legislador hubiere querido agravar la responsabilidad, debió decir "si con la autoridad y el sumo cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe...", para de este modo hacerlos responsables de la culpa levísima, lo que no hizo.

El artículo 2322 del Código Civil es aun más explícito, al referirse a la responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Señala la ley a estos respectos que los amos no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. El artículo 44 del Código Civil dice que la culpa leve se opone al cuidado ordinario.

Finalmente, el inciso 1º del artículo 2326 del Código Civil al ocuparse de la responsabilidad del dueño de un animal por los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado, dispone que ésta cesa si la soltura, extravío o daño no puede imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal. Al tenor del artículo 44 del Código Civil, "culpa", sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Agrega el inciso 2º del artículo 2326 del Código Civil que lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.

En ambas hipótesis se responde de la culpa leve, confrontando este precepto con el artículo 44 del Código Civil.

Por las razones expresadas, a diferencia de la doctrina y la jurisprudencia, pensamos que en la responsabilidad cuasidelictual se responde de la culpa leve.

Recientemente, el profesor Rodríguez Grez¹⁷ planteó tres materias de interés acerca de la responsabilidad profesional, a saber: la diligencia y cuidado exigibles al profesional en el ejercicio de sus actividades laborales, el tribunal idóneo para apreciar y sancionar las conductas profesionales, y la manera cómo debe controlarse la ética profesional.

Nos ocuparemos de su pensamiento en cuanto al grado de responsabilidad exigible a un profesional. Afirma el señor Rodríguez "que el profesional es un especialista, investido de un título otorgado por una Universidad reconocida por el Estado, y habilitado por la ley para ejercer monopólicamente una determinada actividad que supone conocimientos y destrezas propios de un experto". Agrega "que (...) el profesional, atendida su condición y, particularmente, la circunstancia de gozar de una reserva autorizada por el Estado para prestar servicios especializados, responde (...) de los estándares generales exigibles a un experto, lo cual, en cualquier rango de actividad, implica mucho más que la responsabilidad por culpa leve y aun levísima".

En nuestra opinión, el enfoque del profesor Rodríguez Grez es irredargüible mirado desde el ángulo de los deberes deontológicos. Sin embargo, examinada la responsabilidad profesional desde la perspectiva del derecho civil, por las razones ya dadas en el análisis de la culpa en los cuasidelitos civiles, creemos que no es exigible la suma diligencia o cuidado, sino el cuidado ordinario.

5) La responsabilidad subjetiva de los médicos

La responsabilidad civil por el acto médico abarca las fases de diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Se responde en ellas por el actuar doloso o culpable, y en este último caso con las variantes ya descritas.

La imputabilidad del médico o del equipo sanitario es subjetiva, basada en el dolo o la culpa. El dolo tiene dos interpretaciones en la doctrina. Una, que corresponde a la definición dada en el inciso final del artículo 44 del Código Civil: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". En esta posición se encuentra Alessandri,¹⁸ quien afirma: "Hay dolo cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar daño, cuando el móvil de su acción o abstención, el fin que con ella persigue es precisamente dañar a la persona o

¹⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Revista Actualidad Jurídica* N° 6, pág. 8, julio de 2002, Universidad del Desarrollo, Impresión Ograma S.A.

¹⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, *op. cit.* N° 116, pág. 163.

propiedad de otro. Agrega este tratadista que si “el autor del hecho u omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo, sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debía originar el daño, no hay dolo. No basta la conciencia de que se pueda causar un daño, es menester la intención de dañar (artículo 2284)”.

Otros autores tienen una opinión distinta. Rodríguez Grez¹⁹ dice: “El dolo en cuanto intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro se satisface siempre que el autor del hecho (acción u omisión) se encuentre en situación de: a) prever racionalmente el resultado dañoso, por lo menos como probable (lo cual supone descubrir la cadena causal que desemboca en la consecuencia dañosa); b) Aceptar este resultado y, por lo mismo, asumir que el perjuicio obedece a esa y no a otra acción complementaria o conjunta; y c) Estar en situación de optar por una conducta opuesta que excluya el daño”.

Corral Talciani²⁰ señala: “El concepto de dolo es uno solo: La conciencia de hacer lo injusto. Injuria en el artículo 44 debe tomarse en este sentido: de obrar contra derecho. Si existe esta intención general, haya o no ánimo específico de causar daño, existirá dolo también en materia civil. Basta, en consecuencia, que el sujeto se haya representado como posible el resultado lesivo y lo haya querido, aunque a su pesar, como resultado directo de la acción (es lo que los penalistas llaman dolo eventual para distinguirlo del dolo directo)”.

Nos parece más adecuado el planteamiento moderno de la concepción del dolo, que lo hace comprensivo del dolo directo de primer grado, en que el autor del daño desea que el efecto nocivo de su conducta se produzca; del dolo directo de segundo grado en que el autor se representa el daño como algo cierto que ocurrirá con su conducta y lo acepta; y del dolo eventual, en que el autor se representa el daño como probable y lo acepta.

Esta inteligencia, a más de ajustarse a la realidad, permite probar el dolo a diferencia del dolo estricto que postula la doctrina tradicional en que la prueba de la malignidad resulta casi imposible.

En cuanto a la culpa, como factor de imputación subjetivo de responsabilidad, los autores tienen distintas nociones de ella.

¹⁹ Pablo Rodríguez Grez, op. cit., págs. 165 y 166.

²⁰ Hernán Corral Talciani, op. cit., págs. 209 y 210.

Orlando Tapia²¹ dice que la culpa es la “omisión de la diligencia a que se estaba jurídicamente obligado”.

Arturo Alessandri²² señala que la culpa, descuido o negligencia “es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios”.

Pablo Rodríguez²³ explica: “Nuestra concepción de la culpa (...) parte de un supuesto básico y fundamental: en todo acto de conducta del sujeto que vive en sociedad subyace un deber, jurídicamente consagrado, de comportarse con un cierto grado de diligencia y cuidado (evitando la negligencia, la imprudencia y la impericia)”.

Corral Talciani²⁴ manifiesta: “Cuando hablamos de culpa suponemos que el sujeto no quiso causar daño (...) pero actuó ilícitamente al no observar en su comportamiento el cuidado debido que le hubiera permitido evitar la lesión...”.

A nuestro juicio la culpa procede en cuatro clases de conductas, que son: la **ignorancia**, esto es, cuando en el ámbito profesional se actúa sin los conocimientos de la respectiva ciencia o arte; la **negligencia**, que corresponde a una conducta omisiva en la cual no se desarrolla toda la actividad requerida; la **impericia**, que consiste en actuar con falta de la destreza debida, y la **imprudencia**, en que se actúa con exceso, asumiendo riesgos innecesarios.

6) En conclusión, pensamos que los deberes éticos del Código Deontológico son al mismo tiempo obligaciones jurídicas, cuya infracción puede originar responsabilidad civil para los facultativos. Sin embargo, los altos niveles de los estándares éticos que rigen a los médicos sólo son exigibles por los tribunales de esta clase, mas no en la justicia ordinaria, porque en esta sede pueden reclamarse únicamente los niveles de diligencia establecidos por el ordenamiento jurídico civil, que en nuestra opinión corresponde al cuidado o diligencia ordinaria.

²¹ Orlando Tapia Suárez, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Editorial Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, citado por Corral Talciani.

²² Arturo Alessandri Rodríguez, op. cit., N° 123, pág. 172.

²³ Pablo Rodríguez Grez, op. cit., pág. 182.

²⁴ Hernán Corral Talciani, op. cit., pág. 211.

Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales

Julio Alvear Téllez*

Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

"Yo no soy el Presidente del Partido Socialista; yo soy Presidente de la Unidad Popular. Tampoco soy Presidente de todos los chilenos. No soy el hipócrita que lo dice, no. Yo no soy el Presidente de todos los chilenos".

Salvador Allende, Discurso de Valparaíso, El Siglo, 7 de febrero de 1972.

"¡Nada ni nadie podrá impedir que este proceso se convierta en una revolución! No hemos sometido a plebiscito la revolución chilena. Las revoluciones no se hacen por votaciones".

Carlos Altamirano, discurso a la Juventud Socialista, 9 de febrero de 1973.

Durante el paro del comercio, una mujer que descubrió un paquete de azúcar sufrió un infarto cuando otras compradoras forcejearon con ella hasta arrebátárselo.

Revista "Ercilla", 11 de octubre de 1972, N° 1943, pp. 7 a 9.

Treinta años después: algunas reflexiones introductorias

"Cierta escritor afirmó que no hay nada que el hombre olvide más de prisa que la desventura. Hay mucha verdad en esta constatación. Y considerando la fuerza de recuperación de Chile (...) existe la posibilidad de que, dentro de algún tiempo, el pasado reciente –pasado triste y doloroso– sea olvidado. Es decir, que por un tácito acuerdo nacional para marchar hacia un camino de futuro, se borre la memoria de los aciagos días vividos. Un buen día, cuando ese olvido ocurra, las personas se preguntarán si habría sido necesario el histórico pronunciamiento militar del día 11 de septiembre; si habría sido necesario todo el esfuerzo posterior a dicho pronunciamiento para poner en orden al país. Aparecerá una laguna: la laguna del recuerdo de los hechos próximos".

(Se hace necesario entonces) que los chilenos guarden el recuerdo, pero no para vengarse de los hombres que les hicieron mal, sino en razón de un motivo muy diferente: para rechazar los principios que llevaron a esos hombres al extravío y al país a la ruina".¹

* El autor es también profesor de la Universidad Finis Terrae, de la Universidad Bernardo O'Higgins y de la Universidad Católica del Norte (Antofagasta).

¹ Estas, diríase proféticas, palabras fueron escritas en marzo de 1974, por el filósofo católico brasileño PLINIO CORREA DE OLIVEIRA, y aparecen publicadas en Italia, en la antología "Il Crepuscolo Artificiale del Cile Cattolico", Cristianita, Roma, 1974, entre otras fuentes que pueden consultarse.

Cuando Salvador Allende fue elegido Presidente, advirtió que la suya no era una presidencia más en el poder, sino que se iniciaba la “vía chilena hacia el socialismo”, que implicaba someter a la nación chilena a una “nueva moral”, una “nueva economía”, un “nuevo Estado” y una “nueva sociedad”, mediante un proceso irreversible, en donde no se aceptaría una “vuelta atrás”.

Acercándonos a los treinta años del 11 de septiembre de 1973, parece oportuno reseñar algunos de los trazos fundamentales de la revolución allendista. Sobre ella queda mucho por investigar, especialmente a partir de la publicación de textos ideológico-estratégicos que se conservaban en archivos privados y que fueron publicados recientemente, entre otras centenas de documentos, por Víctor Farías, en un enorme trabajo de recopilación titulado *“La Izquierda Chilena (1969-1973): documentos para el estudio de su estrategia”*, en 6 volúmenes.²

Nosotros estudiaremos aquí la revolución de la Unidad Popular desde una perspectiva, creemos, bastante original: lo haremos simplemente a través de los planeamientos que sobre ella formalizó el mismo Allende en sus *discursos presidenciales*.

Para tales efectos, seguiremos la edición española de sus discursos aparecida el año 1989,³ cuidadosamente elaborada por algunos de sus admiradores sobre la base de más de 120 textos públicos que cubren los tres años de su mandato presidencial (1970-1973).⁴ Transcribiremos por tanto no palabras dichas al azar, sino meditadas y proferidas por el ex líder marxista en discursos públicos dictados en ocasiones solemnes, con la intención de que llegaran a sus oyentes con toda su significación.

Desde un punto de vista científico, los referidos discursos presidenciales podrían ser analizados desde perspectivas históricas, sociológicas, psicosociales, politológicas, e incluso filosóficas, y esperamos que ese esfuerzo algún día sea hecho. Nuestra intención, en este momento, es más modesta, pues, si el lector nos acompaña, pretendemos examinarlos desde el ángulo *jurídico* a partir de una ordenación temática de textos. Nuestra finalidad, en consecuencia, es doble:

² Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2000.

³ Cfr. Salvador Allende, *Obras Escogidas (1970-1973)*, edición al cuidado de Patricio Quiroga, Editorial Crítica Grijalbo, Barcelona, 1989.

⁴ Excluiremos de este trabajo, salvo excepciones, muchos documentos de interés, como informes parlamentarios, cartas publicadas, entrevistas, conferencias de prensa, pues se trata, como señala el editor, de considerar primariamente los que *“tienen un mayor valor doctrinal, los que podrían ser llamados textos fundamentales, en que se exponen las líneas maestras de su pensamiento y acción como Presidente y como militante de la causa socialista”*.

1) Conocer lo que Allende pretendía para Chile a la luz de *sus propios conceptos y actos de voluntad política*. Conoceremos el régimen allendista evaluado en las propias palabras de quien condujo por mil días los destinos de una revolución que, a juzgar por lo que se leerá, decretó que la sociedad de la época y su institucionalidad republicana –y con ellas las estructuras sociales, económicas e incluso morales– debían morir ineludiblemente para abrir paso a una nueva sociedad.

2) Visualizar estas pretensiones más específicamente desde el punto de vista de sus relaciones con el *Estado de Derecho*,⁵ *la paz social, las libertades ciudadanas y el sistema de derechos fundamentales*, lo que se traduce en determinar si Allende amenazó y atacó formalmente a través de sus proyectos macropolíticos estos bienes esenciales para una nación.

El autor de estas páginas era de muy corta edad al momento de suceder todos estos acontecimientos. Sorprende, por ello mismo, la radicalidad de las palabras de Allende para quienes no vivieron plenamente conscientes esa época, y por ende, la radicalidad del movimiento político por él inaugurado en nuestro país cuando asume la Presidencia. Sorprende asimismo la claridad intelectual de sus metas, la obscuridad moral de los métodos elegidos⁶ y la fuerza de convocatoria para organizar a los seguidores del socialismo y comunismo a fin de implantar su régimen en Chile.

A este respecto debemos decir que la gran realidad que destaca sobre todas las otras es que Allende fue un alto dirigente *marxista* que siempre se declaró fiel a la doctrina de Marx y que trató empeñadamente de aplicarla, concibiendo para ello toda una estrategia para obtener el “poder total”, discutida y compartida por los máximos dirigentes de la Unidad Popular⁷,

⁵ Pablo Rodríguez Grez ha escrito entre nosotros que “*El Estado de Derecho es un valor de situación. Surge como consecuencia de presupuestos básicos que dotan al individuo de ciertas certezas para participar en la sociedad, sabiendo o pudiendo saber que todos sus actos están regulados anticipadamente en las normas; que sus derechos (...) están protegidos, amparados y garantizados en ellas; que éstas se cumplirán; que no le sobrevendrá una sanción si ajusta su conducta a dichas normas jurídicas y que se hallarán también en ellas las compensaciones que remediarán los atentados que se realicen en contra de sus bienes y derechos amparados*”. Cfr. *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 14-15. La designación “Estado de Derecho” deriva del vocablo “*Rechtsstaat*” y fue acuñado por publicistas germanos de la primera mitad del siglo XIX, particularmente por Carl Theodor Welcker y Robert von Mohl. Sin embargo, como realización histórica es un fenómeno muy anterior a su rótulo, y acompaña al nacimiento de nuestra civilización, al menos desde sus orígenes medievales. Sobre su materialización en Chile desde la época indiana, véase, entre otros, Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1996.

⁶ Recuérdese a este respecto cómo Allende calificó de mera “*necesidad táctica*” para conseguir el poder el compromiso suscrito con la Democracia Cristiana de respetar el Estatuto de Garantías. (Cfr. Entrevista a Regis Debray, en Punto Final, 16 de marzo de 1971).

⁷ El carácter explícito de dicha estrategia, y las distintas “*tácticas*” de ella, se formulan con meridiana precisión en el Informe de Allende leído el 18 de marzo de 1972 en el Pleno Nacional del PS efectuado en Algarrobo, y publicado como folleto por el Departamento Nacional de Educación Política del PS, en abril de 1972.

llegando a usar, especialmente en la última fase de su gobierno, medidas compulsivas de carácter nítidamente despótico.

Una advertencia es importante hacer aquí. Los discursos de Allende son a veces oblicuos en sus significados. Cuando el ex Presidente, por ejemplo, les hablaba a todos los chilenos, y no especialmente a sus seguidores, era mucho más moderado en la formulación de sus intenciones, y utilizaba en general palabras que podían despertar el consenso común como “acabar con el hambre”, “nunca más pobres en Chile”, “independencia económica”, “la riqueza para el pueblo y no para las transnacionales”, “el poder para los trabajadores”, etc., invitando en esos puntos a cambiar lo malo. Sin embargo, en los hechos ello se traducía en la aplicación siempre creciente de reformas socialistas y confiscatorias: las clásicas reformas de estructuras marxistas, como la reforma agraria, industrial, comercial, educacional, que iban extendiendo el control del gobierno sobre la población.

Debe considerarse asimismo que las intervenciones de Allende marcaban un más hondo y preciso significado, propio del lenguaje ideológico, para quienes eran sus seguidores y conocían y compartían en mayor o menor medida las fuentes teórico-prácticas de la revolución en curso. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar esta obviedad de la época:

– “El pueblo” para un neófito es el “pobre” o el “menos pudiente”; para Allende y sus seguidores, en cambio, es sobre todo aquel que adhiere a la revolución, en sus diversos grados. Es así como se entiende, entre otras, su famosa amenaza proferida en agosto de 1972 de que “Llamo al pueblo a que tome todas las industrias, todas las empresas, que esté alerta; que se vuelque al centro de la ciudad...; que lo haga; que lo haga con prudencia con cuanto elemento tenga en sus manos (...) Si llega la hora, armas tendrá el pueblo”.

De ahí la insistencia de Allende de que la doctrina marxista leninista se estudiara y se amara con pasión para la total inteligibilidad del proceso chileno y la íntegra convertibilidad de las mentes al operar subversivo del orden presente:

“Necesitamos que la gente se capacite y que beba la doctrina revolucionaria, porque sin ella –como decía hace un instante– no hay acción revolucionaria. Pero que la adapte a la realidad, que la coloque frente a los hechos diarios de la vida. Cuesta muy poco leerse el Manifiesto Comunista. Es más duro leerse El Capital y entenderlo. Pero, ni basta leer El Capital –y son pocos los que lo han leído– ni basta haberse leído unos cuantos libros para pensar que se

tiene el bagaje suficiente para poder orientar y definir una táctica o una estrategia".⁸

– Lo "consensuado" y "moderado" del discurso va cobrando también un único e inédito significado revolucionario en la medida que Allende se dirige públicamente a sus seguidores más directos. Hablaban de "lo mismo" como dos amantes que a veces adoptan un lenguaje propio, y que sólo entre ellos cobra su cabal identificación semiótica y hermenéutica. El sentido del discurso entonces es sin ambages. Se dice lo que se quiere, pura y simplemente, a veces utilizando un lenguaje nominativo –"Poder Popular"–, a veces un lenguaje común, pero que contiene un mensaje específico solo captable directamente desde los propios patrones de significado ideológicos, como, por ejemplo, el término "trabajadores" para referirse a los seguidores de su Gobierno, o "fascistas", para referirse a los opositores.

* * *

Dadas las evidencias que se hicieron conocidas con la caída del Muro de Berlín, y la apertura de los archivos de la policía secreta de los antiguos Estados del bloque soviético, en tesis, no sería necesario ponderar citas de Allende para calibrar la naturaleza esencialmente ofensiva, amenazante y subversiva que tiene la Revolución a la cual él adhirió, tanto como doctrina, como hecho histórico, y como método de acción política, puesto que de suyo, por principio, todo este enorme movimiento que dividió a la humanidad en el siglo XX suponía, a veces a la sombra de bonitas y humanitarias palabras, acabar con la libertad del hombre, con la propiedad privada, con la familia, y con los derechos humanos más elementales, para lo cual se armaron campos de concentración, se levantaron muros y se exterminaron a más de cien millones de personas. Sin embargo, no deja de ser importante volver a "convivir" con el verbo socialista-comunista chileno de antaño a fin de interiorizarse de sus objetivos declarados: lucha de clases; desprecio por la democracia "parlamentarista", por la "legalidad burguesa" y por la institucionalidad chilena; imposición a la población del control de la Unidad Popular en todas las esferas de su actividad: en la

⁸ "Es la obligación de los dirigentes políticos discernir lo que enseña la teoría (marxista), porque no hay acción revolucionaria sin teoría revolucionaria, pero tamizar los basamentos ideológicos para aplicarlos a la realidad, y proceder consecencialmente con ellos" Cfr. Discurso a los estudiantes de la Universidad de Concepción, 4 de mayo de 1972. *Discursos. Salvador Allende*. La Habana, 1975.

"Necesitamos más unidad dentro de la Unidad Popular; necesitamos más unidad para usar un lenguaje revolucionario que sea entendido y necesitamos llamar a la fuerza revolucionaria que no está en la Unidad Popular, para que junto con nosotros avancen con la responsabilidad histórica para hacer la revolución socialista, camaradas" Cfr. Salvador Allende, Discurso en el 40° aniversario del PS. Publicado en el Boletín del Comité Central. Partido Socialista de Chile, N° 34-35, abril-mayo 1973.

industria, en el agro, en el comercio, en la educación, en la cultura, en la prensa; establecimiento de la revolución por la violencia, si por otros medios no fuera posible; internacionalismo marxista de liderazgo cubano; alternativa de dictadura del proletariado en la construcción del socialismo.

Sobre esos objetivos y métodos, a modo de *memento*, transcribimos a continuación aspectos representativos de los discursos presidenciales de Salvador Allende, de los que se han seleccionado algunos con las correspondientes citas, y cuya referencia conjunta se sistematiza en la bibliografía al final de este artículo.

DISCURSOS PRESIDENCIALES DE SALVADOR ALLENDE

I. LA VIOLENCIA REVOLUCIONARIA

1) La Unidad Popular: Somos la fuerza y podemos paralizar el país.

“Somos la fuerza de trabajo y la producción; somos la fuerza capaz de hacer que todos los días la usina, la empresa, la escuela, el taller y la universidad caminen. Pero al mismo tiempo somos la fuerza capaz de paralizar este país y hacernos respetar. Somos la fuerza, que tiene la seguridad y la certeza que, siendo más poderosa, solo la usará para responder a la agresión y a la fuerza de los otros. Lo dije y lo vuelvo a repetir: sólo a la contrarrevolución que use la fuerza, usaremos nosotros la fuerza revolucionaria del pueblo”.⁹

(Discurso a los estudiantes de la Universidad de Concepción, 4 de mayo de 1972, en *Discursos. Salvador Allende*, La Habana, 1975)

2) A fin de evitar torrentes de sangre, aceptar el camino al socialismo.

“Torrentes de sangre, cárceles y muerte marcan la lucha de muchos pueblos, en muchos continentes, y, aun en aquellos países en donde la revolución triunfó el costo social ha sido alto, costo social en vidas que no tienen

⁹ “El partido ha planteado en diversas oportunidades que el enfrentamiento es inevitable, entendiéndose como tal un enfrentamiento violento entre derecha e izquierda, entre la revolución y la contrarrevolución, en la lucha por el poder. Ese enfrentamiento no se deriva de la mala o buena voluntad de los hombres, sino en el resultado de las contradicciones de clases de la sociedad chilena” (Cfr. “Partido Socialista (Regional Santiago-Centro): Evolución General del Proceso”, documento presentado al Activo del 27 de junio de 1973, citado en Farías, Víctor, *La Izquierda Chilena: 1969-1973*. Centro de Estudios Públicos, Tomo VI, Santiago, Chile, 2000. p. 4739).

precio, camaradas. Costo social en existencias humanas de niños, hombres y mujeres que no podemos medir por el dinero. Aun en aquellos países en donde la revolución triunfó hubo que superar el caos económico que crearon la lucha y el drama del combate o de la guerra civil. Aquí podemos hacer la revolución por los cauces que Chile ha buscado, con el menor costo social, sin sacrificar vidas y sin desorganizar la producción. Yo los llamo con pasión, los llamo con cariño, los llamo como un hermano mayor a entender nuestra responsabilidad; les hablo como el compañero Presidente para defender el futuro de Chile".¹⁰

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971)

3) Allende notifica entre líneas al Congreso Nacional: Si no se aceptan las transformaciones socialistas, vendrá la fractura violenta de la juridicidad.

"Nuestro sistema legal debe ser modificado. De ahí la gran responsabilidad de las cámaras en la hora presente: contribuir a que no se bloquee la transformación de nuestro sistema jurídico. Del realismo *del Congreso depende*, en gran medida, que a la legalidad capitalista suceda la legalidad socialista conforme a las transformaciones socioeconómicas que estamos implantando, *sin que una fractura violenta de la juridicidad abra las puertas a arbitrariedades y excesos que, responsablemente, queremos evitar*".

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

4) El asedio a la continuidad institucional y al Estado de Derecho.

"Si la violencia, interna o externa, la violencia en cualquiera de sus formas, física, económica, social o política, llegara a amenazar nuestro normal desarrollo y las conquistas de los trabajadores, *correrían el más serio peligro la continuidad institucional, el Estado de Derecho, las libertades políticas y*

¹⁰ En un encuentro más "privado", Allende confesaba: (Allende:) "*Lo he dicho aun antes de nuestra victoria, la lucha revolucionaria puede ser el foco guerrillero, puede ser la lucha insurreccional urbana, puede ser la guerrilla del pueblo, la insurgencia como un cauce electoral; depende del contenido que se le dé. Entonces, frente a algunos países no hay otra posibilidad que la lucha armada.* (Debray:) *Personalmente he visto, he sentido tu victoria, como un aliento para seguir luchando, sea como sea.* (Allende:) *Evidente, los has interpretado bien*" (Entrevista a Regis Debray, en Punto Final, 16 de marzo de 1971).

el pluralismo. El combate por la emancipación social o por la libre determinación de nuestro pueblo *adoptaría obligatoriamente manifestaciones distintas* de lo que con legítimo orgullo y realismo histórico denominamos la vía chilena hacia el socialismo. La resuelta actitud del Gobierno, la energía revolucionaria del pueblo, la firmeza democrática de las Fuerzas Armadas y de Carabineros *velarán porque Chile avance con seguridad por el camino de su liberación*".

(Idem).

5) Contra los opositores: utilizaremos primero la ley, después la violencia revolucionaria.

"Y he dicho allí y lo he dicho en Chile, que nosotros –que no queremos la violencia– a la contrarrevolución y a la violencia reaccionaria respondemos utilizando *primero la ley, después utilizaremos la violencia revolucionaria*".

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

6) Contra los trabajadores: que no estiren la cuerda, que no nos amenacen con huelgas.

Que no alteren las cosas, que no estiren la cuerda, que no nos amenacen con huelgas, porque si van a huelga les vamos a aplicar la Ley de Seguridad Interior del Estado. Y yo apelo a los supervisores que no están en ese predicamento, apelo a los obreros y empleados del cobre, apelo a mis compañeros del metal rojo. *Ellos tienen que estar vigilantes, ellos tienen que estar en pie de guerra*. Si los supervisores van a la huelga, no se pararán las minas; las minas seguirán trabajando. *Yo sé que éste es el único lenguaje que cabe*, o sea, el de un compañero de ustedes que ejerce la tarea de Presidente de la República.

(Intervención del 7 de febrero de 1970 en el Consultivo Nacional de la Confederación de Trabajadores del Cobre).

7) En un discurso solemne, un Presidente de la República en pleno ejercicio de sus funciones amenaza con el poder del Estado a los chilenos que se oponen al comunismo: "Trogloditas", "cavernarios", "fascistas". "¡Los atajaremos! ¡No pasarán!"

“Queremos señalar que *los ultras*, que *los filofascistas*, los que estuvieron metidos en el asesinato del General Schneider, los *seudonacionalistas*, los que nunca dijeron nada cuando el cobre y la riqueza de Chile estaban en manos extranjeras, y hablan hoy en día un nacionalismo demagógico que el pueblo repudia, *son los trogloditas y los cavernarios, de un anticomunismo destinado a defender granjerías de los grupos minoritarios. ¡El pueblo los atajará y no pasará el fascismo en nuestro país!*”.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

8) A quienes se oponen a la visita de Fidel Castro por casi un mes: “Como Presidente de la República yo les digo a esos desquiciados...”

“Con la responsabilidad que tengo, *como Presidente de la República, yo les digo a esos desquiciados que moderen su actitud*, y le digo al pueblo de Chile que *si he invitado a Fidel Castro es porque el pueblo de Chile quiere a Cuba, quiere a su revolución, sabe que es hermano en la esperanza y en el dolor*”.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

9) En el lenguaje duro del trabajador impediré la insolencia opositora.

“*¡Jamás en la Historia de Chile el pueblo estuvo más combativo y presente!* Aquí no sólo está la presencia física, sino la voluntad revolucionaria, responsable, consciente, de cientos de miles, de más de medio millón de santiaguinos (sic), *que como a lo largo de la patria y otras provincias están diciendo, en su lenguaje duro de trabajador, que no permitirán la insolencia fascista*”.

(Discurso ante el pueblo de Santiago el 22 de junio de 1973, publicado en *El Siglo*, 23 de junio de 1973).

10) Como Presidente de la República combatiré implacablemente con las FFAA y el poder popular a quienes se oponen a la UP, penetraré en sus madrigueras, y aplastaré su insolencia.

“*¡Como Presidente de la República, como militante del Partido Socialista y de la lucha social, combatiré implacablemente al fascismo, penetraremos*

en sus madrigueras, aplastaremos su insolencia, defenderemos Chile, compañeros!”.

*“Será con la **unidad combativa del pueblo**, con la decisión de **las Fuerzas Armadas y de Orden** –que tienen que acatar por mandato histórico de la Constitución y de la ley– que **levantaremos una barrera infranqueable a las turbias maniobras de los fascistas y los reaccionarios que los apoyan**”.*

(Discurso ante el pueblo de Santiago el 22 de junio de 1973, publicado en El Siglo, 23 de junio de 1973).

11) Amenazas directas a la existencia de los opositores.

*“Les advierto que no prosigan, porque bien lo dijo Godoy, desatada la violencia, no van a escapar ellos al justo castigo del pueblo... El pueblo debe medir hasta dónde han llegado. Tengo aquí y voy a resumir muy brevemente, oíganlo en silencio, una declaración, o, mejor dicho, un manifiesto del **Partido Nacional**... Esto es sedición y sedicioso. Que la **Democracia Cristiana** se pronuncie sobre este manifiesto. Es conveniente que sepamos todos a qué atenernos. Mientras tanto **haremos un último intento**; presentaremos una querrela en contra de la directiva del Partido Nacional; si hay justicia en el país, **deben ir a la cárcel... Y mientras se tramita esto en los tribunales, todas las medidas administrativas y policiales para aplastar la insolencia de Patria y Libertad**”.*

“(Todos ellos) buscan acentuar las dificultades que estamos viviendo y que no oculto frente al pueblo, que son graves, compañeros, por una inflación que puede ser galopante”.

(Discurso ante el pueblo de Santiago el 22 de junio de 1973, publicado en El Siglo, 23 de junio de 1973).

II. LA VIA CHILENA HACIA EL SOCIALISMO: SU DEFINICION, SU ESTRATEGIA

1) Hoy Chile, como ayer la URSS.

*“Las circunstancias de Rusia en el año 17 y de Chile en el presente son muy distintas. Sin embargo, **el desafío histórico es semejante**. La Rusia del año 17 tomó las decisiones que más afectaron a la historia contemporánea. (...) Allí se aceptó el reto y se edificó una de las formas de construcción de la sociedad socialista que es la **dictadura del proletariado**.”*

“Hoy nadie duda que, por esta vía, naciones con gran masa de población pueden, en periodos relativamente breves, romper con el atraso y ponerse a la altura de la civilización de nuestro tiempo (sic). Los ejemplos de la URSS y de la República Popular China son elocuentes por sí mismos”.

“Como Rusia entonces, Chile se encuentra ante la necesidad de iniciar una manera nueva de construir la sociedad socialista. Chile es hoy la primera nación de la tierra llamada a conformar el segundo modelo de transición a la sociedad socialista. Este desafío despierta vivo interés más allá de las fronteras patrias. Todos saben, o intuyen, que aquí y ahora la historia empieza a dar un nuevo giro, en la medida que estemos los chilenos conscientes de la empresa”.¹¹

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) La estrategia del modelo: Desde dentro de la democracia burguesa encontrar los caminos para transformar radicalmente sus estructuras.

“Hemos llegado al Gobierno y avanzamos a la conquista del poder. La victoria alcanzada en las urnas implica una gran responsabilidad, y yo quiero que se entienda muy bien, muy claramente. Desde luego, que se sepa, que se aprecie, que se medite lo que significa que un pueblo *por vez primera en la historia, dentro de los cauces legales y de las leyes, de la democracia burguesa*, haya alcanzado el Gobierno para transformar la sociedad e *ir abriendo camino a las profundas transformaciones estructurales que conduzcan al socialismo*.”

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

3) Una revolución integral, y no solo política, para penetrar en la conciencia de las masas.

“Una revolución simplemente política puede consumarse en pocas semanas. **Una revolución social y económica exige años. Los indispensables para**

¹¹ Por la época Allende expresaba que *sin perjuicio de reiterar su admiración por los revolucionarios de Cuba, China, la Unión Soviética y por los heroicos patriotas de Vietnam, cada país, cada pueblo, debe hacer la revolución de acuerdo con su propia realidad. El marxismo-leninismo hace la distinción entre estrategia y táctica y constituye un sistema que ofrece la suficiente amplitud de interpretación según sean las condiciones sociales, políticas y económicas*. Cfr. Noticias de Última Hora, 30 de junio de 1971.

penetrar en la conciencia de las masas. Para organizar las nuevas estructuras, hacerlas operantes y ajustarlas a las otras. Imaginar que se pueden saltar las fases intermedias es utópico. No es posible destruir una estructura social y económica, una institución social preexistente, sin antes haber desarrollado mínimamente la de reemplazo”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

4) Nada quedará sin tocar, todo debe ser modificado.

“Todo un sistema normativo debe ser modificado y un conjunto de medidas administrativas ser puesto en práctica para ordenar las nuevas necesidades. El sistema bancario, el financiero, el régimen laboral, el de seguridad social, la administración regional, provincial, municipal y comercial, los sistemas de salud y educacionales, la legislación agraria e industrial, el sistema de planificación, la misma estructura administrativa del Estado, la propia Constitución Política, ***no corresponden ya a la exigencia que los cambios instaurados están planteando.***

(Segundo Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1972. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1972).

5) Definiendo, junto al pleno del Partido Socialista, el “tratamiento” al que va a ser sometido Chile para transformarlo.

“No podemos limitarnos a mostrar las grandes metas a alcanzar, sino que junto a ello tenemos que mostrar con claridad el camino a recorrer, las sucesivas etapas que se presentan, los mecanismos a través de los cuales ir aproximándose a los objetivos programáticos. El partido debe indicar con claridad a sus militantes y seguidores no sólo hacia dónde se dirige, sino cómo se propone hacerlo, a través de qué medios piensa actuar. Esto se puede lograr si, como bien dice el informe político, el partido es capaz de ***“descubrir cuáles son las formas concretas y específicas que van asumiendo en este proceso concreto las leyes generales de la transición revolucionaria del capitalismo al socialismo...”***

“Se trata de transformar el aparato burocrático, el aparato del Estado como totalidad, la propia Carta Fundamental, en su sentido de clase, y, también, en sus manifestaciones institucionales individualmente consideradas. Lo hemos dicho durante muchos años, está en el Programa de Gobierno de la Unidad Popular y lo estamos llevando a cabo”.

(Informe leído el 18 de marzo al Pleno del PS, en Algarrobo; publicado como folleto por el Departamento de Educación Política del PS, abril de 1972).

6) El programa de la Unidad Popular supone “una transformación total” y “un salto cualitativo”.

“El Programa de la Unidad Popular y, por consiguiente, el Gobierno, están plenamente de acuerdo con la afirmación del Informe de que *la transformación total del sistema actual exige un salto cualitativo*. Efectivamente, y precisamente esa dimensión es la que dará a nuestra política su significado revolucionario”.

(Informe leído el 18 de marzo al Pleno del PS, en Algarrobo; publicado como folleto por el Departamento de Educación Política del PS, abril de 1972).

7) La construcción socialista obliga a la nación a un sacrificio que tiene que ser heroico y que tiene el deber de asumir.

“He tenido la honradez de decir que *nosotros no somos un Gobierno socialista; somos un Gobierno de transición, que abre el camino*, que inicia la construcción socialista. Los jóvenes tienen que darse cuenta que en ningún país revolucionario del mundo, en condiciones muy diferentes a las nuestras, donde el poder estuvo, desde el comienzo, en las manos de los gobernantes revolucionarios, se ha podido construir el socialismo, sino después de largos años de esfuerzo y sacrificio. *Las generaciones que construyen la nueva sociedad tienen que entender que la construcción socialista obliga a un sacrificio que a veces tiene que ser heroico*. Tienen que darse cuenta, en el terreno, de las cosas que golpean muchas veces a la gente. Como por ejemplo el problema de los abastecimientos”.

(Discurso a los estudiantes de la Universidad de Concepción, 4 de mayo de 1972, en *Discursos. Salvador Allende*, La Habana, 1975).

8) La mujer chilena desconfía de la Unidad Popular: Hay que atraerla.

“En el caso concreto de Chile, *me inquieta profundamente el hecho de que la mujer no haya entendido* que ella será la beneficiada en forma más extraordinaria por el proceso de cambios revolucionarios de Chile. Una nueva moral, una nueva relación en el trato humano entre el hombre y la mujer, una concepción de respeto a la compañera... Sin embargo, *la mujer no los mira con esa claridad; teme a la Revolución. Es gran tarea, es una enorme tarea la de atraerla conscientemente*”.

(Discurso a los estudiantes de la Universidad de Concepción, 4 de mayo de 1972, en *Discursos. Salvador Allende*, La Habana, 1975).

9) La lucha de clases es una premisa de la política gobiernista.

“El Gobierno Popular inspira su política en una premisa artificialmente negada por algunos: *la existencia de clases y de sectores sociales con intereses antagónicos y excluyentes*, y la existencia de un nivel político desigual en el seno de una misma clase o sector”.

(Discurso de la Victoria, 5 de septiembre de 1970; La Nación, 6 de septiembre de 1973).

10) A los más duros de la UP una recomendación: ¡Que lean a Lenin!

“También, ya lo he dicho, hay ciertos sectores extremistas a quienes les digo yo que no tememos al diálogo, a la discusión ideológica, pero para empezar es bueno que lean el librito de Lenin que dice: “Extremismo, enfermedad infantil del comunismo”. El fundamento de la Revolución es la férrea unidad de los revolucionarios de las masas populares”.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

11) Fidel nos enseñó que la revolución marxista es sacrificio. El deber de entregarse a ella plenamente.

“Ya hace cerca de un año el pueblo de Cuba estuvo en Chile en la persona del comandante Fidel Castro y de una delegación que visitara nuestra patria. Allí Fidel, como era lógico imaginarse, recibió el embate insolente de los proimperialistas y los profascistas... Chile oyó su palabra: nos entregó su experiencia, nos habló con el lenguaje de la realidad, y fortaleció la fe de nuestro pueblo en sus propias fuerzas. Y al hablar de su pueblo y de ustedes, hizo entender a muchos que la revolución es sacrificio, generosidad, renunciamiento; que los revolucionarios tienen que sentir la necesidad de entregarse plenamente para afianzar la independencia de su patria... Por eso la presencia de Fidel significó fortalecer la fe revolucionaria del pueblo chileno y la fe revolucionaria de los pueblos latinoamericanos”.

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

12) Un nuevo camino para el socialismo mundial

“Y desde otras fronteras, desde otros países, se mira con satisfacción profunda la victoria alcanzada. *Chile abre un camino que otros pueblos de América y del mundo podrán seguir*. La fuerza vital de la unidad romperá los diques de las dictaduras y abrirá el cauce para que los pueblos puedan ser libres y puedan construir su propio destino”.

(Discurso de la Victoria, 5 de septiembre de 1970; La Nación, 6 de septiembre de 1973).

“Compañeros trabajadores: pongo término a mis palabras. Agradezco la atención de ustedes y recalco lo que significa nuestra revolución: es auténticamente chilena. Pero millones de hombres más allá de las fronteras miran con pasión y con interés lo que hacemos nosotros. *La Revolución chilena es también la revolución de los países dependientes que luchan por su liberación*”.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

III. COMO SE ORGANIZA EL AVANCE DE LA REVOLUCION: HACIA EL DOMINIO DE TODAS LAS ACTIVIDADES DE LA POBLACION

1) Hacia la nueva sociedad y la nueva moral.

“Si la victoria no era fácil, difícil será consolidar nuestro triunfo y *construir la nueva sociedad, la nueva convivencia social, la nueva moral y la nueva patria*. Pero yo sé que ustedes, que hicieron posible que el pueblo sea Gobierno, tendrán la responsabilidad histórica de realizar lo que Chile anhela”.

“Hemos triunfado para derrotar definitivamente la explotación imperialista, para terminar con los monopolios, para hacer una seria y profunda reforma agraria, para *controlar el comercio de importación y exportación*, para nacionalizar, en fin, el crédito, pilares todos que harán factible el progreso de Chile, creando el capital social que impulsará nuestro desarrollo”.

(Discurso de la Victoria, 5 de septiembre de 1970; La Nación, 6 de septiembre de 1973).

2) Pondremos todas las fuerzas del pueblo en tensión.

“Pondremos toda la fuerza creadora del pueblo en tensión para hacer posible estas metas humanas que se ha trazado el programa de la Unidad Popular”.

(Discurso de la Victoria, 5 de septiembre de 1970; La Nación, 6 de septiembre de 1973).

3) Hacia el control total del aparato del Estado.

“El aparato del Estado ocupa un lugar central en la lucha revolucionaria... por su conquista han luchado los trabajadores chilenos, quienes en estos momentos están dirigiendo el centro de gravedad de nuestro Estado, el Poder Ejecutivo. Dirigiéndolo con una inspiración revolucionaria y con *la voluntad abiertamente declarada de transformar las estructuras capitalistas para abrir el camino al socialismo*. Con lo que el Estado chileno se encuentra ahora en una situación mixta, ya que es, en primer lugar, *un objetivo político* a conquistar, y, al mismo tiempo, *un medio de acción* del cual se sirven los trabajadores, a través del Gobierno, para realizar los cambios estructurales *que les permitan controlar el resto del aparato del Estado*”.

(Informe leído el 18 de marzo al Pleno del PS, en Algarrobo; publicado como folleto por el Departamento de Educación Política del PS, abril de 1972).

4) Distinto es conquistar el gobierno que alcanzar el poder: Hemos ido conquistando el poder.

“Sostuve que era *distinto conquistar el Gobierno que alcanzar el poder*... Hoy vengo a manifestar que, lenta pero firmemente, *hemos ido conquistando el poder*, y hemos ido realizando los cambios revolucionarios establecidos en el programa de la Unidad Popular”.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

5) Estrategia: construir el socialismo. Táctica: nos hemos ido tomando todas las trincheras.

“La clase obrera chilena tiene su propia y dura experiencia y una fuerte

conciencia revolucionaria; dentro de esta realidad nace, para hacer victoriosa la Unidad Popular. ***Nuestra estrategia es construir el socialismo***; nuestras tácticas, de acuerdo a las realidades que vamos confrontando; ***No se abate al capitalismo en una sola gran jornada apocalíptica; es como si estuviéramos frente a un campo de batalla; hay trincheras y trincheras*** donde el capitalismo va defendiendo sus intereses y privilegios y ***nosotros hemos ido tomando esas trincheras***".

(Discurso en el 40º aniversario del PS. Publicado en el *Boletín del Comité Central. Partido Socialista de Chile*, N° 34-35, abril-mayo, 1973).

IV. ASEDIO AL ESTADO DE DERECHO, A LA DEMOCRACIA Y A LA INSTITUCIONALIDAD DE LA NACION

1) Mensaje al Congreso Pleno de 1971: Una memorable propuesta de desprecio al Estado de Derecho, a la democracia y a la institucionalidad chilena. Allende notifica al país su voluntad revolucionaria.

"El pueblo de Chile está conquistando el poder político ***sin verse obligado a utilizar las armas***. Avanza en el camino de su liberación social sin haber debido combatir contra un régimen despótico, o dictatorial, sino contra las limitaciones de una democracia liberal. Nuestro pueblo aspira legítimamente a recorrer la etapa de ***transición al socialismo sin tener que recurrir a formas autoritarias de gobierno***".

"Nuestra voluntad en este punto es muy clara. Pero la responsabilidad de garantizar la evolución política hacia el socialismo no reside únicamente en el Gobierno, en los movimientos y partidos que lo integran. ***Nuestro pueblo se ha levantado contra la violencia institucionalizada que sobre él hace pesar el actual sistema capitalista. Y por eso estamos transformando las bases de este sistema***".

"Mi Gobierno tiene origen en la voluntad popular libremente manifestada. ***Sólo ante ella responde***. Los movimientos y partidos que lo integran son orientadores de la conciencia revolucionaria de las masas y expresión de sus aspiraciones e intereses. Y también son directamente responsables ante el pueblo".

"Con todo, es mi obligación advertir que ***un peligro puede amenazar la nítida trayectoria de nuestra emancipación y podrá alterar radicalmente el camino*** que nos señalan nuestra realidad y nuestra conciencia colectiva; este peligro es la violencia contra la decisión del pueblo".

“Si la violencia, interna o externa, la violencia en cualquiera de sus formas, física, económica, social o política, ***llegara a amenazar nuestro normal desarrollo y las conquistas de los trabajadores, correrían el más serio peligro la continuidad institucional, el Estado de Derecho, las libertades políticas y el pluralismo.*** El combate por la emancipación social o por la libre determinación de nuestro pueblo ***adoptaría obligatoriamente manifestaciones distintas de lo que con legítimo orgullo y realismo histórico*** denominamos la vía chilena hacia el socialismo. La resuelta actitud del Gobierno, la energía revolucionaria del pueblo, la firmeza democrática de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, velarán porque Chile avance con seguridad por el camino de su liberación”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) Toda la legalidad en tela de juicio...

“Se nos plantea el desafío de ponerlo todo en tela de juicio. Tenemos urgencia de preguntar a cada ley, a cada institución existente y hasta a cada persona, si está sirviendo o no a nuestro desarrollo integral y autónomo. Estoy seguro de que pocas veces en la historia se presentó al Parlamento de cualquier nación un reto de esta magnitud”.

(Idem).

3) ...para implantar una legalidad propia de la nueva sociedad marxista.

“Protestamos contra una ordenación legal cuyos postulados reflejan un régimen social opresor. Nuestra normativa jurídica, las técnicas ordenadoras de las relaciones sociales entre chilenos responden hoy a las exigencias del sistema capitalista. ***En el régimen de transición al socialismo, las normas jurídicas responderán a las necesidades de un pueblo esforzado en edificar una nueva sociedad”.***

(Idem).

4) Utilizamos el marco cerrado de una institucionalidad burguesa para construir el socialismo.

“Hemos dicho que el pueblo no busca ni quiere la violencia. Hemos hecho entender –y el pueblo lo sabe– que ***la violencia está institucionalizada en el régimen capitalista,*** que golpea implacablemente a las masas populares.

En mi patria no hemos usado la violencia (sic), pero sentimos la violencia agresiva del imperialismo, que como lo dijera Fidel ayer, con nuevos métodos, más sutiles, pero directamente agresores, levanta un cerco para estrangular a nuestra patria”.

“Por eso, *utilizamos el marco cerrado de una institucionalidad burguesa para defender el derecho de Chile a transformar las estructuras económicas y crear una nueva sociedad...* Pero también les hemos advertido a los imperialistas –y por eso utilicé la tribuna de las Naciones Unidas, que es el foro internacional más importante– para señalar que *no nos van a doblegar, que no nos van a impedir que construyamos* por nuestra propia voluntad nuestro propio destino”.

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

5) El Congreso es una barricada...

“El Congreso es la barricada desde donde han actuado para maniatar al gobierno popular e impedir que cumpla su programa...”.

(Discurso ante el pueblo de Santiago el 22 de junio de 1973, publicado en *El Siglo*, 23 de junio de 1973).

6) El Poder Judicial no podrá detener las mareas de la historia.

“*El Poder Judicial tiene que darse cuenta él que no puede ser un factor negativo.* Que las leyes de un siglo atrás no pueden aplicarse ahora, así, implacablemente..., *que los jueces tienen que entender que las mareas de la historia no se detienen a través de códigos caducos y leyes dictadas para otra realidad*”.

(Idem).

7) Las Fuerzas Armadas no pueden quedar al margen del proceso.

“No como político pero sí *como Generalísimo*, título que me otorga la Constitución Política, he dialogado con los representantes de las Fuerzas Armadas, en este caso de la guarnición de Santiago. Junto con reafirmar cómo respetamos el cometido profesional de nuestras Fuerzas Armadas y de Carabineros, cómo son respetuosos de la Constitución y la ley, *destacamos también que ellos no pueden ser una parcela independiente al margen*

del gran proceso de transformaciones que Chile encara en lo económico, en lo social y en lo cultural...".

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

8) Utilizaremos la fuerza que tiene el Estado y las fuerzas de refuerzo del pueblo.

"Nunca hubo un acto nuestro en que destruyéramos un vidrio, abolláramos un automóvil o nos lanzáramos contra un edificio (sic).¹² Pero que lo sepan, en la tranquilidad del pueblo, en su presencia responsable está la gran reserva. *Que lo entiendan una vez por todas: si desatan la violencia contrarrevolucionaria, utilizaremos las fuerzas que tiene el Estado y las fuerzas de refuerzo del pueblo: ¡utilizaremos la fuerza revolucionaria!*"

Discurso ante el pueblo de Santiago el 22 de junio de 1973, publicado en El Siglo, 23 de junio de 1973).

V. UN PODER PARALELO AL DEL ESTADO, Y COADYUVANTE DE LA REVOLUCION

1) Los Comités de la UP: Responder al llamado del gobierno marxista.

"Mantendremos nuestros comités de acción popular, en actitud vigilante, en actitud responsable, para estar dispuestos a responder a un llamado, si es necesario, que haga el comando de la Unidad Popular. Llamado para que los comités de empresas, de fábricas, de hospitales, en las juntas de vecinos y en

¹² En los mismos días en que se pronuncian estas palabras, específicamente el 14 de junio, el gobierno de Allende ordenó a Carabineros interceptar con tanquetas la marcha de los mineros de El Teniente que en un número de 11.500 habían iniciado una huelga –que se extendería por tres meses– y se dirigían a Santiago. Los hechos ocurrieron en el puente carretero sobre el río Maipo, y tras largo enfrentamiento los huelguistas lograron cruzar el río, de noche y a nado, sorteando la vigilancia policial y reapareciendo más adelante. Dos días después, el 16, ingresan los trabajadores a Santiago, reprimidos primero por Carabineros, mientras después las calles del Centro se llenan de brigadistas armados del MIR, de las brigadas Ramona Parra y Elmo Catalán, produciéndose un feroz enfrentamiento entre los trabajadores y los militantes socialistas y comunistas de la UP, que dejó como saldo 218 heridos y 1 muerto. Los grupos armados de la UP ya siembran el terror en la población y constituyen un sustentáculo efectivo del Gobierno, abriendo fuego desde la torre ENTEL y frente a la sede de la DC. La noticia es ampliamente difundida por la prensa de todos los sectores. Ni los vidrios rotos faltaron: el día 22, elementos extremistas de la UP intentan asaltar la casa central de la Pontificia Universidad Católica, donde estaban guarnecidos los trabajadores de El Teniente apoyados por estudiantes nacionales y demócratacristianos, rompiendo los vitrales de la Capilla y la mayoría de los vidrios de sus aulas, mientras era repelida su provocación con el concurso de la policía. En el frontis figuraba un lienzo que dio la vuelta al mundo: "Un asilo contra la opresión".

los barrios y en las poblaciones proletarias vayan estudiando los problemas y las soluciones; porque presurosamente tendremos que poner en marcha el país. Yo tengo fe, profunda fe, en la honradez, en la conducta heroica de cada hombre y de cada mujer que hizo posible esta victoria”.

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971) .

2) Más allá de las elecciones: Organizarse y fortalecer un “poder popular” para el enfrentamiento de clases.

“Fortalecer el poder popular y consolidarlo significa hacer más poderosos los *sindicatos con una nueva conciencia*, la conciencia de que son un pilar fundamental del Gobierno... Fortalecer el poder popular *significa organizar la movilización del pueblo, pero no tan sólo para los eventos electorales; movilizarlo diariamente, porque el enfrentamiento de clases se produce todos los días, a todas horas, minuto a minuto*. Y hay que tener conciencia de ello”.

“Un pueblo disciplinado, organizado y consciente es, junto a la limpia lealtad de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, la mejor defensa del Gobierno Popular y del futuro de la patria”.

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

3) Se definen las organizaciones del “poder popular” paralelo al poder del Estado para el control de la población.

*“Necesitamos un mayor control en la distribución de los productos. Oíganlo bien, aquellos que creen que yo a veces vacilo: hay que fortalecer al poder popular, los Centros de Madres, las Juntas de Vecinos, las JAP, los Comandos Comunales; hay que fortalecerlos. Hay que fortalecer los cordones industriales, pero no como fuerza paralela al Gobierno, sino como fuerza popular junto a las fuerzas del Gobierno de ustedes, del Gobierno Popular”.*¹³

¹³ Este “poder popular”, paralelo a los mecanismos del Estado, fue siendo planeado y organizado durante toda la UP. Véase un ejemplo entre muchos: “Los Comités de la Unidad Popular deben prepararse para la defensa de la región geográfica en la que les corresponde actuar. Deben plantearse, por lo tanto, tareas de tipo militar. La directiva del comité, sin que lo sepan necesariamente todos sus miembros, debería hacer un fichaje de todos los instrumentos técnicos de que se dispone. Deberían destacar un grupo dentro del comité, el más decidido y de mayor iniciativa, para las tareas directamente militares. El resto del comité debería desempeñar una tarea de vigilancia constante del sector en que les corresponde actuar”. “Tareas de los Comités de la Unidad Popular”, Punto Final N° 115, 13 de octubre de 1970.

(Discurso en el 40° aniversario del PS; publicado en el *Boletín del Comité Central. Partido Socialista* N° 34-35, abril-mayo 1973).

4) ¡Luchando, creando poder popular! Los comandos de vigilancia.

“El pueblo debe acrecentar y crear nuevas organizaciones populares. Ya lo dije al comienzo de mis palabras: luchar y crear el poder del pueblo, pero poder del pueblo no separado del poder del Gobierno... Este es un Gobierno de un proceso revolucionario, que terminará afianzándose en la revolución, con las fuerzas conscientes y disciplinadas de los trabajadores”.

“Sí. Comandos comunales, comandos de vigilancia en las industrias, comandos de producción, miles y miles más de organizaciones de JAP... el pueblo entiende que *formando un comando político único, centralizada la economía, movilizándose en el trabajo y en el esfuerzo está la garantía de la victoria. ¡VENCEREMOS, CAMARADAS!*”.

(Discurso en el 40° aniversario del PS; publicado en el *Boletín del Comité Central. Partido Socialista* N° 34-35, abril-mayo 1973).

5) Necesitamos un partido endurecido, una unidad orgánica e ideológica monolítica.

“Necesitamos un partido cada vez más endurecido, con una unidad orgánica monolítica y con una unidad ideológica también monolítica; con la más amplia democracia interna una vez trazada la línea del partido; con la más absoluta lealtad al camino que voluntariamente el partido, a través de sus congresos, de sus directivas, ha trazado”.

“¡Necesitamos que sea cada vez más sólida, más fraterna, más justa y profunda, la unidad socialista-comunista, trabajadores chilenos! ¡Con la Unidad Popular vencimos, con la Unidad Popular venceremos, camaradas!”.

(Discurso en el 40° aniversario del PS; publicado en el *Boletín del Comité Central. Partido Socialista* N° 34-35, abril-mayo 1973).

VI. DESTRUCCIÓN DEL ORDEN SOCIOECONOMICO

1) Transferir al Estado los medios de producción.

“El nuevo orden institucional responderá al postulado que legitima y orienta nuestra acción: transferir a los trabajadores, y al pueblo en su conjunto, el

poder político y el poder económico. Para hacerlo posible es prioritaria la propiedad social de los medios de producción fundamentales”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) Una profunda transformación socioeconómica de Chile.

“En el comienzo de esta legislatura debo plantear este problema: Chile tiene ahora en el Gobierno una nueva fuerza política cuya función social es dar respaldo no a la clase dominante tradicional, sino a las grandes mayorías (sic). A este cambio en la estructura de poder ***debe corresponder, necesariamente, una profunda transformación en el orden socioeconómico***, que el Parlamento está llamado a institucionalizar”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

3) Qué significa instaurar el socialismo en el área económica.

“La construcción del área de propiedad social es uno de nuestros grandes objetivos. ***La incorporación a ella de la mayor parte de nuestras riquezas básicas, del sistema bancario, del latifundio, de la mayor parte de nuestro comercio exterior, de los monopolios industriales y de distribución***, es una tarea ya iniciada que debemos profundizar”.

“En el plano económico, instaurar el socialismo significa reemplazar el modo de producción capitalista mediante un cambio cualitativo de las relaciones de propiedad y una redefinición de las relaciones de producción”.

4) Control del sistema financiero: Controlamos el 90 por 100 de lo que fuera la banca privada. Control de la industria.

“***Controlamos el 90 por 100 de lo que fuera la banca privada***; 16 bancos, los más poderosos, entre ellos el Español, el Sudamericano, el Crédito e Inversiones, el Banco de Chile, son hoy patrimonio de Chile y del pueblo. ***Más de 70 empresas monopólicas (sic) y estratégicas han sido expropiadas, intervenidas, requisadas o estatizadas”.***

5) Control de los campos: Profundizando la Reforma Agraria socialista y confiscatoria.

"Hemos acentuado y profundizado el proceso de reforma agraria. 1300 predios de gran extensión, 2.400.000 hectáreas han sido expropiadas".

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

6) Hacia el control de las relaciones laborales y del proceso productivo.

"Creamos los Consejos Campesinos y nos hemos empeñado en cambiar las relaciones laborales. Hoy los trabajadores tienen conciencia de que son Gobierno y de que su actitud tiene que ser distinta, y por eso yo señalo como algo ejemplar la responsabilidad asumida por los compañeros dirigentes de la Central Unica de Trabajadores¹⁴ y la importancia del convenio CUT-Gobierno. Por eso también está en el Congreso Nacional el proyecto de ley que consagra la participación de los trabajadores en la administración de las empresas del Estado, la participación de los trabajadores en los Comités de Cooperación (sic), en las empresas privadas, ***y por eso también hemos creados en las empresas estatizadas, en las empresas mixtas y habrá que crearlos en las empresas privadas, los Comités de Producción (sic), para engranar profundamente la responsabilidad de los trabajadores en el proceso de la producción nacional***".¹⁵

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

5) Un estado de alerta permanente para destruir la propiedad empresarial.

"En el campo político, la clase trabajadora sabe que su lucha es por socializar nuestros principales medios de producción. No hay socialismo sin área de propiedad social. Incorporarle día a día nuevas empresas exige el estado de alerta permanente de la clase trabajadora".

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

¹⁴ Organizada y dirigida por el Partido Comunista.

¹⁵ A este respecto se decía: *"Una guerra no se gana sólo con las armas. Tan importantes como ellas son las líneas de abastecimientos en general, el apoyo logístico y la capacidad de alimentar las fuerzas combatientes. Es, pues, decisivo para una guerra el control de la producción"*. Comité editor de la UP: "¿Podemos triunfar?", revista Chile Hoy; N° 58; semana del 20 al 26 de julio de 1973.

VII. UNA REVOLUCION INTEGRAL: NO SOLO LA SOCIEDAD, TAMBIEN EL INTERIOR DE CADA HOMBRE

1) La revolución no debe quedar en las palabras, sino en los hechos.

“Por eso tenemos que tener conciencia: *la revolución no se hace en las palabras, compañeros, se hace en los hechos*. Y hacer la revolución no es tan fácil, sino ya la habrían realizado otros pueblos, en otras latitudes o en este continente”.

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) No basta hablar de revolución, hay que hacer primero la revolución interior para crear una nueva moral.

“Se necesita tener el nivel político, la responsabilidad necesaria para entenderlo; *no basta hablar de la revolución. Hay que hacer la revolución interior, que le dé autoridad a uno para poder exigirles a los demás*, y por eso les hablo así, el día 1 de mayo, con pasión frente a la responsabilidad que tenemos nosotros, ante Chile y ante la historia”.

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

“**Ser revolucionario es ir contra el hecho mismo de lo que se juzga absurdo y perjudicial; pero seriamente, metódicamente.** *El revolucionario sabe que la labor es ardua, dura, difícil, y, por tanto, considera que las relaciones no son para hoy, que las pirámides no se comienzan por el vértice. El revolucionario ideal no comprende la revolución sino como una culminación de una evolución antecedente orgánica y formal. Afianzamos esos conceptos y agregamos: para ser revolucionarios, hay que iniciar la revolución interior. Alguien escribió en los momentos agitados de los estudiantes, en las murallas de la Sorbonne: la revolución comienza por las personas, no por las cosas. Si queremos ser revolucionarios, tenemos que entender el superior contenido de esa expresión y crear una nueva moral, un nuevo espíritu, un sentido distinto de la vida en lo colectivo y en lo humano*”.

(Discurso en el Congreso Pleno de Colombia, 21 de agosto de 1971).

3) La juventud debe educarse en la doctrina revolucionaria.

“La juventud sabe que no hay posibilidad revolucionaria sin teoría revolucionaria... La juventud debe educarse políticamente más y más, para llevar su voz, aliento y crítica, de tal manera que los sectores populares encuentren precisamente en los cuadros juveniles el guía que pueda indicarles cuál ha de ser el camino que tenemos que seguir”.

(Saludo a la XX Conferencia de la Federación Juvenil Socialista, publicado en el Boletín del Comité Central, Partido Socialista, N° 15, agosto de 1971).

VIII. UNA MISMA REVOLUCION CON EL COMUNISMO

1) La revolución marxista no tiene fronteras: Cuba junto a Chile.

“Y quiero destacar como un hecho de gran significación moral y solidaria la palabra de Cuba. Hace poco se realizó en La Habana una monstrosa concentración, porque era el aniversario de la victoria del pueblo en Playa Girón. Chile estuvo presente en la palabra del senador de la Unidad Popular, compañero y amigo Volodia Teitelboin. Fidel Castro junto con hacer una síntesis histórica de las luchas de los pueblos latinoamericanos y del pueblo cubano, tuvo frases para Chile que reflejan su amplio y grande espíritu solidario, trasunto del fraternal espíritu del pueblo de Cuba con nosotros. *¿Qué dijo Fidel Castro refiriéndose a nosotros?* “(...) Al pueblo hermano de Chile, al Gobierno de la Unidad popular, al Presidente Allende le decimos: al pueblo de Chile no le faltará el azúcar, haremos lo que sea necesario, con más producción, hasta nuestro propio consumo”. Y termina: “Expreso al pueblo de Chile, desinteresadamente, fraternalmente, con el espíritu de Girón, que *cuando lo necesiten pueden contar con nuestra sangre; que cuando lo necesiten pueden contar con nuestras vidas*”. *Esa es solidaridad, ése es un concepto de revolución sin fronteras*”.

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) Comienza a insertarse Chile en el eje soviético: URSS, El “hermano mayor”.

“Entre los créditos ya concedidos, los países socialistas nos han ofrecido más de 300 millones de dólares para puertos pesqueros, plantas agroindustriales, fábricas de materiales de construcción, plantas químicas, fertilizantes, etc. La Unión Soviética nos prestará más de 50 millones de dólares. Igualmente nos asistirán económicamente Bulgaria, Hungría, Polonia, la República Democrática Alemana, Yugoslavia.¹⁶ (...) Tenemos que aprovechar la ayuda solidaria de países amigos y ***de los países socialistas hermanos en la gran tarea de la humanidad”***.

(Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971, en *Salvador Allende. Su pensamiento político*, Santiago de Chile, 1972).

“No estamos solos, contamos con la solidaridad de muchos gobiernos y pueblos... Esto se refiere principalmente a la Unión Soviética, a la que nosotros denominamos nuestro hermano mayor”.

(Discurso en el Kremlin, 6 de diciembre de 1972).

3) Ayer, hoy y siempre, Cuba y Chile marcharán unidos.

“¡Por eso la historia de ayer viene hoy día a unirse con la actitud fraterna, solidaria, generosa, para señalar que ayer, hoy y siempre, Cuba y Chile marcharán unidos!”.

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

4) Cuba, el ejemplo señero que debe seguir Chile. Fidel Castro: Síntesis del pueblo.

“Vine, por vez primera, en enero de 1959 y prácticamente todos los años, hasta 1968, concurrí a Cuba para estar junto a su pueblo y ver cómo se afianzaba su conciencia revolucionaria, cómo los conductores de la revolución y cómo Fidel Castro daban el ejemplo de una voluntad creadora para derrotar al imperialismo y hablar el lenguaje de solidaridad a través del mundo”.

“Creo que tengo derecho, y me honro al hacerlo, a decir que fui amigo

¹⁶ Todos, a la sazón, países comunistas.

*del comandante Ernesto Che Guevara*¹⁷ (Aplausos). Y guardo un ejemplar de su libro *Guerra de guerrillas*, que me dedicara fraternalmente. Y con su espíritu amplio, me decía allí con su letra dibujada por la fraternidad: "A Salvador Allende, que por otros medios busca lo mismo. Afectuosamente, Che" (Aplausos).

"Aquí, en Cuba, apareció el hombre, *síntesis del pueblo: ¡Fidel Castro!*" (Aplausos).

"Cuba enseña a América Latina y al mundo su clara concepción del internacionalismo proletario. Y porque hay esa nueva moral, porque hay esa nueva conciencia, porque está aquí latiendo la voluntad revolucionaria ejemplar de un pueblo, la delegación chilena y el compañero Presidente que les habla han podido sentir la emoción viril que hemos sentido cuando este pueblo acoge la generosa iniciativa de Fidel Castro para arrancarse un pedazo de pan y entregarlo a mi pueblo que lucha contra el imperialismo".

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

5) El pueblo revolucionario con el machete en la mano desbrozará la maleza imperialista.

"Cuando América sienta el llamado de la Historia, entonces hablaremos el lenguaje común y entonces *estará presente en la plenitud de sus derechos el pueblo revolucionario que con el machete en la mano desbrozó la maleza imperialista* para levantar la caña fresca y dulce de la amistad latinoamericana. ¡Viva Cuba Revolucionaria! ¡Vivan los jefes y el pueblo revolucionario! *¡Gracias, compañero y amigo, comandante de la esperanza latinoamericana, Fidel Castro!*

(Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972, publicado en *Boletín del Comité Central. Partido Socialista*, N° 30, enero de 1973).

¹⁷ "Podemos injertar el olmo para que dé peras... Las nuevas generaciones vendrán libres del pecado original... Particularmente importante es la juventud por ser la arcilla maleable con que se puede construir el hombre nuevo sin ninguna de las taras anteriores... Los dirigentes de la revolución tienen hijos que en sus primeros balbuceos no aprenden a nombrar al padre... El revolucionario, motor ideológico de la revolución dentro de su partido, se consume en esa actividad ininterrumpida que no tiene más fin que la muerte. Haremos al hombre del siglo XXI: nosotros mismos". Estas palabras del Che Guevara, en su célebre carta al semanario "Marcha", de Montevideo, Allende las citó más de una vez en el Senado en su trayectoria como uno de los parlamentarios íconos del socialismo marxista chileno.

IX. NO HAY VUELTA ATRAS

1) No le voy a poner pie al freno.

“Camaradas, el compañero Víctor Díaz dijo: “compañero Allende, dele para adelante”. *Yo le voy a echar para adelante; no le voy a poner el pie al freno, camaradas.*¹⁸ *Pero que lo sepan de una vez por todas, sobre todo los militantes de la Unidad Popular: aquí hay un Gobierno y un Presidente, y si yo le echo para adelante, es porque tengo los pantalones bien amarrados y no acepto...* (Y perdón, señor cardenal Silva Henríquez, por esta expresión, pero yo sé que usted me entiende y la comparte”).

(Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971, Día Internacional del Trabajo. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) Todos los recursos naturales y espirituales del país al servicio de la implantación sin retroceso del socialismo.

“El mandato que se nos ha confiado compromete todos los recursos materiales y espirituales del país. Hemos llegado a un punto en que el retroceso o el inmovilismo significarían una catástrofe nacional irreparable. Es mi obligación, en esta hora, como, primer responsable de la suerte de Chile, exponer claramente el camino por el que estamos avanzando y el peligro y la esperanza que, simultáneamente, nos depara. El Gobierno Popular sabe que la superación de un período histórico está determinada por los factores sociales y económicos que ese mismo período ha conformado, previamente. Ellos encuadran los agentes y modalidades del cambio histórico. Desconocerlo sería ir contra la naturaleza de las cosas”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

¹⁸ Desde el Partido Comunista también se planteaba lo mismo. Por ejemplo, Luis Corvalán, entre otros: “*Que nadie se equivoque. La clase obrera y el pueblo no permitirán la vuelta atrás. En cualquier circunstancia pelearán, con la firme decisión de aplastar todo intento sedicioso. Los fascistas ya están notificados. No pasarán. Los que vengan por lana saldrán trasquilados*”. Cfr. Discurso durante acto celebración de 50 años del PC en Chile citado en Farías, Víctor; *La Izquierda Chilena*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, 2000, tomo III, p. 1777.

X. LA UTOPIA: EL SOCIALISMO ES LIBERACION SI O SI

1) Así como la emancipación del esclavo libera al amo, el marxismo libera a una nación.

“Pocas veces los hombres necesitaron tanto como ahora de la fe en su capacidad de rehacer el mundo, de renovar la vida. *Es éste un tiempo inverosímil, que prevé los medios materiales para realizar las utopías más generosas del pasado. Sólo nos impide lograrlo el peso de una herencia de codicias, de miedos y de tradiciones institucionales obsoletas. Entre nuestra época y la del hombre en escala planetaria, lo que media es superar esta herencia.* Así se podría convocar a los hombres a reedificarse no como productos de un pasado de esclavitud y explotación, sino como realización consciente de sus más nobles potencialidades. Este es el ideal socialista”.

“Así como la emancipación del esclavo libera al amo, así la construcción socialista con que se enfrentan los pueblos de nuestro tiempo tiene sentido tanto para las naciones desheredadas como para las privilegiadas, ya que unas y otras arrojaron las cadenas que degradan su sociedad”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

2) El socialismo: El único camino que se ofrece a las naciones para su liberación.

“Caminamos hacia el socialismo no por amor acedémico a un cuerpo doctrinario. Nos impulsa la energía de nuestro pueblo, que sabe el imperativo ineludible de vencer el atraso y siente el régimen socialista como el único que se ofrece a las naciones modernas para reconstruirse racionalmente en libertad, autonomía y dignidad”.

(Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971. Folleto publicado por la Consejería de Difusión de la Presidencia de la República, Santiago de Chile, 1971).

Bibliografía

- Discurso de la Victoria, 5 de septiembre de 1970.
- Intervención del 7 de febrero de 1971 en el Consultivo Nacional de la Confederación de Trabajadores del Cobre.
- Discurso pronunciado en la Plaza Bulnes de Santiago el 1º de mayo de 1971.
- Primer Mensaje al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971.
- Discurso en el Congreso Pleno de Colombia, 21 de agosto de 1971.
- Discurso pronunciado en el Estadio Nacional de Santiago el 4 de noviembre de 1971.
- Informe leído el 18 de marzo de 1972 al Pleno del PS, en Algarrobo.
- Discurso a los estudiantes de la Universidad de Concepción, 4 de mayo de 1972.
- Discurso en el Kremlin, 6 de diciembre de 1972.
- Discurso en la Plaza de la Revolución de La Habana, pronunciado el 13 de diciembre de 1972.
- Discurso en el 40º aniversario del PS.
- Discurso en Santiago el 22 de junio de 1973.

Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento

Fernando Rojas Sepúlveda

Profesor de Introducción al Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Derecho y moral

Es remota la discusión que enfrenta a positivistas, por un lado, y a iusnaturalistas, por el otro. En efecto, la filosofía jurídica, durante siglos ha tenido ocasión de albergar, no pacíficamente, los planteamientos vertidos por ambas corrientes de pensamiento, cada una con pretensión de vencer a la contraria.¹

No es propio ni necesario al objeto de este trabajo, y sería vanidoso pretenderlo, intentar zanjar la discusión. Sin embargo, es preciso abordar someramente esos planteamientos, efectuar un acercamiento a ellos, aun lejano o aproximado, pues es el punto de partida para lograr un adecuado entendimiento de las reflexiones que proponemos en torno a las materias que abordaremos en estas líneas.

La corriente positivista sostiene, en síntesis, que lo que en verdad ha de interesar no son los modelos de derecho fundados en criterios morales, sino, lisa y llanamente, el derecho existente en la realidad, el derecho positivo. Empero, ello no significa que el positivismo niege la existencia de relaciones entre el derecho y la moral, como se infiere de las afirmaciones de Hart en diversos pasajes de su obra clásica *El Concepto de Derecho*, por ejemplo, cuando refuta las teorías escolásticas del derecho natural y teorías contemporáneas que critican al positivismo, y señala: "sin embargo, también aquí las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término,

¹ Sobre esta materia puede consultarse "Positivism Jurídico y Doctrinas del Derecho Natural", Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 41, Primer y Segundo Semestre de 1996, Universidad de Valparaíso.

uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar”.²

El iusnaturalismo, en tanto, postula que el derecho consiste en una rama de la moral o de la justicia y que su esencia está dada, no por constituir un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, sino por su congruencia con principios de moral y justicia que debe regir la conducta de los hombres en sociedad. Se añade que toda experiencia que no concuerde con estos principios, obtenidos mediante la razón, no puede ser considerada derecho. En otros términos, si una regla perteneciente a un sistema normativo, que se pretende erigir en ordenamiento jurídico, no concuerda con principios de moralidad y justicia, no puede ser considerada una regla de derecho.

Cualquiera sea la posición filosófica que en estas materias podamos tener, lo cierto es que nadie podría sostener seriamente la completa separación entre derecho y moral, en términos que se trate de sistemas normativos enteramente independientes o autónomos, sin relaciones entre ellos. Con mayor o menor intensidad, lo cierto es que iusnaturalistas y positivistas se inclinan frente a la moral y aceptan la existencia de **evidentes y necesarias vinculaciones** entre ésta y el derecho. Así, Hart señala: “No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino los ejemplos más obvios de la coincidencia de las prohibiciones del derecho y la moral. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes”.³

Entre los vínculos fundamentales que se pueden establecer entre derecho y moral, cuyo estudio obviamente no pretendemos agotar, pero que nos interesa poner de manifiesto por sus repercusiones en el mundo real, está el de la **permanente e inagotable referencia que el derecho hace a valores morales y éticos**. Esta afirmación, perfectamente demostrable por medio de la experiencia, cuenta además con el aval de reflexiones y pensamientos de muchos destacados autores, concebidos en el intento de avanzar por las tinieblas de la clásica e interminable discusión acerca de la conceptualización o definición del derecho.

² H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, segunda edición, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, página 9.

³ H. L. A. Hart, obra citada, página 9.

Recasens Siches, que se abocó a la búsqueda de un concepto esencial y universal de derecho, planteaba que es característica esencial de éste hacer una referencia intencional a determinados valores, como la justicia, dignidad, bienestar social, etc. El célebre autor, no obstante, estaba plenamente consciente de la autonomía del derecho respecto de la moral, y por ello enseñaba que el derecho, si bien contenía esta referencia a valores, no incluía en sí a la teoría de los valores, puesto que aquello implicaría la existencia de órdenes jurídicos que cumplieran a cabalidad con los distintos valores, lo que en verdad nunca ha ocurrido y es una utopía. Nunca ha habido derecho totalmente justo, señalaba.

Radbruch decía algo muy similar. Sostenía que el derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia, lo que no quiere decir que todo derecho positivo tenga también que ser necesariamente derecho justo; pero, en cuanto derecho, se haya, según su sentido, bajo la exigencia de la justicia.⁴

Asimismo, el contemporáneo autor Philippe Jestaz, profesor de la Universidad de París, que rechazó la pretensión de tener que definir el derecho, optando por el camino de consignar uno a uno los elementos “cuyo ensamblaje constituye el derecho”, incluyó entre éstos al referente moral. Jestaz, que distinguió entre los elementos indispensables y los casi indispensables que integran el derecho, consideró entre los primeros la referencia a la justicia, en los siguientes términos: “El derecho –dice– es inseparable de la justicia. Entendamos por ello que no todo derecho será justo por esencia, sino que se califica como tal”.⁵

Sin duda no es fortuito que los precitados autores y tantos más, tanto o más connotados que los anteriores, relacionen tan estrechamente el derecho con la moral, en términos de ser elemento esencial suyo y estar contenido en su seno, lo que llamamos referencia intencional y necesaria a valores. En efecto, si ello es así, debe ser, por un lado, por simple constatación empírica, que así lo ha demostrado, y por el otro, pensamos, porque **existe una necesidad humana de que así sea.**

Los hombres, dotados de inteligencia y voluntad, elaboran derecho, crean reglas, pero éstas no pueden consistir únicamente en lo que algunos autores, con extrema simplicidad, han querido ver en ellas: órdenes respaldadas por amenazas. El hombre no fabrica derecho por mero capricho o

⁴ G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de W. Roces, México, FCE, 1951, página 32, citado por Karl Larenz, obra citada, página 119.

⁵ Philippe Jestaz, *El Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, traducción de Ramón Domínguez Aguila, página 18.

simple instinto. Si el derecho, fuere en esencia tan solo órdenes respaldadas por amenazas, entonces, las sociedades humanas en nada diferirían de las comunidades animales, en las que también están presentes órdenes, con las particularidades del caso, en que el líder se impone a la manada, respaldado por la fuerza.

Con esta lógica, puede llegarse al extremo, absurdo por cierto, que el derecho, como sistema de normas, no es exclusivo de los hombres, sino compartido con los animales. Pero ello no es así, y no lo es porque el derecho, a más de constituir órdenes respaldadas por amenazas, intenta organizar la sociedad sobre la base de referencias necesarias a valores, que el hombre, creador de derecho, dotado de **voluntad e inteligencia**, alcanza y le imprime a través de la **razón**. Entonces, la **referencia a la moral**, que ineludiblemente encontramos en todo sistema jurídico normativo, se torna en **elemento consustancial al concepto de derecho**, derivando en último término de la propia **naturaleza humana**.

Es ésta, a nuestro juicio, la íntima y más relevante vinculación existente entre derecho y moral, que, por una parte, encuentra perfecta explicación racional y, por la otra, es eficiente, así concebida, para el logro del progreso de la humanidad y de la paz social.

En lo tocante a la explicación racional de la vinculación entre derecho y moral, por un lado, de un punto de vista teórico, es lógico colegir, partiendo de la premisa que el hombre es un ser dotado de inteligencia y voluntad, que su sistema normativo regulatorio de la convivencia humana esté fundado y organizado sobre la base del empleo de la razón. Y luego, se está a un paso de arribar a la siguiente conclusión: que la razón, ineludiblemente, permitirá fundar y organizar la sociedad sobre la base de valores, por tratarse de los únicos entes idóneos al objeto de que el hombre pueda alcanzar su fin último y trascendente. En síntesis, si el derecho no estuviere organizado sobre la base de referencias a valores, significaría que el hombre renuncia al empleo de la razón en la organización de sus propias relaciones de convivencia, lo que equivale a renegar la naturaleza humana.

No podemos dejar de advertir que no venimos a plantear una perfecta correspondencia entre derecho y moral, ni que se trata de órdenes normativos idénticos, lo que sería absurdo, pues es posible establecer evidentes diferencias entre uno y otro. Lo que venimos a señalar es que ningún derecho puede pretenderse tal si no contiene en su seno la **íntima pretensión** de lograr organizar la convivencia social sobre la base de ciertos valores, de manera tal que éste contendrá siempre, inexorablemente, una referen-

cia a esos mismos valores, porque la razón, inmanente a la naturaleza humana, así lo impone.

Por último, esta referencia que el derecho hace al orden moral tiene una faz práctica: es útil y necesaria para el progreso de la humanidad y el logro de la paz social. Imagine el lector que el derecho no contuviera en sí ninguna vinculación con la moral, pero que sin embargo, pretendiera igualmente organizar la sociedad. ¿Sobre la base de qué directrices podría ello ocurrir? Sólo cabe responder: ello no es posible. Esta interrogante muestra, mediante una operación de supresión mental hipotética, la obvia vinculación existente entre derecho y moral. Pero muestra algo más: que los juristas, todos quienes tienen algún grado de intervención, mayor o menor, en labores relativas a la creación y aplicación del derecho, y las personas que integran la sociedad en general, han de guardar siempre perfecta conciencia de que el derecho no está constituido por simples exhortaciones a seguir determinadas conductas. El derecho es una forma de poder social, organizada sobre la base de la renuncia a la fuerza ilegítima, erigido en sistema, en el decir de Jestaz, o reglas respaldadas por amenazas, pero que, además y en todo caso, tiene la **pretensión** y **necesidad** de ordenar la sociedad guiándola por cauces éticos, nos permitimos agregar.

Esta vinculación de las ciencias del espíritu a los valores, que son aquellas que se ocupan no del fenómeno que se repite uniformemente, lo que es propio de las ciencias naturales, sino de lo individual y de las obras del espíritu, fue planteada por Rickert, pero referida al ámbito de la historia. Postulaba que el historiador, plantado frente a un suceso histórico como la Revolución Francesa, el Renacimiento, u otro análogo, efectuaba una selección de hechos, pues el análisis de todo lo individual sería inadmisibles. "Ahora bien, el criterio directivo al respecto es, como observa Rickert, la referencia de un determinado suceso u objeto a un valor estimado relevante del historiador".⁶ Rickert planteó incluso que sin esta referencia de la historia a valores, la ciencia histórica sería imposible

II. Los actos de justicia y la moral

De gran interés, en relación con el esencial acto de juzgar, son los pensamientos de Ricoeur, destacado filósofo contemporáneo. Ricoeur distingue en el acto de juzgamiento una doble finalidad, una inmediata y otra mediata. En cuanto hace a la primera finalidad, "juzgar significa zanjar

⁶ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, página 116.

una cuestión con miras a poner término a la incertidumbre". En tanto que la segunda, "consiste en la aportación del juicio a la paz pública".⁷

La aguda distinción que hace el autor nos parece de enorme relevancia, en cuanto permite visualizar con nitidez las dos facetas que envuelve el acto de juzgamiento. Por un lado, como señala el propio Ricoeur, el acto de juzgar consiste en separar, repartir, deslindar las pretensiones de unos y otros, lo que se logra mediante la implementación del proceso. Esta faz del acto de juzgamiento, obviamente, se confunde con la antigua definición romana de justicia: dar a cada uno lo suyo.

Pero ésa no es la única finalidad del acto de juzgar.

Existe otra, que el autor hace consistir en algo más que la seguridad, precisamente, en la paz social. Esta ha de derivar, enseña Ricoeur, no de la reconciliación, el amor o perdón, que no son dimensiones jurídicas, sino del reconocimiento. Pero ¿reconocimiento de qué? "De lograr que cada cual reconozca la parte que el otro toma en la misma sociedad que él, en virtud de lo cual el ganador y el perdedor del proceso habrían obtenido su justa parte en este proyecto de cooperación que es la sociedad".⁸

Es decir, Ricoeur no ve en el acto de juzgamiento un simple acto de determinación de qué es lo de cada cual, sino algo mucho más profundo y esencial, a saber, el medio que permite edificar la sociedad como proyecto de cooperación. Esta visión, como lo anota el autor, ya había sido trazada en las enseñanzas de John Rawls.

Pero no se agotan aquí las enseñanzas de Ricoeur. En efecto, en directa relación con la temática que nos ocupa, vierte un juicio categórico, que rescatamos con satisfacción. Ante la pregunta de qué hace que la sociedad sea más que un órgano de distribución, un órgano de cooperación, enfáticamente señala: "es aquí donde debemos introducir un componente más sustancial que el puro procedimiento de la justicia, a saber, algo parecido a un bien común, consistente en valores compartidos".⁹

Entonces, es obvio que en concepto suyo, opinión que compartimos enteramente, los actos de juzgamiento están íntimamente relacionados con un **sistema de valores**; es más, de éste arrancan su esencia, pues la función de cooperación que cumple la sociedad o finalidad mediata del acto de juzgamiento, está basada en valores. La sociedad no podría lograr la paz

⁷ Paul Ricoeur, *Lo Justo*, Editorial Jurídica de Chile, traducción de Carlos Gardini, página 183.

⁸ Paul Ricoeur, obra citada, página 189.

⁹ Paul Ricoeur, obra citada, página 189.

social, el reconocimiento entre litigantes gananciosos y perdedores, sino en la medida que los actos de juzgamiento estén concebidos y fundados en valores. En otros términos, el acto de juzgamiento que realiza la sociedad entraña una función de distribución y otra de cooperación, y como la sociedad hace reposar la función de cooperación en valores, es perfectamente lógico concluir que el acto de juzgamiento, en cuanto desempeña este último rol, debe descansar en valores.

En este mismo orden de ideas, el de la relación, o más bien de **inspiración** de decisiones judiciales en principios ético jurídicos, Larenz nos muestra cómo éstos son considerados "pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas".¹⁰

El citado autor señala que estos principios permiten lo que denomina el desarrollo del derecho. Se trata de ideas directrices, que transformadas en reglas posibilitan una solución. Agrega que se trata de un desarrollo del derecho superador de la ley, atendiendo a un principio ético jurídico que, actuando como criterio teleológico-objetivo, codetermina la interpretación y la integración.

El desarrollo del derecho, sobre la base de principios ético-jurídicos, anota Larenz, ha permitido en el derecho civil el surgimiento de doctrinas como el abuso del derecho, de la caducidad, de la desaparición de la base del negocio, del deber de fidelidad del socio, del deber de asistencia en la relación, entre otros.

Como es obvio, todas estas creaciones derivan en último término del principio ético de la buena fe, lo que nos demuestra, una vez más, como el derecho se haya imbuido desde la misma raíz con directrices que pertenecen a la moral, y a las que se arriba a través de la razón. Asimismo, nos muestra como la actividad jurisdiccional se encuentra sometida también a la realización de consideraciones teleológicas por quienes han de impartir justicia, pues mediante actos particulares de justicia habrá de concretar éstas y nuevas creaciones abstractas en el mundo de los hechos, necesarias para la adecuada solución de litigios.

Desde otra óptica, comentando la labor de armonización que cumple la jurisprudencia, señala Castán Tobeñas: "la jurisprudencia de los tribunales, velando por la certidumbre y la estabilidad de las reglas jurídicas, a la vez que por el progreso del derecho y su adaptación a las circunstancias histó-

¹⁰ Karl Larenz, obra citada, página 418.

ricas y sociales de cada momento, vinculando el derecho a los principios e ideales permanentes, al mismo tiempo que a las realidades o intereses concretos o movedizos, puede lograr la armonía de todos esos elementos contradictorios que se agitan en el fondo de la vida jurídica...".¹¹

La idea planteada por Castán Tobeñas no es otra cosa que poner de manifiesto la enorme relevancia del rol que deben cumplir los tribunales, por de pronto olvidado, en orden a lograr, sobre la base de directrices éticas, armonizar distintos elementos que juegan en la vida jurídica, como son la regla jurídica, su estabilidad, el progreso del derecho y su adaptación a las necesidades sociales. Una vez más queda plasmada la idea de que la moral impregna o tiñe al derecho con toda su gama de principios, dirigiendo con su contenido los actos de justicia que trasuntan las decisiones judiciales.

En estas últimas líneas hemos abordado aspectos ya más concretos, que dicen relación con cómo los principios éticos evaluados en sedes jurisdiccionales, debidamente considerados y correctamente ponderados a la hora de generarse e idearse las decisiones judiciales, permiten el progreso social o, como lo señalaba Ricoeur, en qué medida determinan el establecimiento de una sociedad no solo de distribución, sino además de cooperación. O cómo la omisión de estas consideraciones teleológicas empobrece la humanidad.

Esta y otras temáticas relacionadas y críticas, en relación con experiencias judiciales en torno a una materia determinada, ocuparán nuestro próximo capítulo.

III. Comprobación de la necesidad que el derecho tiene de la moral

La experiencia nos muestra cómo, en no pocos casos, las sentencias de los tribunales de justicia, bajo consideraciones en apariencia justificadas, se apartan del seguimiento de principios éticos o morales que, como hemos visto, constituyen pautas de conducta necesarias en la sociedad, en sus distintos ámbitos, e informan el derecho, motivo este último por el que no pueden serle ajenos.

La situación que describimos es particularmente alarmante y grave en los procesos laborales que conocen y deben resolver nuestros tribunales. En ellos, específicamente en los que las materias objeto de discusión dicen relación con la invocación de causales de caducidad del contrato de trabajo, tales como falta de probidad, conducta inmoral, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, etc., sobre la base de un erróneo

¹¹ Castán Tobeñas, J., citado por Félix Calvo V., *La Jurisprudencia*, Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, página 320.

entendimiento del denominado principio protector, en muchísimas ocasiones resultan gananciosos empleados o trabajadores que manifiestamente han incurrido en conductas constitutivas de las causales legales concurrentes en cada situación, y que además se encuentran en franca oposición con principios éticos permanentes y presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta "práctica judicial", arraigada en un importante sector de nuestro medio, se genera exclusivamente en razón de que no se realiza una adecuada estimación de los patrones éticos que deben servir de referencia para evaluar conductas humanas, o simplemente se omite todo análisis al respecto. Ello se demuestra con la simple afirmación que, de mediar ese análisis valórico de conductas humanas, no se podría concluir que es razonable, justo y sano para la sociedad que resulten gananciosos en un proceso quienes han ejecutado conductas reñidas con principios éticos, ni aun con entendimientos jurídicos erróneos.

Y se debe añadir que la modalidad no tiene excusa y es por ello reprochable, porque como lo mostraremos más adelante, existe la **posibilidad jurídica** de compatibilizar los criterios legales con las pautas morales, y cumplir así con el fin ético de la norma.

La práctica es muy curiosa, detiene el progreso social y no contribuye al logro de la paz social.

En efecto, decimos que es una práctica en extremo curiosa, por cuanto en derecho el principio protector sólo tiene por objeto restablecer al trabajador de una supuesta posición de inferioridad que tendría respecto de su empleador. Empero, dicho principio jamás ha postulado emplear como herramienta para el logro del restablecimiento del equilibrio perdido, como en los hechos sucede, dejar sin sanción, y por ende permitir conductas reñidas con la moral, manteniendo incólume la posición jurídica de las personas que han incurrido en ellas. Ello, lejos de constituir la aplicación del principio protector, que como dijimos tiene por función reponer un equilibrio en teoría perdido, significa, lisa y llanamente, inclinar la balanza en sentido contrario, dejando cargado sólo el platillo correspondiente al trabajador, destruyendo definitivamente toda posibilidad de equilibrio entre las partes.

El restablecimiento del equilibrio no se logra a través de ese curioso y pernicioso modo; los que piensan que en eso consiste el principio protector se equivocan rotundamente y causan un daño a la sociedad. Creemos ver en esta práctica el deseo de no afectar a aquel que en apariencia se presenta como más débil, empero, como veremos, su efecto es precisamente el contrario, porque el sujeto que obtuvo en el pleito, pese a tener conciencia de

haber ejecutado conductas inadecuadas, a la larga empobrece sus virtudes, sin perjuicio de generarse otro problema tanto o más grave que el que se pretendía remediar: actos jurisdiccionales intrínsecamente injustos, con todo el daño que ello implica en una sociedad que intenta progresar.

Y que no se nos venga a decir que la práctica de que venimos hablando no es más que la forma correcta como se han de aplicar e interpretar las normas legales que rigen estas materias, o que los principios éticos y morales no pueden venir a alterar lo establecido y prescrito en las normas de derecho, porque bien sabemos los abogados que, por un lado, esta práctica, no es más que una equivocada derivación del principio protector, y, por el otro, en la casi mayoría de las situaciones los tribunales gozan de un cierto **margen de holgura** en relación con la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, dentro del que les es perfectamente posible y lícito jurídicamente **encauzar las conductas humanas**, prefiriendo aquellas que respetan los principios éticos y morales, por sobre aquellas que no lo hacen. No hay excusa posible para no valerse de ese margen de holgura en lo jurídico y efectuar este **enjuiciamiento plenario** en lo moral, porque, siendo así, la solución será siempre superior y el derecho, al menos en este campo, verá la luz.

También hemos planteado que la comentada práctica no contribuye al progreso de la sociedad. Esta afirmación es evidente y se explica fácilmente. Es bien sabido que las sociedades se fundan y desarrollan sanamente a partir de virtudes arraigadas en el seno de los espíritus de cada uno de sus miembros y de su exigencia por distintos medios por el grupo socialmente organizado. Por lo mismo, éstas se empobrecen como tales si puestas en tela de juicio determinadas conductas de sus integrantes, que están reñidas con principios éticos tales como la **libertad**, la **igualdad de oportunidades** y especialmente el de la **responsabilidad personal**, en definitiva son "valoradas" como lícitas de un punto de vista jurídico, más específicamente desde la óptica judicial. Este divorcio entre lo jurídico y lo moral desestimula la observancia de los mencionados principios morales, con ello la adquisición de virtudes de esta naturaleza, y con todo ello, qué duda puede haber, se inhibe el progreso de la comunidad.

Entonces existe una verdadera **necesidad de encauzamiento moral**, se trata de un **imperativo ético**, cuya aplicación efectiva ha sido depositada por la sociedad toda, que pretende desarrollarse y no involucionar, en manos, entre otros, de los tribunales de justicia. Entonces éstos no pueden sino responder a ese llamamiento que la sociedad les ha formulado.

Pero no sólo el progreso social se verá afectado. También se altera la paz social. "La finalidad de la paz social –que es para Ricouer el horizonte últi-

mo del acto de juzgar—, revela en filigrana algo más profundo, que toca al reconocimiento mutuo: no hablemos de reconciliación, y menos de amor y perdón, que no son dimensiones jurídicas sino de reconocimiento. ¿En qué sentido? Pienso que el acto de juzgar alcanza su meta cuando el que ha ganado el proceso aún se siente capaz de decir: “Mi adversario, el que ha perdido, sigue siendo un sujeto de derecho como yo; su causa merece ser escuchada; él tenía argumentos plausibles y éstos fueron escuchados”. Pero el reconocimiento no sería completo si estas palabras no pudieran ser dichas por el que perdió, el que no tuvo la razón, el condenado: él debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia, sino de reconocimiento”.¹²

Recordemos que sobre esta visión el autor consideró a la sociedad no sólo como distribuidora de partes, sino además como órgano de cooperación, rol este último que no era fruto del “puro procedimiento de la justicia”, sino que requería de un “componente más sustancial”, “algo parecido a un bien común, consistente en valores compartidos”.¹³

Sin embargo, el acto de juzgamiento, en los términos que venimos comentando, esto es, generado en un contexto de errónea aplicación de un principio de derecho —el pro trabajador— y con prescindencia de la observancia de principios éticos, lo que Ricoeur llama el componente sustancial, existiendo el margen jurídico de holgura para procurar y obtener su pleno respeto, sin duda alguna no puede generar reconocimiento alguno en los términos señalados en el párrafo anterior, ni de parte del ganancioso, ni de parte del que ha perdido el pleito. En consecuencia, el acto de juzgar ha quedado inconcluso, pues no ha cumplido su misión última: lograr el reconocimiento mutuo y la paz social.

Hemos querido abordar lo que sucede en el campo del derecho laboral, con un fin inmediato y con otro mediato. En lo que toca al primero, porque era necesaria una crítica fundada que pusiere de manifiesto la debilidad y gravedad de cuanto acontece en la materia, a la luz de principios jurídicos y éticos. Pero nuestro fin mediato y fundamental está dado por demostrar fundamentadamente y con la realidad la íntima vinculación que existe entre el derecho y la moral, y la necesidad que aquél tiene de ésta, cuestión que trae aparejada también la necesidad de contar con tribunales con adecuada e idónea formación ética.

He aquí, finalmente, un Parlamento que pone énfasis en el temor de un anciano magistrado a los errores que pudo haber cometido en el pasado y a su remordimiento. Es una fina demostración de que derecho y moral se hayan

¹² Paul Ricoeur, obra citada, página 188.

¹³ Paul Ricoeur, obra citada, página 189.

indisolublemente unidos, pues se trata de su propia consideración de mérito sobre sus propios actos de justicia, efectuada en retrospectiva, pero que a nuestro entender debiera **perseguir la conciencia del juez** durante toda su vida y no sólo a su término: "Un anciano magistrado, sintiéndose morir, oraba serenamente en su lecho: Señor, querría al morir estar seguro de que todos los hombres a quienes he condenado han muerto antes que yo, porque no puedo pensar en que dejé en las prisiones de este mundo, sufriendo penas humanas, a aquellos que fueron encerrados por orden mía. Querría, Señor, cuando me presente a tu juicio, encontrarlos en espíritu en el umbral para que me dijeran que saben que yo los juzgué según justicia, según lo que los hombres llaman justicia. Y si con alguien, sin darme cuenta, he sido injusto, a él más que a los otros quisiera encontrar allí, a mi lado, para pedirle perdón y decirle que ni una vez, al juzgar, olvidé que era una pobre criatura humana esclava del error, que ni una sola vez, al condenar, pude reprimir la turbación de la conciencia, temblando ante una función que, en última instancia, puede ser solamente tuya, Señor".¹⁴

IV. Reflexiones finales

Aunque me parece obvio, estimo pertinente aclarar que estas líneas no deben considerarse una alabanza al iusnaturalismo o una crítica exacerbada al positivismo. No hemos planteado, ni siquiera insinuado, la posibilidad de que el juez deba apartarse de la ley, como han sostenido algunos con distintos fundamentos, a mi juicio equivocadamente. Se trata sencillamente, considerando la íntima vinculación y necesidad que el derecho tiene de principios éticos, que los órganos jurisdiccionales, en la interpretación y aplicación del derecho, se valgan de aquel margen de holgura que la norma posee, y logren así encauzar el comportamiento humano sobre la base de esos principios rectores, promoviendo conductas lícitas en vez de generar señales erróneas y ambiguas que únicamente conducen al empobrecimiento moral de la sociedad.

Sin estar enteramente convencido de que se logre en tiempos cercanos el objetivo de que la moral alumbré con la dosis a mi juicio requerida las conciencias de quienes se encuentran llamados a resolver las contiendas judiciales, no puedo abandonar estas líneas sin expresar que estas reflexiones me han permitido reafirmar mi íntima convicción en orden a que sólo el seguimiento de principios éticos permitirá que se proyecte luz sobre el derecho, que sea alumbrado y brille con esplendor, incluso en aquellos rincones oscuros y de tiniebla por donde en ocasiones deambula.

¹⁴ Piero Calamandrei, *Elogios de los Jueces Escrito por un Abogado*, Tercera Edición, Le Monier, Firenze, edición al cuidado de Santiago Sentis Melendo, página 356.

Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado

Baltazar Morales Espinoza

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Antecedentes generales

Con fecha 29 de mayo de 2003 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.880 que establece las bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado.

La verdad es que la disciplina del derecho administrativo, al menos en nuestro país, debe necesariamente dividirse ahora entre antes y después de la fecha indicada.

En efecto, y a diferencia del derecho comparado, en nuestra área del derecho constituía una antigua y sentida aspiración el contar en nuestro medio con una Ley de Procedimientos que regulara a lo menos de manera básica los aspectos más fundamentales del acto administrativo, como lo hace el texto que aquí en parte se analizará.¹

Con anterioridad a la dictación de la ley en comento, toda la teoría del acto administrativo se cimentaba y construía principalmente conforme a la doctrina nacional y comparada; y a la jurisprudencia administrativa y judicial,² con las incertidumbres que en ocasiones ello generaba.

¹ En el parecer de este autor, junto a la Ley de Procedimientos; la creación de los tribunales contenciosos administrativos logrará reparar en forma modesta el crónico atraso en el desarrollo de nuestra disciplina.

² En el caso de la jurisprudencia judicial, valga un especial reconocimiento a los fallos obtenidos vía recurso de protección, particularmente en la década de los años noventa. Existió también algún desarrollo en base al articulado constitucional, pero ello de manera no relevante.

Hoy a la luz de la ley nombrada, y teniendo texto legal sobre la materia, en opinión de este suscrito se ha dado un inmenso e importante paso no sólo en la consolidación de la disciplina mencionada, sino que también en lo que se refiere a principios tan importantes como son, entre otros: “la primacía de la persona humana”, “la servicialidad y modernización del Estado”, etc.

Tengo también muy claro que la ley en observación plantea una serie enorme de problemas, vicios, vacíos, e incluso cuestiones de inconstitucionalidad; sin embargo, creo que es mucho mejor preocuparse de enmendarlos y corregirlos a partir de la ley ya dada,³ que abogar como se hacía en el pasado por la pronta dictación de una ley sobre la materia.

Los recursos administrativos

Fundamentos

En la doctrina nacional y comparada se acostumbra señalar como basamentos de la procedencia de los recursos administrativos que ellos son instrumentos cauteladores del control de la legalidad de la administración, mecanismos de garantía de los derechos de las personas. A lo expuesto habría que agregar también y en un contexto amplio, manifestaciones de un Estado moderno.

En efecto, el contar con recursos administrativos para actuar en esta sede, y no tener que trasladarse al ámbito jurisdiccional, significa no sólo una mayor eficiencia en el aparato del Estado en el sentido amplio, sino que una mayor expedición y economía para el propio administrado. Lo que queremos plantear en definitiva es que resulta práctico y modernizador que los conflictos se puedan resolver en la propia Administración, inspirada ésta en los principios de buena fe y servicialidad, y primacía de la persona humana, entendidos a su vez como verbos rectores de la actividad de la Administración. No compartimos en este punto la opinión de algunos autores que ven o conciben a los recursos administrativos de esta sede como un obstáculo o valla, como un “privilegio de la Administración”⁴ para retrasar la revisión en sede jurisdiccional de sus actuaciones.

³ En efecto, la Ley N° 19.880 presenta entre otras falencias las siguientes:

– No regula aspectos sustantivos del acto administrativo. En efecto, no hay mención alguna a los elementos motivo y objeto.

– Establece la invalidación de oficio por parte de la Administración hasta por un plazo de dos años, lo cual está en abierta infracción con el artículo 7° de la Constitución, que consagra la nulidad pública, que mas allá de la discusión sobre su prescriptibilidad es claro que establece un plazo superior.

⁴ Ramón Parada. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, decimotercera edición. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, año 2002, pág. 664.

En todo caso en nuestra ley actual, al igual como ocurría con anterioridad a ella en general –salvo alguna jurisprudencia judicial–, existe libertad para asistir a cualquiera de las dos sedes, sin necesidad de esperar que se agote una de ellas para concurrir a la otra. La elección en particular dependerá en cada caso de las circunstancias fácticas y jurídicas que concurren para optar por alguna de ellas en un caso dado, pero claramente me parece que no pueden haber predeterminismos sobre la materia.

Concepto

Existen diversas definiciones de lo que son los recursos administrativos. Así el profesor Roberto Dromi los define señalando que son “el medio por el cual se acude a un juez o a otra autoridad con una demanda o petición para que sea resuelta. En sentido restringido, el recurso es un remedio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos.”⁵

Por otro lado, el autor Luis Cordero Vega nos enseña que estos recursos administrativos “son aquellas reclamaciones que se interponen, tramitan y resuelven ante la propia Administración, como consecuencia de su deber de velar porque sus actos se adecúen a derecho y satisfagan las necesidades públicas, volviendo sobre ellos si es necesario para tal fin y no persistir en sus errores”.⁶

Es claro que los recursos administrativos constituyen mecanismos de impugnación de los actos administrativos en sentido amplio, que tienen por objeto materializar algunos de los fundamentos ya esbozados, y que tienen como base el derecho o interés del particular o interesado, y el correlativo poder-deber de la Administración.

Clasificación de los recursos

Atendiendo a las causales para ejercer los recursos, tenemos que éstos pueden ser ordinarios y extraordinarios. Los primeros son aquellos que proceden por cualquier vicio o irregularidad que afecte al acto administrativo que se quiere impugnar. Los segundos son aquellos que solo proceden por las causales específicas y taxativamente indicadas en la ley, no admitiéndose otros fundamentos para la interposición del recurso.

⁵ Roberto Dromi. *El Procedimiento Administrativo*. Editorial de Ciencia y Cultura, 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 254.

⁶ Luis Cordero Vega. *El Procedimiento Administrativo*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, pág. 160.

Clases de recursos

Como se anunció en el título, estas líneas van orientadas a tratar el tema de los recursos administrativos consagrados en la ley, y que son: ordinarios: el recurso de reposición, jerárquico, y aclaración; y extraordinario: revisión.

Los recursos administrativos los trata la ley a partir del Capítulo IV artículos 53 a 62, ambos inclusive; donde trata también de manera impropia, en cuanto técnica legislativa y ubicación, dos causales de extinción de los actos administrativos, como son la invalidación (arts. 53 a 58) y la revocación (art. 61), quedando el resto del articulado en verdad dedicado de forma útil a tratar los recursos administrativos.

I. Recurso de reposición

Este recurso, también llamado de reconsideración u oposición, lo trata la ley en el art. 59, conjuntamente con el jerárquico, manteniendo una continuidad en su consagración, ya que el mismo estaba ya contemplado en el texto original de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado,⁷ pero sin otorgarle una mayor regulación al mismo más que su consagración.

Resoluciones impugnables

Todo tipo de resoluciones o actos administrativos. Por la naturaleza de este recurso, son susceptibles de impugnación todo tipo de actos administrativos, con tres situaciones de excepción, como son: los actos de mero trámite que no determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión, artículo 15 inciso segundo; la resolución que disponga la acumulación o desacumulación de procedimientos, artículo 33; y la decisión que ordene la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento, artículo 63 inciso final.⁸

Plazo para interponerlo

El término para ejercerlo es de cinco días hábiles contados desde que se toma conocimiento del acto que se quiere impugnar.⁹

⁷ En la actualidad la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado lo repite en su artículo 10.

⁸ Las situaciones de excepción que se indican pugnan con la declaración del artículo 10 de la Ley de Bases, que es ley orgánica, al decir "...Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo...".

⁹ Durante la tramitación de la ley, y por indicación del Ejecutivo, se contemplaba un plazo de 10 días hábiles. Igual situación se disponía para la interposición del jerárquico.

Organo competente

Debe resolver este recurso el mismo órgano que dictó el acto impugnado.

II. Recurso jerárquico

Al igual que el anterior, está tratado en el artículo 59 del texto legal y también con la misma historia y continuidad que la ya indicada a propósito del recurso de reposición. Se le conoce también como de apelación o alzada, haciendo presente que en algunas legislaciones estas últimas expresiones tienen una significación especial diferente, y no ya de equivalencia a la idea de jerarquía.¹⁰

Resoluciones impugnables

También todo tipo de resoluciones, con las excepciones señaladas, en los mismos términos antes indicados.

Plazo para interponerlo

De la misma forma que el anterior, cinco días hábiles.

Organo competente

El superior jerárquico del órgano que dictó el acto impugnado. La norma agrega, de manera complementaria en este punto, la no procedencia de este recurso respecto de los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, alcaldes y jefes superiores de los servicios públicos descentralizados.

La explicación de la restricción apuntada se basa en el carácter descentralizado de los dos últimos sujetos mencionados y que como tal no reconocen superior jerárquico y en consecuencia no cumplen con el supuesto que este recurso exige. En el caso del Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado, evidentemente no reconoce superior ante quien dirigir el recurso. Respecto de los Ministros de Estado, la restricción debe explicarse por razones prácticas y de gestión, ya que en estricto rigor, como sabemos y en el contexto de las estructuras de organización centralizadas, tienen un superior último y final que es el propio Presidente de la República.

¹⁰ Así en Argentina "apelación" y "alzada" son expresiones usadas para referirse a otro tipo de recursos distintos al jerárquico.

Normas comunes a ambos recursos

A. Interposición

Se pueden interponer ambos, individual o conjuntamente –según proceda–, pero en la última situación, el jerárquico con carácter subsidiario y para el evento de rechazo del de reposición.

B. Plazo para resolverlos

Los recursos deben resolverse en un plazo no superior a los 30 días hábiles. De forma particular, y en el caso del recurso jerárquico, la autoridad superior antes de resolver debe oír de manera previa al órgano recurrido y escuchar sus descargos.

C. Efectos

En virtud del ejercicio de cualquiera de los dos recursos en estudio se podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

III. Recurso de revisión

Este medio de impugnación, que está tratado en el artículo 60, constituye una verdadera novedad en el ámbito administrativo, pues no se registran antecedentes previos, por lo cual la ley en este caso hace un verdadero aporte al incorporar este instrumento de impugnación.

El calificativo de extraordinario que usa la ley para referirse al recurso de revisión se justifica por su carácter excepcional, en cuanto a que procede, como lo veremos, contra resoluciones administrativas firmes, esto es, que suponen agotada la vía administrativa tanto porque se ejercieron recursos administrativos y ellos fueron rechazados, cuanto porque habiendo vencido el plazo para ejercerlos, ellos no se interpusieron.

Resoluciones impugnables

Procede contra resoluciones **firmes**, en que concurra **alguna** de las siguientes circunstancias:

- Resolución dictada sin el debido emplazamiento.
- Resolución dictada con manifiesto error de hecho y que fuera determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor

esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente en su momento.

- Sentencia ejecutoriada que declare que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.
- Resolución dictada por influencia esencial de documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

Plazo para conocer y resolver

Para conocer, el plazo es de un año contado desde el día siguiente a aquel en que se dictó la resolución en los dos primeros casos. En los dos últimos, desde que la sentencia quedó ejecutoriada.¹¹

Atendido a que el precepto no contempla un plazo para que el órgano respectivo resuelva el recurso, surgen en parecer del suscrito dos alternativas de solución. Una, entender que el plazo es de 20 días hábiles, por aplicación del artículo 24 de la misma ley, que inserto en el capítulo II y en relación a las normas básicas del Procedimiento Administrativo, establece que en materia de plazos la autoridad respectiva tiene el término de 20 días hábiles para resolver las llamadas “decisiones administrativas”, entendiendo que la resolución del recurso correspondería a esta categoría descrita. La otra fórmula de entendimiento es aplicar el plazo de 30 días hábiles que la normativa establece para los recursos de reposición y jerárquico; considerando criterios de integración, el que también estamos en presencia de un recurso, y que habiendo el legislador otorgado para los recursos nombrados un plazo de 30 días, que es mayor a la otra opción, no se ve la razón para que en este caso no se adopte la misma solución.

Organo competente

El que va a resolverlo es el superior jerárquico de aquel que dictó el acto o resolución impugnada; en subsidio y para el caso de que no exista superior jerárquico, el mismo órgano que dictó el acto que motiva la revisión.

IV. Recurso de aclaración

Este recurso, también llamado de interpretación, se encuentra tratado en el artículo 62; tiene por finalidad aclarar los puntos dudosos u oscuros y

¹¹ Por indicación del Ejecutivo se pretendía para el ejercicio del recurso un plazo inferior de 2 y 3 meses, según la causal de que se tratará.

rectificar los errores de copia, referencia, cálculos numéricos, y en general puramente materiales o de hechos que aparecieran de manifiesto en el acto administrativo.

De manera enfática y por razones de seguridad jurídica, se debe ser muy estricto en este recurso, ya que en caso alguno debe ser o servir de medio para afectar, cambiar, alterar, los aspectos sustantivos, esenciales o de fondo del acto dictado. La aclaración queda así restringida a aspectos sólo formales del acto dictado, en los términos anteriormente indicados.

Resoluciones impugnables

Las resoluciones susceptibles de este recurso son todas aquellas que pongan término al procedimiento administrativo, esto es, en términos de la Ley de Procedimientos, según su artículo 40, la resolución final, el desistimiento, la declaración de abandono, la renuncia, y la resolución que declare la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevinientes.¹²

Plazo para conocer y resolver

Conforme al precepto que utiliza la frase “en cualquier momento”, hay que entender de forma inequívoca que no hay plazo para el ejercicio de este recurso, y en consecuencia puede ser planteado en todo momento en que se haga necesario efectuar alguna aclaración al acto administrativo dictado.

Atento a que para este recurso tampoco la ley contempla un plazo de resolución, reiteramos para este caso las mismas alternativas de solución planteadas en el recurso anterior, estimando que son igualmente legítimas.

Organo competente

El recurso se resuelve por la misma entidad que dictó el acto objeto de la aclaración.

¹² Deberíamos agregar los casos en que el procedimiento administrativo termine por la vía del silencio –positivo o negativo–, con todas las complejidades que ello supone.

V. Comentarios finales

A fin de complementar lo expuesto con anterioridad en materia de recursos, valga referirme a algunos otros aspectos, directamente vinculados al tema y que contribuyen precisamente a un mejor análisis o consideración de los mismos.

1. Suspensión de los efectos del acto impugnado

En atención a los efectos propios de los actos administrativos, como son en lo que interesa la presunción de legitimidad y su ejecutividad, tenemos que la sola interposición de algunos de los recursos mencionados no va a significar la suspensión o inocuidad de los efectos o consecuencias del acto administrativo que se está impugnando; con lo cual los perjuicios o afectaciones que se siguen generando pueden ser de tal naturaleza o entidad que no sea posible al titular del recurso esperar su resolución, o que tal resolución sea efectivamente extemporánea y que por lo tanto ya no sea útil el resultado de la actuación.

Para evitar la circunstancias apuntadas, y corregir la falencia de estos recursos administrativos, que consiste en la carencia del efecto suspensivo de su interposición, es que se hace necesario y conveniente la petición separada y conjunta de la suspensión de efectos del acto impugnado, equivalente a la "orden de no innovar", que es propia de la segunda instancia de la sede judicial.

En el contexto de la Ley de Procedimientos Administrativos, este efecto suspensivo es posible de solicitar y obtener por medio de las "medidas provisionales", que están tratadas en el artículo 32 del texto legal. En efecto, la pertinencia de lo aseverado se establece claramente del inciso final del precepto nombrado, al indicar: "En todo caso, las medidas de que trata este artículo, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente". La eficacia de la resolución administrativa se produce en los casos en que ella está firme, esto es, no se ejercieron recursos y venció el plazo para ellos, o habiéndose ejercido ellos fueron desechados. Ratifica lo expuesto el artículo 57 de la ley, que en la materia específica de invalidación contempla la posibilidad de que la autoridad disponga la suspensión de la ejecución del acto recurrido de invalidación.

2. Ambito de aplicación

La aplicación de los recursos en estudio está dada y condicionada por la aplicación de la propia ley. En la relación de los artículos 1° y 2° del texto

legal se obtiene que estos mecanismos de impugnación se aplicarán de manera directa, en los casos en que el procedimiento administrativo se aplique de esa forma; y también de modo indirecto, supletorio, para los casos en que habiendo un procedimiento administrativo distinto, la normativa en estudio resulte pertinente en todo lo que no se encuentre especialmente regulado por aquél; y en ambos casos a los ministerios, intendencias, gobernaciones, servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gobiernos Regionales, y Municipalidades.

3. Formalidades o requisitos de los recursos

En la historia de la ley¹³ se registran antecedentes de haber pretendido regular el tema en estudio; sin embargo, al apreciar la ley se observa que no hay nada de ello, y en consecuencia, hoy al tenor del texto legal, la interposición de los recursos no requiere cumplir con exigencias o requisitos legales. Sin embargo, y por razones prácticas, es claro que el documento que contenga el recurso algunas menciones mínimas tendrá que tener. Así la indicación de quién recurre, las razones de ello, y las peticiones que se someten a la consideración del órgano parecen ser aspectos evidentes y básicos para un mínimo entendimiento y expedición entre quien recurre y el órgano encargado de conocer y resolver.

¹³ Por indicación del h. senador señor Silva se proponía incorporar requisitos o menciones del recurso, tales como la individualización del recurrente, la singularización del acto impugnado, el órgano al que se dirige el recurso.

El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil

Juan Andrés Varas Braun¹

Abogado

El presente trabajo aborda la hermenéutica del artículo 1683 del Código Civil en cuanto habilita a pedir la declaración de nulidad absoluta de los negocios jurídicos a "quien tenga interés en ello". Según la interpretación dominante, ese interés debe ser pecuniario, pero entendido en verdad como un derecho patrimonial adquirido lesionado por el acto cuya nulidad se pretende. La doctrina opuesta postula la supresión de la exigencia de pecuniaridad, basada en el carácter de orden público de la nulidad absoluta. El autor sostiene que ambas interpretaciones resultan inconvenientes, una por defecto legitimatorio y la otra por exceso, y postula una hermenéutica intermedia, mediante el mantenimiento del requisito de patrimonialidad, pero asociado a una relectura de la exigencia de interés, entendiéndolo como "interés legítimo" y no como un "derecho adquirido".

Conforme al artículo 1683 del Código Civil, puede pedir la declaración de nulidad absoluta de un negocio jurídico "quien tenga interés en ello". Según la interpretación judicial ampliamente dominante de esta norma de legitimación activa, el interés que debe exhibir quien solicite la declaración de nulidad debe ser de carácter pecuniario. En contrario, la doctrina que se opone a esa tesis postula la supresión de la exigencia de pecuniaridad, con fundamento en el carácter de orden público de la institución de la nulidad absoluta. Esa dicotomía hermenéutica –que exige pecuniaridad al interés o que se la quita– tiene consecuencias alternativas que resultan, ambas, inconvenientes: la primera lleva a una restricción excesiva y la segunda a una ampliación intolerable de la posibilidad de impetrar la ineficacia de ciertos negocios. Por ello, subyace en ella una tensión político-

¹ Licenciado U. de Chile, abogado, doctor en Derecho U. Carlos III de Madrid, profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Austral de Chile.

jurídica que no ha sido aún adecuadamente resuelta. Las líneas que siguen pretenden contribuir a aclarar esa tensión, postulando el mantenimiento de la exigencia de patrimonialidad, pero asociado a una relectura de la exigencia de interés, a partir de la distinción entre “derecho adquirido” e “interés legítimo”.

La historia del precepto del artículo 1683² del Código Civil resulta relevante a los efectos de su hermenéutica. En efecto, tanto el Proyecto de 1842 (Título XIX, art. 3°), como los de 1847 (art. 187), 1853 (art. 1866) y el Proyecto Inédito establecían que la nulidad absoluta (...) puede alegarse por todo el que tenga un “interés pecuniario en ello (...)”. Sin embargo, la calificación de “pecuniario” del interés exigido fue quitada por la Comisión Revisora, con la intención –aparente, al menos– de que fueran los tribunales los que precisaran el exacto sentido y alcance del requisito. La poderosa influencia doctrinal de CLARO SOLAR³ (y en tiempos más recientes, la de ALESSANDRI BESA⁴) motivó que la interpretación constante de la jurisprudencia entendiera, pese a la ostensible habilitación del definitivo silencio legal para hacerlo en sentido contrario, que el interés debe ser actual y pecuniario, excluyendo en consecuencia la mera expectativa y el interés puramente moral.

Contra esa línea hermenéutica ha reaccionado una parte significativa de la doctrina, argumentando esencialmente que carece de sentido restringir la titularidad de la acción, abriéndola sólo a quien acredite un interés económico privado, cuando la institución de la nulidad absoluta está establecida, precisamente, para la cautela del interés general. Así, DOMÍNGUEZ ÁGUILA ha sostenido que “(...) no vemos la justificación de esa limitación. No hay autor que no fundamente la nulidad absoluta en la defensa de intereses superiores. Y no vemos por qué, cuando es un particular el que solicita la nulidad, esos intereses se limiten a los económicos, como si los intereses morales y extrapatrimoniales no hubiesen de tener también una protección eficaz. Si en otros campos del Derecho Civil, como sucede incluso en la responsabilidad contractual, se acepta la reparación de un perjuicio moral, no se ve la razón para negar aquí una protección que, de aceptarse, guar-

² Código Civil, art. 1683. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años”.

³ CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen VI, Tomo XII, “De las obligaciones”, Ed. Jurídica de Chile, 1992, N° 1926, pp. 605 y 606.

⁴ ALESSANDRI BESA, ARTURO: *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Ed. Universitaria, Santiago, 1949, N° 600, pp. 549 y 550, quien cita, además, la opinión de su padre, Arturo Alessandri Rodríguez, en el mismo sentido.

daría armonía con la función moral que debe cumplir el derecho sancionador civil.”⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA ha adherido a esta posición indicando que “dado el andamiaje sobre el cual está asentada, en Chile, la institución de la nulidad absoluta de los actos jurídicos, lo lógico y lo razonable sería que los tribunales no restringiesen la posibilidad de que los interesados entablen la acción correspondiente. Nadie duda, y así lo repiten los libros y los catedráticos en las Universidades del país, que la nulidad absoluta es una sanción de orden público; que la nulidad absoluta custodia la moral y las buenas costumbres; que el interés general de la sociedad está presente en los litigios en que se discute la nulidad absoluta, y que debe ser defendido a través de esta institución. (...) Como el interés general de la sociedad está concernido en los pleitos sobre nulidad absoluta de los actos jurídicos, deberían ampliarse las posibilidades procesales para que esta sanción, cuando concurre alguna de sus causales (señaladas en los incisos primero y segundo del artículo 1682 del Código Civil, *v.gr.* la demencia de una de las partes que celebró el contrato discutido) y las demás exigencias legales, sea efectivamente declarada por los tribunales”.⁶

Pese a la aparente fortaleza argumentativa de esta posición doctrinal, la tendencia de los tribunales de justicia se ha mantenido inmodificada; esto es, los jueces han persistido en su interpretación que exige que el interés sea pecuniario para entender que hay legitimación activa para intentar la acción de nulidad absoluta. En este sentido, resulta significativa la línea de continuidad que media entre las sentencias más antiguas y las contemporáneas. Por ejemplo, la sentencia de la Corte de Valparaíso, de 1918, en la que se determinó que hay que entender que el interés debe ser de carácter jurídico, es decir, que la ilicitud del acto o contrato haya lesionado *los derechos* del que solicita la nulidad y, por esta causa, tiene acción para reponer el mal o los perjuicios que se le hayan originado con el acto o contrato ilícito,⁷ así como la resolución de la Corte de Concepción que determinó, en 1924, que las meras expectativas no constituyen el interés que el artículo 1683 exige para poder deducir la acción de nulidad.⁸ La Corte Suprema, en julio de 1938, estableció que el interés jurídico o de justicia es precisamente una derivación del interés económico, porque ese

⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, 1977, N.º 159.2, p. 221.

⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE: “¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la demencia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1989, Tomo LXXXVI, Sección 1.ª, página 7. En ese texto cita la opinión convergente, expresada en comunicación privada, de GUZMÁN BRITO (*Id.*, p. 10), así como de doctrina francesa, singularmente de PLANIOL, RIPERT y FARIAT (*Id.* pp. 11 y 12).

⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 julio 1918, en *Gaceta de los Tribunales*, 1918, 2.ª sem., N.º 341, p. 1045. Las cursivas son del autor.

⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 3 octubre 1924, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29, sec. 1.ª, p. 250.

interés de justicia se define por el concepto de lo que a cada uno pertenece, según cada uno lo entienda, cierta o erróneamente.⁹ Esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido reiteradamente confirmada, como puede apreciarse en fallos desde 1957¹⁰ hasta 1990,¹¹ con numerosas aplicaciones concretas.¹²

Si la argumentación contraria parece, *prima facie* al menos, tan sólida, debe existir una igualmente sólida causa razonable para esta “porfiada” posición de los jueces. A mi juicio, ésta resulta bastante evidente: Nuestros tribunales consideran –probablemente con mucha razón– que las partes y la Fiscalía Judicial (el antiguo Ministerio Público) bastan para alegar nulidades en el solo interés de la moral y la ley. Esto es, que esa titularidad del interés de la moral y de la ley es perfectamente suficiente, y que resulta políticamente inconveniente (en el sentido de política jurídica, claro está) abrir la puerta a un intrusismo de los particulares en los negocios ajenos. Resulta significativo, en este sentido, que los propios jueces se hayan vedado la iniciativa en estos casos. Véanse, como muestra de que esto es así, las sentencias de la Corte de Concepción, de 6 noviembre 1906, en la que se indicó que si bien es cierto que el juez puede, aun de oficio, declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato, es necesario que para poner en práctica esa facultad se halle en presencia de un juicio en que figuren legítimos contradictores, ya que el juez no puede ni debe andar buscando o inquiriendo actos o contratos nulos absolutamente

⁹ Corte Suprema, 19 julio 1938, en *Gaceta de los Tribunales*, 1938, 2ª sem., N° 5, p. 26, y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36, sec. 1ª, p. 104.

¹⁰ Corte Suprema, 7 junio 1957, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 54, sec. 1ª, p. 92, decisión en la que se estableció que la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera persona a quien beneficie pecuniariamente esa declaración mediante su efecto retroactivo propio, precisando que el interés que exige el precepto del artículo 1683 del Código Civil para poder alegar la nulidad absoluta es un interés de índole patrimonial.

¹¹ Corte Suprema, 17 mayo 1990, en *Gaceta Jurídica*, N° 119, sent. 1ª, p. 17 (C. 1ª, p. 17), en que se reitera que para impetrar la acción de nulidad absoluta es necesario que el sujeto que la deduzca tenga interés en ello, de carácter pecuniario, y subordinado ese interés a la declaración de nulidad.

¹² Así, se ha fallado que tiene titularidad activa la mujer casada en régimen comunitario de bienes, respecto de la compraventa celebrada por el marido respecto de bienes pertenecientes al patrimonio de la sociedad conyugal (C. Suprema, 7 junio 1957. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 54, sec. 1ª, p. 92.); el heredero del vendedor, como interesado en solicitar la nulidad del contrato de compraventa (C. Temuco, 5 agosto 1935. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 34, sec. 2ª, p. 28); la hija legítima y heredera de una de las partes contratantes de un contrato nulo, para solicitar la declaración de nulidad del mismo, ya que en virtud de dicha declaración volverían los bienes al acervo de la sociedad conyugal que se había formado entre sus padres y, de aceptar la herencia de su padre, heredaría parte de esos bienes y tendría a su vez la posibilidad de adquirir posteriormente el resto, al fallecimiento de su madre (C. Santiago, 29 noviembre 1960. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57, sec. 2ª, p. 97); los legitimarios de que, acogida la acción, los bienes materias del contrato se reincorporarían a la herencia, tienen interés en la declaración de nulidad de aquél los hijos naturales del difunto que vendió determinados bienes a su cónyuge e hijos legítimos (C. Santiago, 29 noviembre 1960. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57, sec. 1ª, p. 318).

para declararlos como tales;¹³ y de la Corte de Talca, de 16 noviembre 1925, en que se reitera que para que proceda el ejercicio de la facultad extraordinaria que el artículo 1683 confiere al juez de anular de oficio el acto o contrato en que aparece de manifiesto una causal de nulidad absoluta, es menester que exista un juicio o contradicción legítima. Y debe entenderse por tal la que se suscita entre quien propone una acción con derecho o interés para formularla, en contra del que puede oponer excepciones para enervarla.¹⁴ Al mismo tiempo, la doctrina ha sido incapaz de proponer una solución hermenéutica que permita accionar en aquellos casos (como el planteado por LÓPEZ SANTA MARÍA en su Informe en Derecho¹⁵), en los que parece existir una plausibilidad suficiente para abrir la titularidad de la acción, pero que –al mismo tiempo– permita negarla en los casos de puro intrusismo ético o moral, en los que una exigencia de pecuniaridad no parece nada de irrazonable.¹⁶ En resumen, pues, parece que la “moderna” doctrina ha carecido de la dosis apropiada de persuasión, porque le pide a los tribunales que abandonen un criterio que les permite evitar juicios indeseados, sin proveer una solución alternativa. Las líneas siguientes tienen el propósito de proponer, justamente, una interpretación que amplía la titularidad en los casos que parecen justificarlo, y que la niega en los casos en que esa justificación parece encontrarse ausente.

La exigencia legal, como está entendida hoy por la jurisprudencia, es un binomio que contiene dos elementos, determinados lingüísticamente por un sustantivo (“interés”) y un adjetivo calificativo (“pecuniario”), el primero establecido dogmáticamente; el segundo agregado hermenéuticamente. Pues bien, como ha podido apreciarse, la estructura argumental de la opinión de los autores citados, que se oponen a la tendencia de los jueces, apunta directamente a suprimir el segundo de los citados elementos; esto es, a eliminar hermenéuticamente aquello que fue “añadido” también interpretativamente.

Apenas incidentalmente, y únicamente para efectos comparativos, se ha

¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 4, sec. 2ª, p. 89 (C. 6º, 1ª inst., p. 91).

¹⁴ *Gaceta*, 1925, 2º sem., N° 118, p. 568.

¹⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA: “¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta...”, *cit.*, que se refiere a un hijo que intenta impugnar, basado en la demencia del vendedor, unas compraventas realizadas por su padre a favor de sus otras hijas, dejándolo sin acceso futuro a una legítima significativa.

¹⁶ Casos de esta especie, que son los que justifican la aprensión de los tribunales para abrir el criterio, pueden imaginarse en múltiples dimensiones. Un pariente moralista que pide la declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento en el que el demandado pretendía instalar un motel para parejas ocasionales; un profesor universitario que, inspirado en profundos sentimientos religiosos, pide la nulidad del contrato en virtud del cual el expendio de diarios y revistas del barrio se provee de material que puede ser considerado pornográfico; un empresario que pide la nulidad de contratos celebrados por su competidor alegando demencia, y un largo etcétera.

aludido a la primera parte del binomio, esto es, al interés.¹⁷ Me parece, por el contrario, que la apropiada solución del problema se encuentra justamente en la exploración analítica del requisito del interés, dejando su calificación de pecuniario tal cual como se encuentra actualmente, es decir, firmemente asentada en el criterio jurisprudencial.

A este respecto, creo que es menester partir de la base de que la exigencia de pecuniaridad esconde, en verdad, una mutación del sentido del interés exigido. En efecto, la línea jurisprudencial en vigencia no es, en verdad, equivocada porque exija pecuniaridad al interés, sino porque exige algo más que un interés: exige un derecho subjetivo incorporado al patrimonio. En otros términos, lo que hace la interpretación dominante es adjetivar calificativamente al interés con el propósito –encubierto– de exigir, en realidad, algo distinto de un mero interés. Así, como se ha citado antes, se ha sostenido que el interés debe ser de carácter jurídico, entendiendo con ello que la ilicitud del acto o contrato haya lesionado *los derechos* del que solicita la nulidad,¹⁸ estatuyendo, por pura contradicción lógica, que las meras expectativas no constituyen interés habilitante en el sentido del artículo 1683.¹⁹

¹⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA: *Op. cit.*, p. 14, expresa que “aunque no fue materia de consulta la acción de responsabilidad civil extracontractual entablada en el punto X de lo principal de la demanda ordinaria, deseo agregar que, en dicho ámbito, la doctrina y la jurisprudencia son muy amplias de criterio con el actor, dispensándolo de mayores exigencias respecto al interés que debe acreditar para que pueda prosperar la acción”.

“Hace años se exigía que el demandante probara la violación, pérdida o lesión de un derecho preexistente, del cual la víctima era titular. Servía de apoyo a esa manera de restringir la legitimación activa el artículo 2315 del Código Civil, único que se refiere directamente a esta materia. Hoy está claro que, a lo sumo, tal norma legal sólo es pertinente a los daños sufridos por las cosas o bienes del actor, pero no a los daños personales (patrimoniales o morales) cuya indemnización se demanda. En el campo de los daños personales, basta para tener legitimación activa probar los perjuicios sufridos, los cuales deben ser directos y ciertos. Ya en el año 1933 la Excma. Corte Suprema admitió que las meras expectativas permiten actuar en sede de responsabilidad delictual o cuasidelictual civil: Aunque por ser ilegítimo el hijo (fallecido a consecuencia de un hecho imputable a un tercero) el padre no haya tenido ningún derecho sobre los bienes de aquél, ni siquiera el de solicitar alimentos, por lo cual debe considerarse que la ayuda pecuniaria o de otro orden que el hijo le prestaba tenía carácter de simple liberalidad y constituía sólo una mera expectativa que podía cesar en cualquier momento, ello no obsta para que se ordene reparar el daño ocasionado al padre (que no había reconocido al hijo) en virtud de la muerte de su descendiente (Sentencia del 4 de agosto de 1933, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 30, sección 1ª, pág. 524).” Luego, en las conclusiones de su Informe, expresa el profesor LÓPEZ que “relativamente a la acción indemnizatoria de los daños personales, en el plano de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, el actor no precisa invocar la violación de un derecho preexistente, pues, respecto a su legitimación activa, es suficiente la prueba de los daños sufridos” (*Id.*, p. 16). Como se puede notar, la argumentación no alcanza a configurar una alternativa diversa en la interpretación del interés, en primer término, porque no parece pretender más que una comparación incidental, y en segundo, porque sigue exigiendo la prueba de un daño sufrido, lo que hace justamente inviable la pretensión de apertura de la titularidad de la acción de nulidad absoluta en su caso, puesto que el daño no se ha sufrido aún. Esta conclusión se reafirma con la lectura de la conclusión final de LÓPEZ SANTA MARÍA: “Basta el interés moral o extrapatrimonial actual para pedir la nulidad absoluta” (*Id.*, p. 15).

¹⁸ Véase Nota Núm. 7.

¹⁹ Véase Nota Núm. 8.

Posiblemente la sentencia en la que mejor se expresa esta doctrina, desde un punto de vista técnico, es la de la Corte Suprema de 1957, en la que se estableció que la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera persona a quien beneficie pecuniariamente esa declaración *mediante su efecto retroactivo propio*, precisando que el interés que exige el precepto del artículo 1683 del Código Civil para poder alegar la nulidad absoluta es un interés de índole patrimonial.²⁰

Esta doctrina, aun cuando ha sido útil al propósito antes señalado de evitar la previsible interposición de un exceso de demandas fundadas en un puro interés moral, deja sin una solución razonable a una serie no despreciable de casos concretos, permitiendo no pocas veces la consolidación –por el simple lapso del tiempo– de situaciones poco equitativas, cuando no directamente injustas o fraudulentas. Piénsese, por ejemplo, en la posición del hijo que ve como su padre o madre favorece a un hermano, otorgando contratos simulados y enajenando bienes que de otro modo formarían parte de un eventual acervo hereditario. Su posición de “heredero futuro” (pidiendo excusas adelantadas por la intrínseca contradicción de la expresión) y por tanto, de titular de una mera expectativa de llegar a suceder, le impide cualquier acción. Si transcurre entre esos contratos un tiempo suficiente, los derechos por ellos generados quedarán al abrigo de cualquier ataque, puesto que si la acción de simulación es imprescriptible, no lo son las acciones impugnatorias o de condena derivadas. O repárese en la situación de quien no puede sino observar impasible cómo un tercero se aprovecha de la demencia senil de aquel a quien pudiera heredar.

La referida ausencia de una solución adecuada para esta clase de situaciones se produce, en rigor técnico, porque la doctrina jurisprudencial dominante no resuelve apropiadamente la dualidad “interés legítimo-derecho subjetivo”.²¹ En efecto, como ha hecho presente desde antiguo la doctrina alemana, “hay intereses que tienen protección jurídica, pero no son objetos de derechos subjetivos, porque su protección no se funda en un poder de voluntad de los interesados”,²² en donde la protección jurídica equivale, precisamente, a la existencia de titularidad de una acción. Tal cosa ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de enajenar establecidas en el nú-

²⁰ Corte Suprema, 7 junio 1957, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 54, sec. 1^a, p. 92. Las cursivas son mías. Idéntico sentido tiene la menos antigua decisión de 1990, precedentemente citada, en que se reitera que para impetrar la acción de nulidad absoluta es necesario que el sujeto que la deduzca tenga interés en ello, de carácter pecuniario, y subordinado ese interés a la declaración de nulidad (Véase Nota Núm. 11).

²¹ Distinción que, en cambio, viene siendo operativa desde hace ya tiempo en materia de responsabilidad extracontractual, como ha hecho ver a propósito de este tema LÓPEZ SANTA MARÍA (*Op. cit.*, pp. 14 y 15).

²² VON TUHR, ANDREAS: *Derecho Civil*, Volumen I-1, “Los derechos subjetivos y el patrimonio”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 63.

mero 3º del artículo 1464: el acreedor carece de derechos subjetivos (reales) sobre la cosa, carece del derecho subjetivo (personal) a exigir al deudor que deje sin efecto la enajenación, pero su interés se halla jurídicamente protegido por la posibilidad de impetrar la nulidad del contrato respectivo.²³ Esta situación ocurre tanto como, a la inversa, existen derechos subjetivos que no respaldan un interés actual en beneficio del titular (como los derechos de cuidado que incumben a los padres respecto de los hijos menores, o ciertos contratos a favor de terceros²⁴). Ambas hipótesis configuran, junto con la situación normal en que interés y derecho subjetivo van apareados, la tríada de posibilidades combinatorias siguiente: derecho subjetivo sobrepuesto a un interés legítimo, derecho subjetivo sin interés protegido para el titular; e interés no constitutivo de derecho subjetivo, pero legítimo y por ello jurídicamente protegido.

Pues bien, para mí resulta evidente que un hijo tiene el nítido interés en suceder hereditariamente a su padre o madre, y que tal interés es legítimo (de hecho, es tan legítimo que la ley chilena fuerza a éstos a efectuarle una asignación mínima), aunque no pueda decirse que tenga un derecho subjetivo a tal herencia incorporado a su patrimonio; y resulta igualmente evidente que ese interés, por ser legítimo, debe ser objeto de protección legal. Si una persona favorece ilegítimamente a uno de sus legitimarios, burlando directa o indirectamente la ley por medio de la celebración de uno más negocios jurídicos, no se divisan razones poderosas para que el potencial perjudicado no pueda discutir esa violación legal ante los tribunales por medio de la acción de nulidad absoluta, sino hasta la muerte del causante. Si una persona se aprovecha de una demencia no judicialmente declarada de su previsible causante para celebrar con él contratos que lo favorecen a costa de otros legitimarios, no se ven razones de peso para que esa demencia no pueda ser judicialmente debatida, igualmente en sede de nulidad absoluta.²⁵ Lo propio ocurre si el previsible futuro causante compromete su patrimonio en actividades ilícitas.

²³ El ejemplo está adaptado al derecho nacional a partir del propuesto por VON TUHR: *Op cit.*, p. 64.

²⁴ Ambos ejemplos, de VON TUHR: *Op cit.*, p. 62.

²⁵ En este sentido, LÓPEZ SANTA MARÍA afirma que "si un jefe de hogar cae en demencia (...) y luego traspasa, por venta, sus bienes raíces a dos hijas, resulta un despropósito que los demás hijos no puedan pedir la nulidad absoluta de las enajenaciones hechas a las hermanas, so pretexto de que ellos carecerían de interés pecuniario. Aunque no tengan, en efecto, interés patrimonial actual, ya que exclusivamente disponen de la expectativa de heredar al padre cuando fallezca, o sea una mera posibilidad de recibir bienes *mortis causa* de su padre, los hijos varones son titulares de un interés moral, legítimo y actual, para que no se consume y quede a firme el traspaso de los inmuebles del jefe de la familia demente a sus hijas mujeres. Dicho interés *puramente moral* debería bastar, como exigencia jurídico-procesal para entablar la demanda de nulidad absoluta" (*Op. cit.*, p. 10. La cursiva es mía). El texto transcrito caracteriza muy bien la doctrina que se opone a la exigencia de patrimonialidad, y pone perfectamente de relieve su dificultad principal: desconocer que la "expectativa de heredar al padre cuando fallezca" es positivamente un interés actual

La ausencia de esas razones justificatorias provee, precisamente, la explicación de que la jurisprudencia, en materia de reparación de daño extracontractual, sea muy consistente en este sentido, y con justicia, admitiendo la reparación en uno y otro caso, esto es, tanto cuando se menoscaba un derecho subjetivo como cuando se lesiona un interés legítimo. “No es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora (...). El Código no lo ha exigido. Se limita a decir que el que ha inferido *daño* a otro es obligado a la indemnización (...) y *daño*, según su sentido natural y obvio, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien. (...) No se ve, por lo demás, qué razón habría para negar la reparación a quien ha sido privado injustamente de una ventaja de que gozaba, a pretexto de que no constituye un derecho. Tanto *daño* sufre el alimentario que a causa de la muerte del alimentante queda privado de los alimentos que éste le debe por ley, como el que los recibía por un acto voluntario de su parte; uno y otro sufren la pérdida o menoscabo de un beneficio o ventaja (...). Pero en todo caso es menester que la ventaja o beneficio de que el hecho doloso o culpable priva a la víctima sea *lícito*, esto es, conforme con la moral y las buenas costumbres, en otros términos, que aquélla pueda invocar un interés legítimo; la ley no puede amparar situaciones ilícitas o inmorales”.²⁶ La citada distinción (con matices, claro está) es seguida por la doctrina, de la cual son un buen ejemplo actual las obras de DOMÍNGUEZ ÁGUILA²⁷, RODRÍGUEZ GREZ²⁸, y AEDO BARRENA²⁹. Con todo, en materia de responsabilidad aquiliana se ordena –desde hace ya mucho– la indemnización de la lesión del interés legítimo tanto cuando éste es de carácter pecuniario cuanto resulta ser de índole extrapatrimonial o puramente moral.³⁰

y legítimo, pero no “puramente moral”, sino clara y distintamente patrimonial. De hecho, y si se piensa bien, resulta casi sarcástico calificar de “moral” el interés de suceder o heredar a otro. Por eso me parece equivocada la conclusión del profesor LÓPEZ: “Según la tesis a la cual me adhiero sin ambages, es suficiente el interés moral para alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato” (*Op. cit.*, p. 9. Las cursivas, del autor citado); o “Basta el interés moral o extrapatrimonial actual para pedir la nulidad absoluta” (*Op. cit.*, p. 15).

²⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 211 y 212, citando fallos que demuestran que el criterio ha sido acogido ampliamente por la Corte Suprema. Confirmando el aserto, y citando otros fallos en este sentido AEDO BARRENA, CRISTIÁN; *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, Libromar Ltda., Valparaíso, 2001, p. 145.

²⁷ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN: “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 188, 1990, p. 125, en que expone que el daño “implica la privación de algún bien, de un derecho, o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro”.

²⁸ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *Responsabilidad extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 1999, p. 258, afirma que el daño “como elemento constitutivo del ilícito civil, consiste en la lesión, pérdida, perturbación o menoscabo de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en ese último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico”.

²⁹ AEDO BARRENA: *Op. cit.*, p. 161, sosteniendo que “se deben reparar las lesiones a bienes jurídicos en su sentido más amplio: cualquier interés referido a la persona, a sus atributos morales, relaciones familiares, actividad económica, derechos de crédito e intereses legítimos”.

³⁰ *Vid.*, sobre la calificación de “moral” para el daño extrapatrimonial, DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN: *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 78 y 79.

Por ello, para generar una delimitación precisa del requisito habilitante para impetrar la nulidad absoluta a “quien tenga interés en ello”, sigue siendo necesario calificar ese interés como pecuniario. Es decir, debe necesariamente tratarse de un interés dirigido a la esfera patrimonial del sujeto, o –en otras palabras– un interés que apunte a la conservación de ventajas o expectativas patrimoniales. Nótese, sin embargo, que pese a seguirse exigiendo la calidad de pecuniario, si se entiende literal y rectamente el requisito como puro interés, y no como derecho subjetivo, las consecuencias son significativas. La frontera propuesta aquí es precisa en cuanto permite accionar en casos como los precedentemente citados, pero sigue evitando la acción de “interesados” puramente morales, y en consecuencia, otorga a los tribunales una herramienta para impedir el abuso en un doble sentido: evitando la interposición de demandas de nulidad basadas en puras consideraciones de índole ética o moral, y evitando que situaciones en las que se lesionan intereses patrimoniales legítimos queden sin sanción, y con serias posibilidades de consolidarse jurídicamente.³¹

Esto conduce, por otra parte, a una reflexión final sobre el otro “requisito” no legalmente establecido, agregado jurisprudencialmente al interés: la actualidad del mismo, esto es, su coetaneidad con el acto o contrato en que se produce el vicio, o al menos su contemporaneidad con la demanda.³² Si se entiende correctamente, de acuerdo con la fórmula previamente propuesta, el interés del actor es actual o coetáneo al vicio, aunque la incorporación patrimonial pueda ser futura o incluso meramente eventual.

³¹ Aun cuando este tipo de cuestiones están muy directamente supeditadas a la circunstancia dogmática local, y por ello las soluciones de derecho comparado no resultan siempre aplicables por simple trasposición, vale la pena referir que esta propuesta resulta, al menos parcialmente, compatible con la interpretación española más moderna. Así, PASQUAU LIAÑO ha concluido, en el contexto mucho más amplio de una crítica razonada a la dualidad hispánica «nulidad-anulabilidad», que “sea cual fuere el tipo de irregularidad, el tercero estará legitimado si la acción en sí misma es útil, es decir, si resulta algún beneficio para el actor de la ineficacia del acto impugnado: una mayor solvencia de su deudor, la eficacia de una adquisición anterior, la enervación de una tercería de dominio, etc.” (PASQUAU LIAÑO, MIGUEL: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 230). Cita además el autor antedicho a IUDICA, que para el derecho italiano sostiene que en materia de nulidad por “interés” en la acción suele entenderse una “situación jurídica en conflicto, o incompatible, con los efectos del contrato al que se considera afectado por una causa de nulidad” (IUDICA: *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, cit. por PASQUAU LIAÑO, MIGUEL: *Loc. cit.*)

³² La Corte Suprema, sentencia de 7 junio 1957 (en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 54, sec. 1ª, p. 92), estableció que el interés que exige el artículo 1683 del Código Civil para poder alegar la nulidad absoluta ha de existir en el momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato y haber como su causa jurídica necesaria la contravención legal que acarrea la nulidad. En el año siguiente, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que la ley no señala plazo o época en que deba producirse el interés; por lo que sólo se exige que se le tenga en el momento de alegar la nulidad absoluta (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 septiembre 1958, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 58, sec. 2ª, p. 21).

El poder de acusar y la preparación del juicio oral

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Regulación normativa de la preparación del juicio oral

La respuesta aparente a la cuestión de la regulación normativa es que está normada en el Título II del Libro II del Código Procesal Penal, que lleva por título "Preparación del juicio oral" y se compone de tres párrafos. El primero concierne a la acusación (artículo 259), el segundo a la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 260 a 265) y el tercero al desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 266 a 280). Sin embargo, la verdad no es exactamente esa, porque el presupuesto básico de la viabilidad de una audiencia de preparación de juicio oral consiste en que esté formulada acusación, bien por el fiscal, bien por éste y el querellante, bien sólo por el querellante en la interesante figura del forzamiento. Esto es así conceptualmente, desde luego, y también porque el artículo 260 dispone que sólo "presentada la acusación", esto es, planteada la pretensión procesal penal en contra del acusado, el juez de garantía ejecutará los actos procesales subsecuentes.

Siendo así, ocurre que la preparación del juicio oral tiene, en realidad, dos fases. La primera es la que tiene que ver con la formulación del acto procesal acusatorio, y la segunda constituye, en estricto sentido, la preparación propiamente tal. Esto obliga, entonces, a retrotraerse a la regulación de la formulación del acto procesal acusatorio, que se encuentra, quizá con impropiedad, en el Párrafo 7^º del Título I del Libro II. Recordemos que este Título I regula la Etapa de Investigación y que su Párrafo 7^º anuncia la disciplina de la Conclusión de la Investigación. Así, dentro de estas normas que tratan acerca de la terminación de la Etapa de Investigación, es donde encontramos la normativa legal de la formulación del acto acusatorio, excepción hecha de su contenido preciso, que se ubica en el artículo 259.

II. Oportunidad de la acusación del fiscal

Si es cierto que la preparación del juicio oral comienza con la formulación de la opción acusatoria, normalmente por el fiscal, entonces es conveniente recordar cuál es su oportunidad.

El supuesto de base es que la investigación se encuentre cerrada. En el sistema del Código, artículo 248, la declaratoria de cierre de la etapa de investigación es un acto propio del fiscal, de modo que, en realidad, es un acto administrativo y no judicial. Esto es una consecuencia lógica de la regla del artículo 180, que, en coherencia con el mandato constitucional, atribuye la dirección de la investigación, precisamente, al fiscal, que es quien, ergo, deberá ponderar si se hayan o no culminadas las diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos constitutivos del hecho punible y de sus partícipes. El juez de garantía puede, en razón de vencimiento del plazo legal que constituye la regla general (artículo 247) o del plazo judicial que conforma la regla de excepción (artículo 234), apercebir al fiscal para que declare administrativamente el cierre, bajo la potente sanción del sobreseimiento definitivo, pero es del órgano administrativo del que debe emanar la declaratoria de cierre.

Seguidamente, al tenor del artículo 248, el fiscal cuenta con el plazo de diez días hábiles, contados desde la declaratoria de cierre, para comunicar su opción sucesiva, una de las cuales es la formulación de acusación; el plazo, al tenor del artículo 16, es fatal.

III. Autonomía del fiscal

Con arreglo a lo dispuesto en la letra c) del artículo 248 el fiscal podrá formular acusación "cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma". Luego, conforme al artículo 260, "presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la audiencia de preparación del juicio oral". Finalmente, conforme a la normativa de los artículos 260 a 280, el juez de garantía carece de facultades para revisar la seriedad del fundamento de la acusación. Así entendido, el Código establece la plena autonomía del fiscal en el planteamiento de la opción acusatoria, principio que implica dos categorías de consecuencias jurídicas.

En primer lugar, ni el juez de garantía, ni otro interviniente, pueden obligar al ministerio público a acusar. Incluso en el caso, previsto en el artículo 256,

en que el juez de garantía, o bien la Corte de Apelaciones conociendo de un recurso de apelación, rechace la solicitud de sobreseimiento del fiscal, por estimarla improcedente, la resolución del órgano judicial debe dejar a salvo la opción del fiscal de acusar o bien de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento. El fiscal no puede ser compelido a acusar.

En segundo lugar, si el fiscal decide formular acusación, el juez de garantía no puede revisar la seriedad de su fundamento, nunca, de modo que esa decisión administrativa del fiscal llevará, necesariamente, al desarrollo de un juicio oral, a menos que prospere, en la audiencia de preparación del juicio oral, una excepción de previo y especial pronunciamiento. En síntesis, es al fiscal a quien corresponde evaluar acerca de si los resultados de la investigación le suministran fundamento suficientemente serio para someter al imputado a un juicio oral. El Código fija la pauta de viabilidad de la acusación, pero es el propio fiscal quien, libre y discrecionalmente, determinará si tal pauta concurre en el caso concreto o no. Si la estima concurrente, salva la excepción antedicha, juicio oral habrá de todos modos, porque su decisión acusatoria es autónoma y no es susceptible de revisión judicial.

Nos encontramos ante un rasgo muy interesante del nuevo proceso penal chileno, en cuanto el poder de acusar queda conferido al ministerio público y no es susceptible de revisión judicial. En efecto, no es ésta una cuestión intrascendente. Como expresa Diez Picaso,¹ "es evidente que la acción penal es un arma formidable, pues... incluso cuando termina con la absolución, el proceso penal implica una dura prueba para el imputado, en términos síquicos, económicos e incluso de estima social".

La exención de revisión judicial de la opción acusatoria del fiscal no es una cuestión común en el derecho comparado.

En Estados Unidos de América no basta la decisión del fiscal de llevar a juicio a un imputado, sino que es menester la constatación por un órgano de carácter judicial acerca de la seriedad del fundamento de la acusación, en audiencia en la que incluso pueden revisarse las principales pruebas de cargo. Por regla general, se procederá a este examen en la llamada audiencia preliminar (*preliminary hearing*) a cargo de un magistrado, y, excepcionalmente, tratándose de crímenes capitales, en la revisión de un gran jurado, de manera que sólo habrá juicio oral en la medida que un órgano de carácter judicial adopte la decisión de plausibilidad de la elevación a juicio.²

¹ *El Poder de Acusar*, Editorial Ariel, 2000, página 11.

² *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Hendler, Editorial Ad Hoc, páginas 185 y 186. También, *Instrucción y Preparación del Juicio Oral*, González, Editorial Comares, páginas 191 y ss.

En Inglaterra, lo normal era que la decisión de acusar no era judicialmente revisable, salvo el caso muy excepcional de revisión judicial en hipótesis de ejercicio abiertamente irrazonable o inicuo de la acción penal en un caso concreto.³ Sin embargo, la situación ha cambiado con el Acta de 1994 de Justicia Criminal y Orden Público (*Criminal Justice and Public Order Act 1994*), que, respecto de la decisión de la policía y de la confirmatoria del *crown prosecution service*, confiere al acusado el derecho de someter esa decisión a una revisión judicial preliminar del *magistrates court*, quien, previo examen de las pruebas de cargo, puede decidir el sobreseimiento del caso.⁴

En Alemania, existe la llamada fase intermedia en que, conforme a lo dispuesto en los artículos 199 a 211 de la Ordenanza Procesal Penal, el propio tribunal que deberá conocer del juicio oral, integrado en esta etapa sólo por magistrados letrados, debe decidir acerca de si existe sospecha razonable para abrir el juicio, o no, sobre la base de la acusación del ministerio público y de las pruebas reunidas por éste durante la investigación.⁵ Adviértase que este sistema alemán presenta el defecto de la probabilidad de prejulgamiento.

En Italia, conforme a lo dispuesto en los artículos 416 a 431 de su regulación, una vez concluida la investigación y planteada la acusación, el fiscal debe solicitar al juez la apertura del juicio oral. Empero, el magistrado deberá, previamente, convocar a la *udienza preliminare*, con el objeto de resolver acerca de si existe suficiente acreditación de la seriedad de los cargos, de modo que el juez bien puede, con motivo de esa revisión, sobreseer el caso.⁶

En España, en el procedimiento ordinario, después de la conclusión de la instrucción, el tribunal de juicio oral bien puede, pese a la acusación, sobreseer el caso en la llamada fase intermedia.⁷ En el procedimiento ante jurados, lo propio ocurre en la llamada audiencia preliminar.⁸ Es interesante tener en cuenta que en el derecho español esta cuestión ha dado lugar a la intervención del Tribunal Constitucional, con el objeto de asegurar, en virtud de la garantía suprema de la igualdad procesal, la facultad del imputado de solicitar, en esta fase, el sobreseimiento de la causa.⁹

³ *El Poder de Acusar*, Editorial Ariel, 2000, página 56.

⁴ *Procesos Penales de Europa*, Association de Recherches Pénales Européennes, Editorial Edijus, 2000, páginas 170 a 172.

⁵ *El Proceso Penal Alemán*, Gómez Colomer, Editorial Bosch, páginas 157 a 159. También, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Roxin y otros, Editorial Ariel, página 154.

⁶ *Instrucción y Preparación del Juicio Oral*, González, Editorial Comares, páginas 191 y ss.

⁷ *Derecho Jurisdiccional*, Montero Aroca y otros, Editorial Tirant Lo Blanch, 10ª edición, páginas 486 y 487. También, *Derecho Procesal Penal*, De La Oliva, Editorial Areces, páginas 453 y ss.

⁸ *Instrucción y Preparación del Juicio Oral*, González, Editorial Comares, páginas 191 y ss.

⁹ STC, 66/1989, de 17 de abril, citada en *Derecho Procesal Penal*, De La Oliva, Editorial Areces, páginas 453 y ss.

Como se ha visto, en el derecho comparado, tanto anglosajón como europeo continental, lo normal es que, tras la conclusión de la investigación, se otorgue al acusado la posibilidad de discutir, ante un tribunal, la seriedad del fundamento de la acusación del ministerio público y la consecuente razonabilidad de quedar sometido a juicio penal, de manera que la definición de la decisión de abrir el juicio oral o no, es judicial. Así, "se configura la audiencia preliminar como un filtro garantista que excluye las peticiones punitivas infundadas, permitiendo la acusación y defensa un debate oral en presencia del juez sobre la necesidad de celebrar el juicio, con carácter previo a la decisión judicial sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa".¹⁰

Por ende, no es una cuestión menor la circunstancia que el sistema chileno haya decidido entregar al fiscal, con autonomía, no sólo la opción de acusar, sino, también, la exclusividad en la decisión de llevar al acusado a juicio oral, sin posibilidad de revisión judicial. Doctrinariamente, la única ventaja de un sistema como el chileno consiste en que se evita el prejuzgamiento del Poder Judicial.¹¹ La cuestión es discutible. Sin embargo, en general, se ha preferido mantener la opción de revisión judicial, a objeto de evitar juicios injustificados, en una dirección garantista. En Chile, el legislador ha caminado por un sendero distinto.

IV. Clausura definitiva de la investigación en evento de acusación del fiscal

También es una interesante singularidad del derecho chileno la circunstancia que la decisión del fiscal de acusar cierre definitivamente la fase de investigación.

Como se sabe, durante la etapa de investigación de delitos de acción penal pública, el estatuto del Código respeta los principios constitucionales, puesto que es el ministerio público el órgano que define, con exclusividad decisoria, las actividades de esclarecimiento de los hechos. No le compete al juez de garantía la función de sugerir, ni menos ordenar, la realización de determinadas diligencias de investigación. Al tenor del artículo 183, tanto el imputado, como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, pero el fiscal ordenará que se lleven a efecto sólo aquellas que estimare

¹⁰ *Instrucción y Preparación del Juicio Oral*, González, Editorial Comares, página 193.

¹¹ *El Proceso Penal Alemán*, Gómez Colomer, Editorial Bosch, página 158.

conducentes y la negativa de éste sólo es reclamable ante la autoridad superior del ministerio público. Por otro lado, conforme al inciso cuarto del artículo 98, si con ocasión de su declaración judicial el imputado o su defensor solicitaren la realización de diligencias de investigación, el juez de garantía podrá simplemente recomendar al ministerio público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

Ahora bien, después de cerrada la investigación, sólo hay un caso en que el juez de garantía puede ordenar este tipo de diligencias. De acuerdo al artículo 249, cuando el fiscal decidiera pedir el sobreseimiento o no perseverar en el procedimiento, el juez de garantía debe citar a los intervinientes a una audiencia judicial. En este evento, con arreglo al artículo 257, durante el lapso anterior a la audiencia y en esta misma, los intervinientes pueden reiterar la solicitud de diligencias precisas y determinadas que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el ministerio público hubiere rechazado, en cuyo caso el juez de garantía puede ordenarle al fiscal que ejecute las diligencias en cuestión dentro del plazo que le fijará al efecto.

Empero, en el evento de formulación de acusación, no es posible, de ninguna manera, obtener que se decreten diligencias adicionales de esclarecimiento.

Esta disposición del derecho chileno, si bien no constituye una singularidad absoluta, tampoco corresponde a una solución uniforme. En el derecho alemán, con arreglo a los artículos 201 y 202 de la Ordenanza, es perfectamente posible que el tribunal, durante la fase intermedia, decreta diligencias adicionales de esclarecimiento.¹² Lo propio ocurre en el derecho italiano, en que incluso se admite la actuación oficiosa del tribunal en este orden.¹³

Desde una perspectiva, la decisión legislativa es coherente, porque si, como hemos visto, presentada la acusación, casi siempre se terminará en juicio, salvo el caso de acogimiento de una excepción de previo y especial pronunciamiento en la audiencia de preparación del juicio oral, sin que el juez de garantía pueda revisar la seriedad del fundamento de la acusación, entonces parece que hace poco sentido permitir que, en tal evento de acusación, se permita la reapertura de la investigación para practicar diligencias adicionales. En una segunda perspectiva, la deci-

¹² *El Proceso Penal Alemán*, Gómez Colomer, Editorial Bosch, página 158.

¹³ *Instrucción y Preparación del Juicio Oral*, González, Editorial Comares, página 192.

sión legislativa es lógica, en el sentido que la responsabilidad de la solidez de la acusación es, exclusivamente, del ministerio público, de suerte que si éste decide llevar a juicio al acusado, decidiendo sobre la base de ciertos antecedentes que ha obtenido en la etapa de investigación, el fiscal será el responsable de la eventual defección posterior en el juicio oral.

Empero, miradas las cosas desde otro punto de vista, la decisión legislativa no parece adecuada. La posibilidad de los intervinientes de ofrecer medios de prueba para su producción en la audiencia de juicio oral queda cerrada con el propio acto de acusación, respecto del fiscal, y con la exposición de argumentos de defensa, a más tardar al inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, respecto del acusado, todo ello con las salvedades excepcionales previstas en los artículos 278 y 336. Pues bien, en la práctica del proceso penal, la ejecución de diligencias de investigación, imperativas, es la mejor manera de obtener informaciones conducentes a la detección de medios de prueba, cuya existencia es a veces ignorada, pero no sólo de cargo, sino también de descargo, toda vez que debe tenerse presente que la investigación que dirige el fiscal no sólo tiene por objeto reunir elementos de cargo, sino también, conforme al principio de objetividad que consagran el artículo 80A de la Constitución Política, el artículo 1º de la LOC del ministerio público y el artículo 3º del Código, de descargo. Habrá que esperar a ver cómo ocurren las cosas en la praxis, pero, en principio, la directriz de objetividad en la investigación del fiscal, en cuanto vaya con intensidad verdadera en la búsqueda de elementos de descargo, no termina de convencer. La verdad es que se trata de una cuestión híbrida, porque el posicionamiento psicológico del fiscal es fundamentalmente de persecución y en la vida es difícil servir a dos señores con la misma eficacia. Entonces, si esto es ya así durante la etapa de investigación completa, no me parece adecuado que se prive al imputado del derecho de pedir la reapertura de la investigación para la práctica de nuevas diligencias de esclarecimiento, que puedan ir en su descargo. Si esto se permitiere, el fiscal podría, con los nuevos antecedentes, reevaluar su opción de acusar, o, al menos, el imputado podría conocer y detectar elementos de descargo que le permitan sostener, en la audiencia de preparación del juicio oral, una excepción de previo y especial pronunciamiento, u ofrecer medios de prueba adicionales para el juicio oral. El Código, que tan sanamente fortalece los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, aquí, no los cautela suficientemente.

V. Forzamiento de la acusación

Con motivo de la solicitud de sobreseimiento del fiscal, así como con ocasión de la comunicación del fiscal de la decisión de no perseverar, puede originarse la figura del forzamiento de la acusación, que es consagrada en el artículo 258. La esencia de la institución consiste en que, en tales casos, si bien no puede compelerse al ministerio público a formular acusación, sí puede el juez de garantía autorizar al querellante, si lo hubiere, a acusar él mismo y sostener en lo sucesivo la acusación hasta la sentencia de término.

En efecto, el querellante, en la audiencia dispuesta por el artículo 249, puede oponerse a la solicitud de sobreseimiento del fiscal. En este caso, el juez de garantía remitirá los antecedentes al fiscal regional, quien, dentro de los tres días siguientes, puede decidir que el ministerio público formulará acusación, la cual deberá plantearse dentro de los diez días siguientes, disponiendo si el mismo fiscal seguirá a cargo del caso o lo sustituirá por otro. Pero el fiscal regional también puede confirmar la decisión del fiscal. Es en este caso que el juez de garantía puede disponer que sea el querellante quien formule la acusación y sostenga la persecución penal hasta la sentencia de término, o bien puede negar lugar a esa solicitud del querellante, por resolución que es inapelable, sobreseyendo la causa, por resolución que sí es apelable (artículo 253 e inciso final del artículo 258). Si la Corte revoca el sobreseimiento, como ya se dijo, dejará a salvo la opción del fiscal de acusar o comunicar la decisión de no perseverar. Lo mismo que hemos visto aquí puede ocurrir con motivo de la comunicación de la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, en cuyo caso el querellante, en la audiencia del artículo 249, puede solicitar que se lo faculte para ejercer estos derechos.

El juez de garantía, por cierto, podrá hacer lugar o no a la petición del querellante particular, evaluando, aquí sí, cuando se trata del querellante y no del fiscal, la seriedad del fundamento de la petición de acusar. La resolución que niega lugar a la solicitud es inapelable, pero, al tenor del inciso final del artículo 258, en cuanto pone término al procedimiento, sí es apelable.

Esta institución procesal es compleja e interesante y fue de difícil decisión legislativa, porque involucra cuestiones capitales en el sistema procesal penal.

En primer lugar, demuestra la autonomía del ministerio público en la decisión de acusar. No puede ser obligado a ello por el juez de garantía. El Proyecto del Ejecutivo sí admitía esta posibilidad, contradiciendo el mode-

lo del proceso penal acusatorio, introduciéndole una arista rara, muy extraña. En efecto, si se ha decidido entregar al ministerio público la persecución penal, entonces tiene poco sentido que el Poder Judicial obligue al fiscal a acusar. Además, involucra una suerte de prejuzgamiento del Poder Judicial, igualmente incompatible con los fundamentos de la reforma. La opción definitiva fue, desde luego, la adecuada. Cada quien en su rol.

En segundo lugar, evidencia que el ministerio público chileno no tiene el monopolio de la persecución penal. La verdad es que la esencia de esta cuestión se discutió con motivo de la regla del inciso segundo del artículo 80A de la Constitución Política, que autoriza el ejercicio de la acción penal por el ofendido y las demás personas que señale la ley y no exclusivamente por el ministerio público. La decisión tiene de malo y de bueno. De malo, que desdibuja la radicación en un solo órgano de las opciones de política criminal y torna a ésta en difusa, pero la verdad es que el sistema chileno es híbrido en esta materia, puesto que los espacios discrecionales son escasos y se comparten usualmente entre el ministerio público y el Poder Judicial, como he expresado en otros trabajos. De bueno, que, supuesta la imposibilidad de confiar plenamente en el ministerio público, por razones históricas y culturales, admite la persecución penal en caso de una abstención injustificada del fiscal.

Y, en tercer lugar, que esta institución, en cuanto autoriza al juez de garantía para hacer o no lugar a la solicitud del querellante particular, permite a éste, o a la Corte de Apelaciones conociendo en segundo grado, la posibilidad de evaluar la seriedad del fundamento de la acusación, de modo que el Poder Judicial decide, por ejemplo, entre las opciones de que se acuse o se sobresea. Así, se rompe el modelo, que pretende asegurar la plena imparcialidad del Poder Judicial frente a la acusación.

VI. El contenido de la acusación y la congruencia en la sentencia definitiva

Los requisitos del acto procesal de acusación los fija el artículo 259 y, en lo que interesa desde el punto de vista de la congruencia, son los siguientes: a) la relación circunstanciada del hecho atribuido; b) la participación atribuida; c) la relación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurrieren; d) la calificación jurídica; e) la expresión de los preceptos legales aplicables; y f) la pena cuya aplicación se solicitare.

Comparemos este precepto con las reglas del Código de 1906. En cuanto a la acusación de oficio, el artículo 424 previene que ésta debe contener:

a) el testimonio de los hechos constitutivos del delito que resulta haberse cometido, lo cual cubre, por cierto, la calificación jurídica; y b) la participación que ha cabido en él al procesado. En síntesis, el juez del crimen, en la acusación de oficio, no necesita expresar ni las circunstancias modificatorias concurrentes, ni la pena requerida, cuestiones que quedan reservadas a la sentencia definitiva. En cuanto a la acusación particular del querellante, con arreglo al artículo 427 el Código de 1906, debe contener: a) las mismas enunciaciones del auto de acusación de oficio; b) la calificación jurídica, con toda claridad; c) las circunstancias modificatorias; y d) las penas requeridas, expresa y determinadamente.

Así recordado, el artículo 259 exige un contenido que es muy similar al de la acusación del querellante particular en el Código de 1906 y que ofrece una mejor garantía a la defensa, por cierto, que la acusación de oficio.

Vamos a las cuestiones de congruencia, que son, en realidad, cuatro.

Primero, en el Código de 1906, sobre la base de la regla del artículo 403, que exige el procesamiento para la subsecuente acusación, la jurisprudencia de los tribunales superiores construyó recientemente la tesis de la congruencia entre aquél y ésta. No puede acusarse a sujeto que no ha sido antes procesado, ni puede acusársele por un hecho distinto del que ha sido objeto del procesamiento. Algo parecido ocurre en el Código Procesal Penal, pero, ahora, la relación de necesaria congruencia se establece entre los actos procesales de formalización de la investigación y de acusación del fiscal o del querellante, porque el inciso final del artículo 259 dispone que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación. Recordemos que la formalización es un acto que necesariamente ha de haber emanado del ministerio público, porque, conforme al artículo 229, la formalización en cuestión es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

También hay que agregar que esta relación de congruencia, conforme lo dispone el Código expresamente, es sólo atinente a la cuestión de hecho, porque tanto el fiscal, como el querellante, pueden, en la acusación, variar la calificación jurídica.

Segundo, en lo que concierne a los hechos, la relación de congruencia entre las acusaciones del fiscal, y, en su caso, del querellante, en cuanto a los aspectos fácticos en que habrá de sustentarse la calificación de tipo penal, grado de ejecución y participación, es absoluta. El Poder Judicial,

por ende, carece de potestades para llevar la sentencia definitiva condenatoria más allá de los hechos descritos en las acusaciones de que conoce, que provienen de otros órganos, que le son ajenos y desvinculados. No es ésta una materia de los tribunales de justicia, sino del ministerio público y, si lo hubiere, del querellante. El Código es claro en esta materia. El inciso primero del artículo 341 dispone que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, agregando que, en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. En coherencia, el artículo 374 letra f) previene que hay motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia definitiva cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341. Llama la atención la inclusión el vocable "circunstancias", aspecto que he considerado en otra ocasión, pero cuyo tratamiento reservo ahora.

Tercero, en lo atinente a la calificación jurídica, el Código viene a resolver un problema que era bastante críptico en el Código de 1906. En general, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores había entendido que la congruencia concernía sólo a la cuestión de hecho y no a la cuestión de derecho. Empero, esto ofrecía dudas tratándose de una calificación jurídica más grave para el acusado en la perspectiva de la pena, porque ello afecta, obviamente, al derecho a la defensa, y, en este orden, la jurisprudencia era imprecisa. Ahora, el inciso segundo del artículo 341 dispone que, con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación, agregando que ello podrá ocurrir sólo si hubiere advertido de ello a los intervinientes durante la audiencia de juicio oral; incluso en el evento que esta probabilidad de mutación de la calificación jurídica fuere advertida durante la deliberación del fallo, deberá reabrirse la audiencia, para permitir a las partes que debatan al respecto. De modo que, ahora, el asunto es bastante claro. El legislador optó, en cuanto a la calificación jurídica, por otorgar amplios poderes a los tribunales de lo penal, por sobre la opción calificatoria del fiscal y del querellante, aunque con razonables resguardos del derecho a la defensa. El tribunal, en la medida que respete el marco de los hechos, puede variar la calificación jurídica, arribando incluso a una más gravosa para el acusado.

Y, cuarto, en lo que se refiere a las circunstancias agravantes de responsabilidad penal, el inciso segundo del artículo 341 del Código previene que el tribunal podrá apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal que no hubieran sido incluidas en ella, siempre que advirtiere de ello a los intervinientes durante la audiencia de juicio oral. Esta cuestión no puede surgir en la deliberación del fallo. Se cierra con la clausura de la audiencia de juicio oral.

VII. Funciones procesales de la audiencia de preparación del juicio oral

La configuración funcional de la audiencia de preparación del juicio oral en el derecho chileno es una de las particularidades más interesantes del Código. Ya sabemos que sus equivalentes en el derecho comparado, como hemos dicho antes, tienen, fundamentalmente, una finalidad garantista, en cuanto permiten que el Poder Judicial revise la seriedad del fundamento acusatorio, así como la reapertura de la investigación para la ejecución de diligencias adicionales de esclarecimiento. En cambio, en Chile, la audiencia de preparación del juicio oral no tiene estos objetos. Veamos cuáles son sus objetos concretos.

VII.a. La exhibición de los antecedentes reunidos durante la investigación

Conforme al artículo 260, presentada la acusación, el juez de garantía debe ordenar la notificación de la acusación, entre otros, al acusado, dejándose constancia en la notificación del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación. Como veremos, el acusado, hasta la víspera de la audiencia o al inicio de ésta, con arreglo al artículo 263, debe exponer sus argumentos de defensa y ofrecer los medios de prueba que considere necesarios. Al efecto, en obsequio de sus garantías de defensa, es imprescindible que el acusado pueda conocer los antecedentes reunidos durante la investigación por el fiscal y la policía, de manera que éstos queden claros y circunscritos, y, en una oportunidad precisa, puedan ser conocidos y analizados.

El ministerio público no puede ocultar antecedentes. Esto es muy relevante. Recordemos que, en evento de ocultamiento, se trata de la infracción a una garantía legal del acusado, de modo que hay nulidad procesal, en que el perjuicio se presume de derecho (artículo 160), puede declarársela de oficio (artículo 163) y no es susceptible de saneamiento (artículo 164). Empero, llama especialmente la atención que no hay lugar al recurso de nulidad, porque se trata de una garantía legal, que, a menos que se la subsuma en otra más amplia, carece de rango constitucional o convencional internacional (artículo 373).

VII.b. Fijación de opción procesal del querellante y notificación al acusado

Con arreglo al artículo 261, el querellante, si lo hubiere, hasta quince días antes de la fecha fijada para la audiencia de preparación del juicio oral, puede, por escrito: a) adherir a la acusación del fiscal o deducir acusación particular; b) señalar los vicios formales de que adolezca la acusación del

fiscal, requiriendo su corrección; c) ofrecer la prueba que estime del caso; y d) deducir demanda civil, cuando procediere.

De manera que el lapso que transcurre entre la formulación de la acusación del fiscal y la audiencia de preparación del juicio oral permite precisar oportunamente la opción procesal del querellante particular, así como su notificación al acusado, a más tardar, diez días antes de la fecha fijada para ella, como lo dispone el artículo 262.

VII.c. Ejercicio de facultades procesales del acusado

Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, es decir, hasta la medianoche del día anterior a ésta, el acusado, conforme al artículo 263, tiene las facultades de: a) señalar los vicios formales de que adolezcan la acusación del fiscal y/o la acusación del querellante, requiriendo su corrección; b) deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento; c) exponer los argumentos de defensa que considere necesarios; y d) ofrecer la prueba que estime del caso. Conforme al artículo 62, en esta misma oportunidad el imputado podrá contestar la demanda civil deducida en su contra y/o señalar sus vicios formales requiriendo su corrección, y podrá, además, ofrecer sus medios de prueba.

VII.d. Planteamiento y tratamiento de excepciones de previo y especial pronunciamiento

Las excepciones de previo y especial pronunciamiento que puede oponer el acusado, según lo autoriza el artículo 264, son las siguientes: a) incompetencia del juez de garantía; b) litis pendencia; c) cosa juzgada; d) falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución Política o la ley la exigieren; y e) extinción de la responsabilidad penal.

En cuanto al sistema de admisibilidad, las diferencias con el sistema antiguo son importantes. Primero, ahora puede plantearse por esta vía cualquier causa legal de extinción de la responsabilidad penal, y no sólo algunas, como ocurría en el artículo 433 del Código de 1906. Y, segundo, la falta de personería del acusador ha pasado a constituir un vicio formal de la acusación, cuya corrección puede requerirse, según antes se ha señalado.

En lo que concierne al tratamiento procesal, de acuerdo al artículo 271, el juez de garantía abrirá debate sobre ellas, pudiendo recibir en la misma audiencia de preparación del juicio oral los antecedentes que estime necesarios para la decisión. Si se tratare de las excepciones de incompetencia, litis pendencia o falta de autorización para proceder, el juez de garantía las

resolverá de inmediato, por medio de resolución que es apelable, aunque en el solo efecto devolutivo (artículo 368). Si se tratare de las otras dos excepciones admitidas, de fondo o perentorias, las alternativas son las siguientes: a) sólo si el fundamento de la decisión que las acoja se encontrare suficientemente justificado con los antecedentes de la investigación, el juez de garantía las acogerá de inmediato y dictará sobreseimiento definitivo, por medio de resolución que, con arreglo al artículo 253, es apelable; o b) en todo caso contrario, el juez de garantía, por medio de resolución que no es apelable, reservará la decisión para la audiencia de juicio oral.

Finalmente, conforme al artículo 264, debe hacerse presente que las excepciones de cosa juzgada y extinción de responsabilidad penal, sólo éstas, podrán ser planteadas por el acusado durante la audiencia de juicio oral, aun cuando no hayan sido antes formuladas. Las demás quedan clausuradas.

VII.e. Corrección de vicios formales

Al tenor del artículo 270, en el evento que el juez de garantía estime que la acusación del fiscal, la acusación del querellante y/o la demanda civil adolecen de defectos formales, ordenará su subsanación. Interesa destacar que el juez de garantía puede proceder de oficio en esta materia. Si fuere posible la subsanación sin suspensión de audiencia, así se procederá. En caso contrario, se suspenderá la audiencia por un lapso que en caso alguno excederá de cinco días.

Las sanciones procesales, en evento de omisión de rectificación, son las siguientes: a) tratándose de la acusación del querellante o de la demanda civil, se las tendrá por no presentadas; y b) tratándose de la acusación del fiscal, si éste lo pide, podrá concedérsele un plazo adicional de hasta cinco días, informando al fiscal regional; si no hubiere rectificación, el juez de garantía sobreseerá definitivamente la causa, a menos que exista querellante adherido o sea acusador particular, casos en que el querellante sostendrá la acción en lo sucesivo, sin que el fiscal pueda volver a intervenir en el juicio.

VII.f. Celebración de convenciones probatorias

Conforme al artículo 275, es posible, durante la audiencia de preparación del juicio oral, que los intervinientes arriben a convenciones probatorias, esto es, al acuerdo en orden a predefinir ciertos hechos como probados, acerca de los cuales, por ende, no podrá haber discusión en la audiencia de juicio oral subsecuente.

Estas convenciones pueden surgir a proposición del juez de garantía o bien a solicitud concordada de los intervinientes. La petición concordada de las partes será acogida por el juez de garantía, en la medida que la convención se conforme con las previas alegaciones de los intervinientes.

Seguidamente, con arreglo a la letra d) del artículo 277, el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral deberá describir los hechos “que se dieran por acreditados” por esta vía. Esta novedosa institución procesal merece varios comentarios. Desde luego, implica que los jueces de juicio oral, al dictar la sentencia definitiva, vienen atados por una fijación de hechos que les es previa y extraña, en cuya determinación ha incidido el juez de garantía que ha controlado la licitud de la investigación y que ha obrado durante la audiencia de preparación de juicio oral. Y, en añadidura, han sido las propias partes quienes han podido fijar, ellas mismas, el enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva, abriéndose, así, un importante espacio de negociación entre las partes, que ha debido preceder a sus alegaciones fundamentales, puesto que las convenciones probatorias sólo serán aceptadas por el juez de garantía en la medida que éstas se conformen con aquéllas. Es una notable inserción del principio dispositivo en el proceso penal, que rompe con el dogma de la asignación a los jueces en lo penal de la función exclusiva y excluyente de buscar y declarar la verdad material de los hechos, independientemente de las conductas procesales y voluntades de las partes, principio vigente entre nosotros durante siglos.

VII.g. Fijación de medios de prueba susceptibles de producción en la audiencia de juicio oral

En el auto de apertura del juicio oral, artículo 277 letra e), con el que culmina la audiencia de preparación, quedan predefinidos, desde ya, por el juez de garantía, los medios de prueba que podrán rendirse en la audiencia de juicio oral, los cuales, de otro lado, serán, exclusivamente, los que las propias partes hayan previamente ofrecido y que no resulten excluidos por la decisión del juez de garantía. Se encuentra, aquí, una de las más interesantes funciones procesales de la audiencia de preparación del juicio oral. Interesa destacar que nos encontramos con otra manifestación del principio dispositivo, en tanto son los propios intervinientes quienes fijan los medios de comprobación de los hechos debatidos, sin que los jueces de juicio oral puedan incorporar otras probanzas.

Adicionalmente, la aceptación de medios de prueba es de resorte del juez de garantía, que ha obrado previamente, lo que es igualmente novedoso. Como se sabe, en la práctica, la fijación de medios de prueba incide nota-

blemente en el marco posible del enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva; la única excepción radica en que al tenor del inciso primero del artículo 336, a petición de cualquiera de los intervinientes, el tribunal de juicio oral en lo penal puede admitir la recepción de pruebas que el solicitante no hubiere ofrecido oportunamente, excepcionalmente, en la medida que éste justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Para decidir acerca de predefinición de medios de prueba, conforme a lo dispuesto en el artículo 272, se procederá al debate ante el juez de garantía acerca de las probanzas ofrecidas, en el sentido que cada parte podrá formular todas las observaciones, planteamientos y solicitudes que estime relevantes, acerca de las pruebas ofrecidas por las demás, en relación siempre con las decisiones sobre exclusión de pruebas. A este efecto, conforme al artículo 276, el juez de garantía examinará los medios de prueba que hayan sido ofrecidos por los intervinientes en sus respectivos actos procesales, que ya han sido examinados, abrirá debate sobre los medios de prueba ofrecidos, según también se ha dicho, y, finalmente, resolverá.

La regla general es que el juez de garantía admitirá los medios de prueba ofrecidos por los intervinientes. Excepcionalmente, los excluirá, en los siguientes casos: a) si fueren manifiestamente impertinentes; b) si tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; c) si provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas; d) si hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales; y e) en cuanto a las pruebas testimonial y documental, si estimare que su aprobación en los mismos términos ofrecidos implicare efectos puramente dilatorios en la audiencia de juicio oral, esto es, que mediante ellas se busca acreditar unos mismos hechos, o bien circunstancias que no fueren sustancialmente pertinentes con lo debatido, dispondrá que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, y, en consecuencia, se excluirán los que el interviniente en cuestión elimine.

VII.h. Oportunidad probatoria adicional al imputado

De acuerdo al artículo 278, si, al término de la audiencia de preparación del juicio oral, el juez de garantía comprobare que el acusado no ha ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables, puede suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días.

VII.i. Eventualidad de prueba anticipada

En los casos en que fuere procedente la recepción anticipada de prueba testimonial, conforme al artículo 191, ella se podrá solicitar en la audien-

cia de preparación del juicio oral. Así lo dispone el artículo 280. Lo propio respecto de los peritos, cuando éstos se encuentren en los mismos casos de los testigos del inciso segundo del artículo 191.

VII.j. Conciliación civil

Si se hubiere deducido demanda civil, artículo 273, el juez de garantía llamará a conciliación a las partes y les propondrá bases de arreglo. Si la conciliación no se produjere, el juez de garantía resolverá en la audiencia de preparación del juicio oral las solicitudes de medidas cautelares reales que hubiere planteado la víctima al formular su demanda civil.

VII.k. Dictación de auto de apertura del juicio oral y devolución de documentos

Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral, que es una resolución judicial que tiene la naturaleza jurídica de una sentencia interlocutoria, en cuanto servirá de base a la sentencia definitiva, resolución en que indicará: a) el tribunal competente para conocer del juicio oral; b) la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio oral y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas, fijando, así, el objeto penal del proceso; c) la demanda civil, d) los hechos que se dieran por acreditados en razón de convenciones probatorias; e) los medios de prueba que habrán de rendirse en la audiencia de juicio oral; f) la individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia de juicio oral.

La regla general es que esta resolución no es apelable. La exclusión de la apelación es sin perjuicio del eventual recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral. Sólo es apelable si el recurso se dedujere por el fiscal, en razón de exclusión de pruebas por causa de nulidad o inobservancia de garantías fundamentales. En estos casos, el recurso se concederá en ambos efectos.

Finalmente, conforme al artículo 279, el juez de garantía devolverá a los intervinientes todos los documentos que hubieren acompañado durante el procedimiento.

VII.l. Prisión preventiva

Conforme al inciso primero del artículo 142, la solicitud de prisión preventiva puede ser planteada, conocida, debatida y fallada en la audiencia de preparación del juicio oral; en todo caso, conforme a su inciso tercero, las presencias del imputado y su defensor constituyen un requisito de validez de la audiencia respectiva.

VII.m. Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios

La suspensión condicional y el acuerdo reparatorio, conforme al artículo 245, pueden ser pedidos, planteados, debatidos, conocidos y resueltos en la audiencia de preparación del juicio oral.

VII. n. Procedimiento abreviado

Finalmente, conforme a lo dispuesto en la letra h) del artículo 259, la acusación del fiscal debe contener, en su caso, la solicitud de que se proceda conforme al procedimiento abreviado, regulado en el Título III del Libro IV, artículos 406 a 415. Con arreglo al artículo 406, "se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas", agregando que, "para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento".

VIII. Principios procesales de la audiencia de preparación del juicio oral y presencias imprescindibles

En el primer orden, conforme al artículo 266, cobran estricta aplicación la oralidad y la inmediación. En el segundo orden, al tenor del artículo 269, en la audiencia de preparación del juicio oral es imprescindible la presencia del fiscal y del defensor del imputado, las cuales constituyen requisitos de validez de aquélla. En el evento de incomparecencia del fiscal a la audiencia de preparación del juicio oral, ella deberá ser subsanada de inmediato por el juez de garantía, quien deberá, además, poner el hecho en conocimiento del fiscal regional. En el caso de incomparecencia del defensor, el juez de garantía declarará abandonada la defensa y designará un nuevo defensor al imputado, disponiendo la suspensión de la audiencia de preparación del juicio oral por un plazo que no excederá de cinco días, a objeto que el nuevo defensor se interiorice del caso. En el evento que durante el desarrollo de la audiencia ésta sea abandonada injustificadamente por el fiscal o por el defensor, se sancionará por el juez de garantía con hasta dos meses de suspensión de ejercicio profesional, sanción que el juez de garantía aplicará después de oír al afectado y previa recepción de la prueba que éste ofreciere; nunca podrá alegarse la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales coetáneas.

La involución del procedimiento de calificación de quiebra

Héctor Oberg Y.

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Todo hecho que turba el orden social y al cual la ley le impone un castigo coloca a su autor en presencia de dos responsabilidades: una a favor de la sociedad cuyo orden ha turbado, y otra a favor del particular cuyos intereses ha ido a lesionar directamente. La primera tiende a la aplicación de las penas que establece la legislación penal; y la segunda, a la reparación del daño causado al interés privado.

El juicio criminal para calificar la quiebra declarada por un tribunal civil no escapa a lo dicho.

Fue el Código de Comercio en sus orígenes que estableció en el art. 1339 que "los acreedores y el ministerio público pueden acusar y perseguir ante los juzgados competentes la quiebra culpable o fraudulenta y la complicidad en ella", agregando en su inc. 2º que "los síndicos no podrán acusar sin previa autorización de la mayoría personal de los acreedores".

Para determinar si se estaba en presencia de una quiebra ilícita, se indicaba que "para la calificación de la quiebra se formará ante el juzgado de la quiebra un expediente separado, que será inestructivamente tramitado con audiencia del fallido, de los síndicos y del ministerio público".

Si no había mérito para calificar la quiebra de culpable o fraudulenta, el juzgado de comercio debía declararla fortuita. Empero, en caso contrario remitía el expediente "a la justicia ordinaria para que procediera con arreglo a derecho".

Sin perjuicio de lo dicho, el secretario del juzgado tenía la obligación de remitir al ministerio público, dentro de las cuatro horas siguientes de su pronunciamiento, copia certificada del auto de quiebra. Desde luego, cabe

advertir que esta comunicación era para los efectos de la intervención del ministerio público en la previa calificación de la quiebra ante el juzgado de comercio, y no para perseguir posibles responsabilidades penales, persecución que se entregaba a la justicia ordinaria, como se ha expresado, si concluía que la quiebra era ilícita.

Por su parte, el art. 1394 del C. de Comercio señalaba que el juzgado de comercio estaba habilitado para examinar el "balance, libros y papeles del fallido", y si de ello no resultaba mérito bastante para calificar la quiebra de culpable, el juzgado debía declararla fortuita, disponiendo al mismo tiempo "el desencarcelamiento" del quebrado, que se había producido como consecuencia de la providencia preventiva de su arresto, contenida en el auto de quiebra (art. 1350 N° 2 C. de Comercio).

Aun más, se expresaba que el fallido condenado por quiebra fraudulenta no podía celebrar convenio con sus acreedores, suspendiéndose toda deliberación relativa al mismo. En cambio, tratándose del fallido condenado por quiebra culpable, estaba habilitado para celebrar convenio con sus acreedores (art. 1469, 1470 C. de C.). Eso sí, que la aprobación del convenio no impedía que el quebrado fuere perseguido por quiebra culpable o fraudulenta (art. 1476). Por otra parte, la ley prohibía la rehabilitación del fallido fraudulento, no así del condenado por quiebra culpable, quien para gozar de tal derecho debía justificar el pago íntegro de sus deudas y el cumplimiento de la pena a que hubiere sido condenado. Posteriormente, el Código de Procedimiento, en su origen (art. 615), llamaba el tercer ramo con el nombre de Calificación de Insolvencia, y que se regulaba particularmente en los arts. 659 al 662 del mencionado Código, señalando este último que "cuando de lo obrado en este ramo resultare mérito para proceder criminalmente contra el deudor o contra terceros, el tribunal de oficio lo pondrá en conocimiento del juez competente en lo criminal". Como puede apreciarse, desde siempre la declaratoria de quiebra ha llevado consigo la instrucción de un proceso penal para determinar la licitud o ilicitud de la conducta del fallido, pues ella "no solo perjudica al interés privado, sino que amenaza y compromete el interés público, el cual reclama la represión penal de todos aquellos que, culpable o dolosamente, dilapidan un mermado caudal, que es la única garantía de sus acreedores...". Persecución penal que en aquel entonces se entregaba oficiosamente por el tribunal civil a uno criminal, para que éste iniciara las investigaciones de rigor y determinara las responsabilidades del caso.

Por su parte, la Ley N° 4558, de 4 de febrero de 1929, cuyo texto definitivo se fijó por D.S. N° 1297, de 23 de junio de 1931, del Ministerio de Justicia, y rectificado en el Diario Oficial de 16 de julio de 1931, persistió

en la idea original de sancionar la quiebra ilícita, y le dedicó el Título XIII, que lleva como epígrafe “De los delitos relacionados con las quiebras”, comprensivo de los arts. 187 a 205.

Aspecto sobre el cual el Ejecutivo en el mensaje con que lo acompañó se preguntaba: “Por otra parte, ¿debe quedar impotente la justicia ante la ofensa inferida al crédito público, cuando la conmiseración de los acreedores perdona al fallido culpable o fraudulento? Parece a todas luces indispensable que sea el juez del crimen, que posee todos los medios de acción suficientes para investigar los delitos que afecten a la masa, quien proceda a la calificación de la quiebra, iniciando el correspondiente juicio criminal tan pronto como sea declarada”. Extendiendo, además, esta responsabilidad penal a los gerentes, directores o administradores o factores o representantes del fallido, quienes abusando de la confianza depositada en ellos, han cooperado con actos culpables o dolosos a la quiebra de la sociedad que administran o a la de sus principales o mandantes.

Se estableció en esta ley –4.558– toda una reglamentación para el procedimiento de calificación, en el cual tenían una actuación preponderante la Sindicatura General de Quiebras y los síndicos asiento de Corte de Apelaciones, y al cual se le daba inicio en forma obligatoria dentro de las veinticuatro hora siguientes a la declaratoria de quiebra del deudor comerciante, y si el tribunal carecía de jurisdicción en lo criminal debía comunicarla por oficio al juez del crimen correspondiente. Este oficio debía ser tramitado directamente por el síndico, quien estaba obligado a velar por el cumplimiento de esta norma (art. 194).

Con este aviso o en su defecto con una copia autorizada de la sentencia declaratoria de quiebra, y teniéndolos como autocabeza de proceso, el juez sin esperar la comparecencia del síndico, ordenaba instruir sumario para indagar si el fallido o cualquier otra persona era responsable de algún delito relacionado con la quiebra. Por su parte, el síndico estaba obligado a personarse en este juicio penal, a más tardar al día siguiente al de la declaratoria de quiebra, figurando como parte en él, sin necesidad de entablar formal querrela, y en tal carácter debía solicitar la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias para esclarecer los antecedentes de la quiebra y para asegurar la persona y bienes del fallido. Podía este síndico imponerse del sumario en cualquier momento, circunstancia excepcional que lo favorecía frente a lo prescrito en el art. 78 del C. de Procedimiento Penal, que consagra el secreto de esta etapa del juicio criminal. La intervención del síndico no inhibía a los acreedores para querellarse si así lo deseaban. Hay que tener presente que se está en un juicio en que lo ejercitado es una acción penal pública, y de ahí, entonces, la injerencia del

juez oficioso, del síndico y de posibles querellantes. Personajes todos los cuales deben inspirarse en el objetivo final de esta causa calificatoria de quiebra, cual es precisar la existencia o inexistencia de una posible responsabilidad penal del fallido o de terceros en la quiebra que se investiga.

Pieza fundamental en el transcurso del sumario era la emisión de un peritaje sobre la contabilidad del quebrado, y que estaba a cargo del contador de la Sindicatura General de Quiebras o de los contadores de las sindicaturas provinciales, que se designaban a proposición del síndico respectivo.

En definitiva, en estas causas el motor de ellas fue la intervención del síndico, guiando la investigación, solicitando oficios u otros antecedentes que permitían, en su caso, pedir la dictación de la encargatoria de reo –como se decía entonces–, verificando si la libertad provisional se concedía con la fianza suficiente, impetrando el cierre del sumario, o acusando particularmente si los antecedentes lo ameritaban. En este proceso el fallido quedaba siempre sujeto a la vigilancia de la autoridad.

Importó esta ley del año 1929 un real cambio en este tipo de juicio penal, pues de un proceso abierto, por así decirlo, que se desenvolvía única y exclusivamente por la actividad del juez y/o promotor fiscal, y que se rigió en lo procesal por el Código de Procedimiento Penal fundamentalmente, se pasó a una etapa en que manteniéndose el carácter de una acción penal pública, aparece ciertamente más restringida, aun cuando con la intervención de la Sindicatura General de Quiebras y sus síndicos asiento de Corte pareciera ser lo contrario. Sobre el particular conviene mencionar que el art. 21 N° 6 de la Ley 4.558 señalaba que al síndico le incumbía especialmente “provocar la calificación de quiebra”, con lo cual se centraba en la persona de este auxiliar de la administración de justicia el acto provocatorio de la jurisdicción criminal en este proceso penal tan particular, y que incluso podía afectarle una responsabilidad civil y penal por cualquier error, negligencia o abuso que pudiese derivar de su conducta funcionaria.

Fue en el año 1982 que la Ley N° 18.175, de 28 de octubre, derogó la Ley N° 4.558, y aun cuando su texto mantiene la gran mayoría de las disposiciones que se derogaban, en el aspecto que nos interesa –el procedimiento de calificación– hay algunas novedades que demuestran esta involución que comentamos. En efecto, el juez que declara la quiebra ya “no dará aviso de ella” cuando carece de jurisdicción criminal al juez del crimen competente dentro de las veinticuatro horas siguientes de ser declarada. Por el contrario, se establece que tal juez si “estima que puede configurarse alguna de las presunciones establecidas en los arts. 219, 220 y

221, oficiará al juez del crimen". Vale decir, de una obligación que tenía que cumplir el tribunal, se pasa a ejercitar una mera facultad, en la medida que el juzgador considera que existen ciertos hechos que puedan configurar algunas de las presunciones. Empero, se atenúa tal ejercicio, y lo transforma nuevamente en obligación, si lo pedía el Fiscal Nacional o la junta de acreedores. En lo demás, con leves variantes adecuatorias a la nueva institucionalidad orgánica que se establece, se mantienen las normas de la ley del año 1929. Con todo, la mayor novedad en el aspecto procesal concursal radica en la supresión de la obligación que tenía el síndico para provocar el proceso de calificación y de apersonarse a él sin necesidad de presentar querrela, calidad que quedó reservada para el Fiscal Nacional o su delegado. El desaparecimiento del síndico obedece al hecho de no ser ya un auxiliar de la administración de justicia, dado que la ley en referencia cambió el sistema de nombramiento que hasta ese momento regía, transformándolo de un funcionario público a un nombramiento de síndico privado designado por el juez de una nómina que elabora el Ministerio de Justicia, y quien puede ser cambiado por la junta de acreedores, si a ésta así le place.

Mas no han finalizado con lo expuesto las penurias de este procedimiento penal. Efectivamente, hay que considerar en estos momentos la influencia de la reforma procesal penal, que ha ido incorporando gradualmente las regiones de nuestro país a un sistema penal acusatorio, con intervención del ministerio público en la etapa investigatoria, que no es jurisdiccional, y el juicio oral, en que se juzgará al acusado, a cargo de un órgano jurisdiccional compuesto de tres jueces, que han sido totalmente ajenos a la investigación, y que por vez primera se enfrentan a la causa. Ha sido la ley N° 19.806, de 31 de mayo 2002, la que adecuó el procedimiento de calificación de quiebra a la nueva normativa procesal penal, alterando el párrafo 3 del Título XIII de la Ley de Quiebras, que alude al procedimiento de calificación, dejándolo reducido a solo tres artículos. El primero de ellos (art. 222) indica que declarada la quiebra la junta de acreedores o cualquier acreedor puede denunciar o querrellarse criminalmente si estima que se configura alguno de los hechos previstos en los arts. 219, 220 ó 221. En otras palabras, tiene prioridad la junta de acreedores o cualquier acreedor para dar inicio a este procedimiento.

Desaparece así toda actividad del juez que declaró la quiebra, dejando constancia que éste es un juez civil y que obviamente es el único que tiene noticia de la existencia de la declaratoria de quiebra. La junta de acreedores, por su parte, va a tomar vida legal mucho tiempo después, no antes de 30 días ni después de 40 días hábiles contados desde la publicación de la sentencia que declara la quiebra, y en ella tendrá que tomarse el acuer-

do en la forma prescrita por la ley del ramo, para presentar la denuncia o la querrela a través del presidente de tal junta.

Ahora, si no se ejerce la acción penal, y hay mérito para investigar los hechos constitutivos de una posible quiebra ilícita, será la Superintendencia de Quiebras –en segundo término– la llamada a denunciarlos al ministerio público, noticiándolo de la declaratoria de quiebra y de los demás antecedentes que puedan obrar en su poder. Es evidente que este aviso no es coetáneo con la declaratoria de quiebra, pues deberá esperar la celebración de la junta de acreedores para conocer la decisión que ésta ha adoptado en orden a perseguir o no la posible responsabilidad penal del fallido. El tiempo pasa y todo va quedando en buenas intenciones y, por último, en el olvido, desdibujándose cada vez más este procedimiento de calificación, que en su inicio fue tan riguroso.

Cierra este artículo 222 su inciso 3°, contenedor de una norma supletoria de los anteriores, y que atribuye al ministerio público la facultad para iniciar de oficio la investigación criminal pertinente. Indudablemente este actuar oficioso también tiene sus límites, ya que se requiere que en forma previa los anteriores sujetos que pueden promover la investigación hayan guardado una conducta pasiva. Se requerirá, por ende, toda una actividad del ministerio público para indagar las posibles quiebras que se hayan declarado, y que ellas no han sido ya objeto de procedimientos investigatorios por parte de la junta de acreedores o de cualquier acreedor. La Superintendencia de Quiebras no queda comprendida en esta limitación, dado que será ella la llamada a poner en conocimiento del ministerio público los antecedentes para iniciar la investigación que el caso demande.

Conviene tener presente que la actividad de la Superintendencia de Quiebras está centrada única y exclusivamente en dar la noticia de la existencia de una quiebra, cuando hay mérito para investigar los hechos que puedan constituir una quiebra ilícita. Aviso que no la constituye en un interviniente en el nuevo proceso penal, e igual acontece con el acreedor o junta de acreedores, que sólo denuncian la quiebra si consideran que se configuran algunas de las presunciones de culpabilidad o fraudulencia contenidas en los arts. 219, 220 y 221.

Es útil tener presente que los arts. 222 y 228 de la Ley de Quiebras, sustituidos o modificados por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo del año 2002, solo van a tener vigencia en aquellas regiones donde está operando hoy la reforma procesal penal (IV, IX, II, III, VII, I, XI y XII), y en el resto lo hará gradualmente. Así, la V, VI, VIII y X entrarán al sistema el 16 de diciembre del 2003, y la Región Metropolitana el 16 de diciembre del 2004.

Se iniciará, entonces, el procedimiento de calificación de quiebra ciñéndose a las disposiciones del Código Procesal Penal, encontrándose a cargo de la investigación pertinente el fiscal del ministerio público respectivo, quien deberá considerar que el fallido es inocente, y que como imputado o acusado está amparado por las prescripciones del citado cuerpo legal. Y algo curioso, se produce un choque entre los arts. 219, 220 y 221 de la Ley de Quiebras, que contienen presunciones de fraudulencias y culpabilidad, y el art. 4° del C.P.P., que presume la inocencia del imputado. Las primeras tienen un carácter especial, y podría entenderse que prevalecen sobre la segunda, quedando por tanto de cargo del fiscal practicar aquellas diligencias "que acrediten la inocencia del inculcado" (art. 3° C. Proc. Penal). En otras palabras, deberá destruir los fundamentos de las presunciones en cuestión.

Por el contrario, si se estima que el Código Procesal Penal ha derogado tales presunciones, simplemente desaparece del campo penal la posible quiebra ilícita, y de seguirse el aviso de la Superintendencia de Quiebras o la intervención de un acreedor o de la junta de acreedores, el ministerio público podría disponer ya el archivo provisional de tales antecedentes, ya no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, aplicando el principio de oportunidad.

Con todo, y suponiendo que se abre una investigación, es posible que no se llegue al juicio oral, pues podrá producirse una suspensión condicional del procedimiento, en la medida que tratándose de una quiebra culpable la pena a imponerse al imputado no exceda de tres años de privación de libertad, y se den desde luego las otras exigencias que demanda la ley (arts. 237 a 240 del C. Proc. Penal). Hay que tener en cuenta que el art. 229 de la Ley de Quiebras sanciona la quiebra culpable con una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (de 61 días a 5 años).

Sería posible, asimismo, que dicha investigación terminase por haber llegado el imputado y la víctima (en este caso la masa de acreedores representada por aquel a quien otorgó mandato para querellarse o denunciar, o cualquier acreedor singular) a un acuerdo reparatorio. Efectivamente el art. 241 inc. 2° del C. Proc. Penal prescribe que "los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial...", situación que se presenta en forma clara tratándose de una quiebra.

En otras palabras, se está ante un convenio judicial entre el fallido imputado y sus acreedores, al margen de los regulados por la Ley de Quiebras, y sin necesidad, por cierto, de cumplir con los requisitos y exigencias que requiere la ley concursal para dichos convenios. ¡La ley burla a la ley!

El efecto que se sigue de este acuerdo, una vez aprobado por el tribunal, es extraordinario: debe dictarse un sobreseimiento definitivo, total o parcial en la causa. Con lo cual se extingue, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado (art. 242, C. Proc. P.). Este acuerdo no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil (art. 243 C.P.P.), y una vez firme la resolución aprobatoria, puede solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en los arts. 233 y siguientes del C. de Procedimiento Civil. Cabría preguntarse en qué bienes se hará efectivo el cumplimiento, cuando el patrimonio del imputado ha sido realizado con motivo precisamente de la quiebra.

Para el evento de existir pluralidad de víctimas en la causa –como sería el caso de la quiebra–, el procedimiento va a continuar respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo (art. 244 C.P.P.). Por cierto, nada impedirá que con posterioridad y dentro de las oportunidades que consigna la ley procesal penal, puedan celebrarse otros acuerdos reparatorio con los disidentes, y que no tienen que ser necesariamente iguales a los anteriores.

La *par conditio creditorum* ha dejado de ser tal.

De llegar este procedimiento al juicio oral, habrá que tener presente que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. La prueba que vaya a servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, y siguiendo la regulación contenida en los arts. 325 y siguientes del Código Procesal Penal. Como quiera que en este tipo de procedimiento calificadorio la prueba por excelencia será el informe pericial sobre la contabilidad del fallido, los peritos deben exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe. A continuación se autoriza su interrogatorio por las partes; en primer lugar, lo hará la parte que hubiere ofrecido la prueba y luego las restantes. Por último, los miembros del tribunal están autorizados para formular preguntas al perito para aclarar sus dichos, no para hacer nuevas indagaciones.

Finalmente, el tribunal forma su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, no pudiendo ser condenado el fallido acusado “sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley” (art. 340 C.P.P.). De ser condenatoria la sentencia, no podrá exceder el contenido de la

acusación, esto es, debe haber congruencia entre una y otra. Empero, el tribunal puede dar a los hechos una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que lo hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. En caso contrario, deberán reabrir la audiencia para que las partes puedan debatir sobre la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación.

Poco probable, como lo hemos dejado anotado, que un procedimiento de calificación de quiebra llegue a juicio oral. Aumenta este parecer la existencia del llamado procedimiento simplificado, que se aplicará cuando la pena requerida por el fiscal no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (61 días), y en el caso que nos preocupa la causa verse sobre hechos constitutivos del simple delito de quiebra culpable. Para que tenga vigencia esta disposición –art. 388 C.P.P.– hay que estarse a la pena requerida por el fiscal, y no a la pena asignada por la ley al delito.

Aun más, tampoco habrá juicio oral si se dan los presupuestos para utilizar el procedimiento abreviado, que se contempla en los arts. 406 y siguientes del Código Procesal Penal. Básicamente se aplicará este procedimiento para conocer y fallar en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiera la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo (art. 406 C.P.P.). La situación descrita comprende entonces tanto a la quiebra culpable como fraudulenta, pues la primera se sanciona con presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años), y la segunda se pena con presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años). Por consiguiente, si el requerimiento sancionatorio del fiscal queda comprendido en el primer tramo de la escala indicada, será posible acogerse al procedimiento abreviado.

Al igual que en el procedimiento simplificado, hay que estarse para emplear el procedimiento abreviado a la pena requerida por el fiscal, y no a la contemplada en la ley.

Empero, atención, la aplicación del procedimiento abreviado no es tan liberal. Efectivamente, para hacer realidad su utilización se requiere que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente, y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento (art. 406 C.P.P.).

Este acuerdo entre fiscal y acusado puede incluso llevarse a efecto en la misma audiencia de preparación del juicio oral, pudiendo aquél modificar su acusación y la pena requerida para permitir la tramitación del procedimiento en referencia. En lo que nos interesa, habrá posibilidad de modificar la acusación de quiebra fraudulenta a una acusación de quiebra culpable, y alterar así la penalidad que inicialmente fue requerida por el ministerio público. Desde luego, lo registrado es sólo un esbozo elemental del procedimiento abreviado, existiendo otras actuaciones que se han omitido por entender que no es pertinente referirse a ellas en esta ocasión.

Como corolario de esta exposición fluye que el procedimiento de calificación a través del tiempo ha ido de más a menos, constituyéndose la reforma procesal penal en la lápida del mismo. La mala fe puede estar tranquila en este campo, pues casi nada la perturbará en su obrar. Y no estará lejano el día que el propio órgano que naciera en 1929 viera que ha llegado su tiempo: *manes, tecel, fares*.



Marcas comerciales y nombres de dominio

Ricardo Sandoval López

Profesor de Derecho Comercial
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Sin duda la marca es uno de los más antiguos objetos de propiedad industrial, toda vez que desde hace varios milenios los fabricantes y artesanos han puesto en sus productos determinados signos que permiten distinguirlos de otros que se ofrecen en el tráfico mercantil.

En la actualidad el empresario necesita crear una imagen de la empresa que le permita actuar en el mercado con posibilidades de éxito y formar una clientela que pueda mantenerse e incrementarse a través del tiempo. Requiere, en consecuencia, identificar los productos que fabrica o que vende, los servicios que presta y los establecimientos donde dichos productos se elaboran o se comercializan o donde se dispensan los servicios de que se trata, todo ello con el propósito de distinguirlos de los que fabrican, ofrecen o prestan sus competidores en el mercado, evitando de esta suerte que los consumidores o usuarios sean inducidos a error o engaño sobre los productos, servicios o establecimientos. Las marcas en tanto signos distintivos constituyen instrumentos necesarios y eficaces en el manejo de la empresa e implican además un importante mecanismo para la protección de los consumidores.

Estos signos pueden consistir en palabras, frases, números, dibujos, monogramas, timbres, sellos, figuras, emblemas, o la combinación de algunos de ellos, con un cierto carácter de novedad y su función básica comenzó siendo la de distinguir productos y más tarde se extendió a servicios, establecimientos industriales, establecimientos comerciales y frases de propaganda.

En virtud de la llamada regla de la especialidad, es posible que dos o más marcas comerciales idénticas o semejantes, pertenecientes a distintos empresarios, puedan coexistir pacíficamente en el mercado si distinguen a

productos, servicios o establecimientos perfectamente diferenciados o que operan en sectores distintos de la actividad económica mercantil. El fundamento de esta regla reside en que al operar los signos en sectores comerciales diferentes, no existe riesgo de que los consumidores se vean inducidos a error o confusión. Por el contrario, cuando se trata de marcas que se refieren a unos mismos productos o servicios, ofrecidos o prestados dentro de un mismo sector comercial, existe el peligro que los consumidores o usuarios se equivoquen creyendo que los productos o servicios tienen una misma procedencia.

A diferencia de lo que ocurre con las invenciones, las marcas comerciales no tienen que ser el resultado de una creación original del espíritu humano, en otras palabras, el empresario no está obligado a adoptar un signo nuevo u original. Lo que se exige es que la marca tenga **fuerza diferenciadora**, que sirva para distinguir sus productos, sus servicios o sus establecimientos industriales o mercantiles. Siendo esto así, a la hora de elegir un signo el empresario tiene la opción de crear una marca con el propósito de utilizarlo en el tráfico comercial o utilizar un signo que ya existe, siempre y cuando tenga fuerza diferenciadora.

Desde el punto de vista jurídico, la marca una vez registrada confiere a su titular un derecho exclusivo, relativo a un sector económico determinado, para usarla dentro del mercado respecto de los productos, servicios o establecimientos de que se trata y para impedir que un tercero la use sin su autorización.

Sección I. LAS MARCAS COMERCIALES

2. Legislación chilena sobre marcas

El primer texto que reguló sistemáticamente las marcas comerciales en Chile fue el Decreto Ley N° 958, de 1931.

El aludido texto legal fue derogado y sustituido por la Ley N° 19.039, de 25 de enero de 1991, que establece normas sobre Privilegios Industriales y Protección de Derechos de Propiedad Industrial, que se encuentra en actual vigencia. El Decreto Supremo N° 177, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 30 de septiembre de 1991, contiene el Reglamento de la mencionada ley, con el cual se complementa la normativa sobre este tema.

Además, se aplica en esta materia el Decreto Supremo N° 897, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fecha 13 de octubre de 1971, publicado en el Diario Oficial de 6 de noviembre de 1971, que ratifica el *Arreglo Clasificación Internacional de Marcas Comerciales para Productos y Servicios*, celebrado en Niza, Francia. Este Decreto Supremo entró en vigencia el 1 de enero de 1972, según la norma prevista en su artículo 9°.

También rige en nuestro país el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP)*, que entró en vigencia el 30 de septiembre de 1991, fecha en que se publicó en el Diario Oficial, y el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*, promulgado por Decreto Supremo N° 16, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 1995.

3. Concepto de marca

En el contexto del derecho nacional, el antiguo Decreto Ley N° 958 definía la marca como “todo signo especial y característico que sirve para distinguir los productos de una industria, los objetos de un comercio o de una empresa cualquiera. La marca puede consistir en una palabra, locución o frase de fantasía, en una cifra, monograma, timbre, sello, viñeta, franja, emblema, figura, fotografía o dibujo cualquiera, o en su combinación de estos diversos signos con cierto carácter de novedad”.

De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 19.039, que disciplina actualmente esta materia, “Bajo la denominación marca comercial se comprende todo signo visible, novedoso y característico que sirva para distinguir productos, servicios y establecimientos industriales o comerciales”.

En el inciso 2° esta misma disposición agrega que “Podrán inscribirse las frases de propaganda o publicitarias, siempre que vayan unidas o adscritas a una marca registrada del producto, servicio o establecimiento comercial o industrial para el cual se vaya a utilizar, debiendo necesariamente la frase de propaganda contener la marca registrada que será objeto de la publicidad”.

Para complementar la noción de marca, el aludido precepto dispone que: “Si se solicita una marca comercial que contenga vocablos, prefijos, sufijos o raíces de uso común o que puedan tener carácter genérico, indicativo o descriptivo, podrá concederse el privilegio, dejándose expresa constancia de que se otorga sin protección a los referidos elementos aisladamente considerados”.

“Asimismo, el registro de marca consistente en una etiqueta, confiere protección al conjunto de ésta y no individualmente a cada uno de los elementos que la conforman”.

“Si se asigna por el peticionario un nombre a la etiqueta, la palabra que constituya este nombre deberá ser la que aparezca en forma más destacada y también gozará de protección de marca, pero no así el resto de las palabras que pueda contener la etiqueta, de lo cual se dejará constancia en el registro”.

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, contenido en el Decreto Supremo N° 177, de 1991, define la marca comercial como “todo signo visible, novedoso y característico que permite distinguir productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales, tales como nombres, seudónimos, palabras, expresiones arbitrarias o de fantasía, combinación de colores, viñetas, etiquetas, o una combinación de estos elementos, y las frases de propaganda o publicitarias. Estas últimas sólo tendrán protección en el caso en que vayan unidas o adscritas a una marca ya registrada del producto, servicio o establecimiento comercial o industrial con el cual se utilicen, debiendo necesariamente contener la marca registrada que será objeto de publicidad”.

El concepto de marca que define la Ley N° 19.039, de 1991, es más amplio que el que se describía en la legislación anterior. En efecto, el Decreto Ley N° 958, de 1931, limitaba la marca sólo a los productos de una industria, los objetos de un comercio o una empresa cualquiera; en cambio, la Ley N° 19.039, de 1991, dispone que son susceptibles de ser registrados como marcas comerciales los productos, servicios, establecimientos industriales o comerciales y frases de propaganda.

Por otra parte, la noción de marca que define la normativa que rige en nuestros días es más perfecta que la contenida en la legislación anterior, en cuanto a que en vez de señalar en qué consiste la marca, destaca sus rasgos esenciales de ser visible, novedosa y característica. El Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial siguió el criterio de dar ejemplos acerca de aquello en que puede consistir el signo distintivo.

De acuerdo a la legislación chilena, son susceptibles de registrarse como marcas: los productos, los servicios, los establecimientos industriales, los establecimientos comerciales y las frases de propaganda o publicitarias adscritas a una marca registrada.

En el derecho comparado la marca es un objeto de propiedad industrial que ha recibido un tratamiento normativo muy completo, que comprende

los aspectos generales relativos al concepto, clases y prohibiciones, el procedimiento de registro, los derechos que confiere la marca registrada y las acciones civiles y penales de protección de la misma.

Según el artículo 1° de la Ley 32/1988, de 11 de noviembre de 1988, Ley de Marcas, la marca se define como "todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona". La definición de la ley española no es "excesivamente afortunada en los términos empleados ni en la sintaxis gramatical, pero es útil para dar relieve a la función económica principal que las marcas satisfacen y en relación con la cual este concepto se ha tradicionalmente construido".¹

4. Características de la marca

De la definición legal de marca comercial en el derecho objetivo chileno, se desprende que ella posee dos rasgos distintivos: la novedad y la fuerza diferenciadora.

La característica de novedad no implica que la marca tenga que ser absolutamente original, es decir, que no se requiere que cada empresa tenga que inventar un signo, sino que este signo ha de contar con un aspecto novedoso. La fuerza diferenciadora o la distintividad es la aptitud que el signo debe tener para que identifique y diferencie a los productos, servicios y establecimientos de un empresario respecto de los productos, servicios y establecimientos idénticos pertenecientes a otro empresario, que también participa en el tráfico mercantil.

Las características de la marca se recogen también a propósito de ciertas prohibiciones de registro. En efecto, el artículo 20 de la Ley N° 19.039 señala que no pueden registrarse como marcas:

" f) las que se presten para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, servicios o establecimientos;

g) las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de confundirse con otras registradas en el extranjero para los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales y/o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad;

¹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La marca y otros signos distintivos" en *Derecho Mercantil*. Coordinación Guillermo Jiménez Sánchez. 6ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, España, 2001, Tomo I, p. 613.

h) aquellas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejan, en forma de poder confundirse con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad en la misma clase”.

La persona que se limita a imitar o a copiar la marca de otro empresario atenta contra las características de novedad y de fuerza diferenciadora, toda vez que su signo no puede estimarse como novedoso, porque imita a otro ya existente y carece de distintividad respecto de los productos de que se trata, porque con ella se intenta confundir al consumidor, para que crea que ha comprado los productos que se distinguen con la marca imitada, cuando en el hecho ha adquirido los bienes del imitador.

5. Funciones de la marca

Las funciones de la marca son predominantemente de carácter económico y entre ellas se puede mencionar, en primer término, la función distintiva, que, como lo indica su nombre, consiste en distinguir unos productos, servicios, establecimientos o frases de propaganda respecto de otros idénticos o similares que se pueden encontrar en el mercado.

En segundo lugar, la marca tiene una función económica atributiva de calidad de los productos que se distinguen con ella. Tiene asimismo una función condensadora o catalizadora del prestigio o *goodwill* empresarial de la persona que la utiliza para identificar sus productos, servicios o establecimientos y, por último, la marca desempeña una función publicitaria, respecto de los productos, servicios o establecimientos que con ella se distinguen.

Desde el punto de vista empresarial la marca constituye una especie de **patrimonio estratégico** muy importante llegando a convertirse en un **valor agregado** con el que cuenta la empresa. Por tal razón en las economías libres o de mercado ellas son reconocidas y protegidas legalmente como uno de sus elementos esenciales y, asimismo, como una forma de brindar resguardo adecuado a los consumidores.² Las marcas crean un incentivo para mantener la buena reputación al ofrecer los productos o servicios, de manera que los productos de mala calidad desaparecen del mercado conjuntamente con la marca que los distingue.

En términos jurídicos, la marca comercial es un bien de propiedad indus-

² En la República Popular China existe también un registro de marcas cuyo objetivo es controlar la calidad de los productos que se ofrecen en el mercado. Véase: Cubillos Sigall, Nicolás, “En defensa de las Marcas Comerciales”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 2, 1998, Sección Estudios, p. 297.

trial, de naturaleza incorporal mueble, que confiere un derecho exclusivo para usarla en el tráfico mercantil. Desde la perspectiva del derecho, la marca comercial cumple una función de protección, tanto respecto del empresario titular de la misma y de su empresa, como de los consumidores y usuarios. En efecto, la marca permite al empresario impedir que otros la utilicen sin su autorización, para identificar productos, servicios o establecimientos. A los consumidores y usuarios, la marca les brinda protección para elegir correctamente los bienes, servicios o establecimientos, sin ser llevados a error o confusión acerca de la procedencia de tales productos, servicios o establecimientos. La marca crea una relación de confianza con el consumidor respecto de los productos, servicios o empresas que con ella se identifican.

6. Alcance territorial de las marcas

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley N° 19.039, de 1991, las marcas de productos, servicios y establecimientos industriales tienen validez para todo el territorio de la República. En cambio, las marcas que distinguen establecimientos comerciales sólo tienen valor para la región en que estuviere ubicado el establecimiento cuya marca se ha registrado.

7. Marcas de productos

En el artículo 23 de la Ley N° 19.039 se establecen normas para la clasificación de los productos, servicios y establecimientos susceptibles de ser registrados como marcas.

Tratándose de los productos, la citada disposición previene que "cada marca sólo podrá solicitarse e inscribirse para productos determinados, o bien para una o más clases del clasificador internacional.

En Chile, durante la vigencia del Decreto Ley N° 958, de 1931, que regulaba las marcas comerciales, se dictó el Decreto N° 897, que adoptó la clasificación internacional de marcas comerciales para productos y servicios, que comprende 34 clases de productos y 8 clases de servicios. Esta clasificación internacional de productos y servicios la hizo la BIRPI (*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*), Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual, en el año 1957, y tiene fuerza obligatoria respecto de los países que suscribieron el Acuerdo de Niza de ese mismo año.

8. Marcas de servicios

Como lo indica su denominación, estos signos no identifican productos sino prestaciones de servicios, tales como los de comunicaciones, de acceso a la red Internet, de informaciones comerciales, etc.

Como acabamos de señalar, la clasificación internacional distingue ocho clases de servicios, a saber: clase 35, publicidad y negocios; clase 36 seguros y finanzas, clase 37, construcciones y reparaciones; clase 38, comunicaciones; clase 39, transporte y almacenaje; clase 40, tratamiento de materiales; clase 41, educación y esparcimiento, y clase 42, varios.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley N°19.039, los servicios deben ser específicos y determinados para ser registrados con su respectiva marca.

En virtud del Decreto Reglamentario N°177, de 30 de septiembre de 1991, se dispuso que el clasificador de marcas es el clasificador internacional de productos y servicios establecido en el acuerdo de Niza de 1957, y sus posteriores modificaciones. Se trata de una clasificación variable y determinada por un organismo internacional, del que nuestro país no es miembro, pero cuyas normas deben ser respetadas en Chile. El Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción debe certificar cuál es la lista de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas y poner en conocimiento del público cualquier variación que ella pudiera experimentar.

9. Marca de establecimientos industriales y comerciales

Elas pueden o no estar asociadas a uno o a varios productos y su validez se confiere para todo el territorio de la República, en el caso de los industriales, o para la región donde estuviere ubicado el establecimiento, en el caso de los comerciales.

10. Marca de frases de propaganda

Esta clase de signo distintivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19, inciso 2º, de la Ley N° 19.039, ha de estar unida o adscrita a una marca registrada del producto, servicio o establecimiento, debiendo imperativamente la frase de propaganda contener la marca registrada que es objeto de publicidad.

El propósito de una frase de propaganda es publicitar un producto, servicio o establecimiento que ya se distingue en el mercado con una marca registrada, y para su inscripción se requiere que no que exista registro marcario a nombre de otra persona o empresa, de otra frase idéntica o similar, destinada a la propaganda de esos mismos productos, servicios o establecimientos. Ejemplos de frases publicitarias registradas conjuntamente con la marca comercial son: "Corona lo soluciona"; "La Polar, llegar y llevar".

11. Clases de marcas

Las marcas admiten diversas agrupaciones según el criterio que se emplee para ello.

Si se tiene en cuenta la configuración de la marca, es posible distinguir marcas denominativas, gráficas, tridimensionales y mixtas.

a) Marcas denominativas son aquellas en las que el signo distintivo está integrado por palabras o combinaciones de palabras que sirven para identificar a personas físicas o jurídicas. Ejemplos: David del Curto es marca registrada de fruta.

b) Marcas gráficas son aquellas en las que el signo distintivo está compuesto por imágenes, figuras, símbolos o gráficos, ya sea que se trate de uno o varios de la misma o de las distintas especies ya enunciadas. Ejemplo, el toro del brandy Osborne.

c) Marcas tridimensionales son las que están constituidas por el simple envoltorio o envase en el cual es ofrecido el producto al consumidor.

d) Marcas mixtas son aquellas que en su configuración combinan dos o más elementos propios de la marcas denominativas, gráficas o tridimensionales.

Por el objeto de la marca pueden clasificarse en marcas de productos, marcas de servicios, marcas de establecimientos industriales y marcas de establecimientos comerciales. La marca de productos se utiliza para distinguir cosas u objetos que pueden ser frutos de la actividad extractiva del hombre o frutos de las actividades fabriles o manufactureras del hombre respecto de materias primas previamente extraídas, pasando a ser marcas de productos naturales y marcas de productos industriales, respectivamente.

La marca de servicios tiene por objeto distinguir las distintas actividades que los empresarios realizan en relación con la circulación de los bienes y de la riqueza, la actividad de intermediación que se concreta en prestaciones intangibles y no en cosas materiales.

Atendiendo a la procedencia de los productos o de los servicios, se distingue entre marcas de fábrica o industriales y marcas comerciales. Las marcas de fábrica indican la procedencia del producto e identifican a la empresa que lo ha elaborado, para distinguirlo de sus competidores. Las marcas comerciales son las que pueden ser utilizadas por los distribuidores o por los comerciantes para distinguir los productos que, aun cuando no han sido fabricados por ellos, son comercializados por ellos.

Cuando se considera al titular de la marca, es posible distinguir entre marcas individuales y colectivas. Las marcas individuales son aquellas cuyo titular es una persona natural o jurídica, que las registra para su uso personal, directo y exclusivo, con independencia de que pueda o no conceder licencias a favor de terceros. Por el contrario, son marcas colectivas aquellas que se registran a nombre de una asociación de fabricantes, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, con la intención de que todos los miembros de esa entidad puedan hacer uso de ella, por ejemplo, una marca de fábrica registrada por la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA). Los integrantes de la asociación pueden distinguir los productos o servicios con dos marcas, la propia o individual y la colectiva de la entidad a que ellos pertenecen, por ejemplo, una asociación gremial de productores de vino registra marca colectiva y además cada productor le pone marca a su vino.

Si se tiene en cuenta la función empresarial de la marca, se puede distinguir entre marcas principales y derivadas; marcas de garantía; marcas defensivas y marcas de reserva. Las marcas principales son las originarias relativas a un determinado producto, servicio o establecimiento, y en relación con ellas aparecen las denominadas marcas derivadas. Estas últimas son aquellas otorgadas al titular de una marca anteriormente registrada y todavía vigente respecto de unos mismos productos, servicios o establecimientos. En las marcas derivadas tiene que integrarse la marca principal u originaria, acompañada de las variaciones no sustanciales que se le introducen a la misma o de las variaciones relativas a elementos accesorios del signo principal.

Las marcas de garantía cumplen la función atributiva de calidad de los productos o servicios que se distinguen mediante ella. Estos signos acreditan el cumplimiento de ciertos *standars* de calidad, de normas técnicas de producción o de procedimientos de fabricación controlados por el titular de la marca.

La marca defensiva es aquella registrada por un empresario para evitar que sea utilizada por otros de la competencia, pero sin el propósito de usarla personalmente.

La marca de reserva es aquella que se registra con la intención de usarla en el futuro si fuera necesario y mediante su registro se evita que el tercero se anticipe y la registre a su nombre.

Por último, cuando se considera la difusión que tiene la marca, es dable distinguir marcas notorias y renombradas. Esta es una clasificación de origen internacional, está recogida en la letra g) del artículo 20 de la Ley N° 19.039, que regula esta materia.

La marca notoria es la que resulta para una determinada clase de productos ser notoriamente conocida por los consumidores de un país, aun sin estar allí registrada, de modo que su empleo por la persona distinta del titular hace evocar forzosamente en el comprador el producto y fabricante respecto de los cuales la marca es notoria. Esta confusión debe ser evitada y la marca notoria goza de gran protección internacional.

La marca renombrada es aquella que por su difusión en el mercado y prestigio empresarial de los productos que distingue no puede ser usada en otra clase de productos por persona distinta, porque producirá un riesgo de confusión entre los consumidores. Ejemplo MacDonald.

12. Objeto y prohibiciones de marca

El objeto de la marca es aquello en lo que consiste el signo distintivo de que se trata. Es la materialidad de signo y por ende, de las palabras, frases, dibujos, figuras, volúmenes en que ella consiste.

La idea general es que existe libertad para que el empresario pueda elegir el contenido u objeto de la marca con la cual él identificará un producto, un servicio o un determinado establecimiento dentro del mercado. Sin embargo, todas las normativas, tanto nacionales como internacionales, imponen determinados límites a esta libertad, estableciendo concretamente prohibiciones aplicables al objeto de la marca.

De acuerdo en la norma prevista en el artículo 20 de la Ley N° 19.039, no pueden registrarse como marcas:

a) Los escudos, las banderas y otros emblemas, las denominaciones o si-

glas de cualquier Estado, de las organizaciones internacionales y de los servicios públicos estatales. El artículo 20 de la Constitución Política de la República dispone que : "Son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional", de manera que ninguno de ellos puede ser registrado como marca comercial. En el caso del himno nacional, algunas frases señeras del mismo, como por ejemplo, "Puro, Chile, es tu cielo azulado" no son registrables como signos distintivos de productos, servicios o establecimientos ni como frases publicitarias. Las siglas que distinguen a organismos internacionales, como por ejemplo, ONU, FAO, UNICEF, UNCITRAL, y aquellas que distinguen servicios públicos nacionales, como por ejemplo, CORFO, SERVIU, también quedan comprendidas dentro de la prohibición de registro indicada.

b) Las denominaciones técnicas o científicas respecto del objeto a que se las destina, las denominaciones comunes internacionales recomendadas por la Organización Mundial de la Salud y aquellas indicativas de acción terapéutica.

c) El nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo el consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiere fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registro los nombres de personajes históricos, cuando hubieren transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte a su honor. Con todo, no podrán registrarse nombres de personas cuando ello constituya infracción a las letras e), f), g) y h) de este mismo artículo. En Chile es frecuente que algunos establecimientos registren signos distintivos consistentes en nombre de personajes históricos, como por ejemplo Hotel Diego de Almagro; Hotel Carrera.

d) Las que reproduzcan o imiten signos o punzones oficiales de control de garantías adoptadas por un Estado, sin su autorización; y las que reproduzcan o imiten medallas, diplomas o distinciones otorgadas en exposiciones nacionales o extranjeras, cuya inscripción sea pedida por una persona distinta de quien la obtuvo.

e) Las expresiones empleadas para indicar el género, naturaleza, origen, nacionalidad, procedencia, destinación, peso, valor o cualidad de los productos, servicios o establecimientos; las que sean de uso general en el comercio para designar cierta clase de productos, servicios o establecimientos, y las que no presenten carácter de novedad o no describan los productos, servicios o establecimientos a que deben aplicarse.

f) Las que se presten para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, servicios o establecimientos.

g) Las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen en forma de confundirse con otras registradas en el extranjero para los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales y/o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad.

Rechazado o anulado el registro por esta causal, el titular extranjero deberá dentro de 90 días solicitar la inscripción de la marca; si así no lo hiciere, la marca podrá ser solicitada por cualquier persona, teniendo prioridad aquella a quien se le hubiere rechazado la solicitud o anulado el registro.

h) Aquellas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de poder confundirse con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad, en la misma clase.

i) La forma, el color, los adornos y accesorios, ya sea de los productos y de los envases.

j) Las contrarias al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, comprendidas en éstas los principios de competencia leal y ética comercial.

13. El procedimiento de registro de marca

La obtención del derecho industrial de marca comercial está sujeta a los trámites señalados en la Ley N° 19.039, que disciplina esta materia.

El procedimiento legal se inicia con una solicitud de inscripción o registro de marca presentada ante el Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

A partir de ese momento se inicia un control preliminar por parte del Conservador de Marcas, quien puede aceptar a tramitación la solicitud, o bien objetarla. En caso de objeción existe la posibilidad de acudir vía reconsideración dentro del plazo de 15 a 20 días ante el jefe del Departamento de Propiedad Industrial. Si éste acepta a tramitación la solicitud de marca, se hace una publicación en extracto de ella en el Diario Oficial, dentro de 10 días. Desde la publicación hay un plazo fatal de treinta días para que se formulen oposiciones. En el evento que se formule oposición, se da origen a un "juicio marcarío", cuya tramitación corresponde al subdepartamento jurídico del Departamento de Propiedad Industrial. La oposición tiene lugar porque un tercero demanda al que ha solicitado el registro, alegando que la marca pedida no cumple con los requisitos de registrabilidad establecidos en la ley o lesiona sus intereses por ser idéntica o semejante a una nueva marca de su propiedad. En

forma excepcional, dentro del procedimiento se puede establecer un término probatorio de 30 días prorrogables.

Este conflicto termina con la sentencia que acoge o rechaza la marca en disputa. En casos de que la oposición de marca sea rechazada se puede apelar, dentro del plazo de 15 días, ante un tribunal arbitral y sólo en casos excepcionales puede llegarse a la Corte Suprema, si existieren fundamentos de hecho y de derecho para tal objeto.

Una vez que se ha terminado en forma positiva el trámite de registro de la marca, se deben cumplir otros requisitos, como por ejemplo, la clasificación dentro de algunas de las categorías de marcas y el otorgamiento del título de dominio de marca, el que debe renovarse cada diez años.

14. La protección de una marca

El resguardo de la propiedad industrial de las marcas comerciales, patentes de invención, diseños industriales y modelos de utilidad en todo el territorio de Chile proviene de la Ley N° 19.039, de 1991, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.

Con esta normativa se trata de lograr una mayor uniformidad legislativa en el ámbito mundial, porque la propiedad industrial tiene no sólo de regulación interna, sino también de múltiples tratados internacionales que condicionan y dan forma a las legislaciones de la mayoría de los países.

Según lo establece la ley, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá gozar de los derechos de propiedad industrial que garantiza la Constitución Política en su artículo 19 N° 25, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 19.039. Respecto de las personas residentes en el extranjero la ley es clara al señalar que tendrán que designar un apoderado o un representante legal.

En Chile hasta ahora existen cerca de 525 mil marcas registradas.

15. Los beneficios de la marca registrada

Tal como señala el artículo 25 de la Ley 19.039, "una marca inscrita que se use en el comercio **deberá usar las palabras MR o la letra R encerrada**

en un círculo, ya que ésta es una denominación internacional para demostrar que la marca está registrada. Los que no cumplan con este requisito cuando deban hacer uso de su marca lo más probable es que si bien no verán alterada la validez de la marca, no podrán hacer uso de las acciones penales pertinentes, lo que generalmente es un aspecto desconocido para la gente. Es frecuente que un empresario inscriba una marca y que cuando decide iniciar acciones penales en contra de quien ha hecho mal uso de ella, advierte que, por el hecho de no haber puesto la R encerrada en un círculo, no tiene derecho a hacer valer dichas acciones. La ley es clara al señalar que la omisión de este requisito no afecta la validez de la marca registrada, pero quienes no cumplan con esta disposición no podrán hacer valer las acciones penales a que se refiere esta ley.

16. Aspecto internacional de las marcas comerciales

Como ya indicamos al referirnos a la legislación aplicable sobre marcas comerciales, existen varios acuerdos internacionales para la protección de la propiedad industrial e intelectual. Uno de los más importantes es la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de la cual Chile forma parte, por haberla suscrito y es ley de la República porque fue ratificada en 1991, según consta del Decreto Supremo N° 425, publicado en el Diario Oficial de 30 de septiembre de 1991.

La Convención de París sobre Protección de la Propiedad Industrial, entre otros aspectos, establece, para todos los habitantes de los países miembros y firmantes del tratado, un trato nacional, derechos de propiedad y normas comunes a todos.

El aludido texto consagra el derecho de prioridad, según el cual con la fecha de presentación de la primera solicitud se podrá, dentro del plazo fijado, solicitar igual protección en cualquier Estado y se considerará como presentada el día de la primera solicitud. Este plazo es de 6 meses para marcas y modelos y diseños industriales, y de un año para patentes de invención y modelos de utilidad.

Si bien se fija un principio de independencia en los distintos países, los miembros del convenio se obligan a dar protección a las marcas notorias en los mismos. Esta norma es muy importantes y está principalmente dirigida a evitar la llamada 'piratería marcara', y garantizar los derechos de los titulares de las marcas válidamente registradas.

Respecto de la diferencia legislativa entre los distintos países pertenecien-

tes al convenio, el documento expresa claramente que “ante alguna diferencia entre dos o más países de la Unión, respecto de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio, que no se haya conseguido resolver por vía de negociación, podrá ser llevada por cualquiera de los países en litigio ante la Corte Internacional de Justicia, mediante una petición hecha de conformidad con el Estatuto de la Corte, a menos que los países en litigio convengan otro modo de resolverla. El procedimiento a seguir es el siguiente: la oficina internacional será informada sobre la diferencia presentada a la Corte por el país demandante, luego la oficina informará a los demás países de la Unión.

17. Organos competentes en materia de marcas

Para resolver los conflictos que se suscitan respecto de las marcas comerciales en el contexto del derecho nacional, existen básicamente dos órganos competentes: el Departamento de Propiedad Industrial (DPI) del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y el Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial (TAPI).

Podemos señalar que según lo previsto en los artículos 3° inciso 1° y 17 inciso 1° de la Ley N° 19.039, el Departamento de Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, es el servicio público competente para la tramitación de las solicitudes, el otorgamiento de los títulos y la substanciación de cualquier juicio relativo a los derechos de propiedad industrial y demás servicios relativos a la propiedad industrial, por lo que queda comprendido dentro sus atribuciones todo lo relativo a marcas comerciales, que son derechos industriales.

De esta forma, el Departamento de Propiedad Industrial actúa como órgano administrativo en todo lo relativo a la competencia no contenciosa y como un verdadero tribunal especial en todo lo vinculado a materias contenciosas.

El Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial, al igual que el Departamento de Propiedad Industrial, es un órgano dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y puede ser definido como un órgano colegiado compuesto por un número determinado de miembros, encargados de conocer y fallar los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones definitivas dictadas por el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial (artículo 17 incisos 4° y siguientes de la Ley N° 19.039 y artículo 115 del Reglamento de Propiedad Industrial).

La competencia del Departamento de Propiedad Industrial como órgano administrativo comprende:

- a) Conocimiento y resolución de solicitudes de marcas, artículo 3° inciso 1° Ley de Propiedad Industrial.
- b) La llevanza y conservación del Registro de Marcas, artículo 21 Ley de Propiedad Industrial.
- c) Otorgamiento de títulos y certificados, artículo 21 Ley de Propiedad Industrial.
- d) Información de los Tribunales del Crimen, artículo 16 inciso 2° Ley de Propiedad Industrial.

La competencia del Departamento de Propiedad Industrial como tribunal especial comprende:

- a) Conocimiento y fallo de los juicios de oposición, artículo 17 Ley de Propiedad Industrial.
- b) Conocimiento y fallo de los juicios de nulidad de registro, artículos 17 y 16 Ley de Propiedad Industrial y artículo 77 inciso 2° Reglamento de Propiedad Industrial.
- c) Conocimiento y fallo de los juicios de nulidad de transferencias, artículo 17 Ley de Propiedad Industrial.
- d) Conocimiento y fallo de cualquier reclamación relativa a la validez o efectos de un registro marcario o de derechos de propiedad industrial en general, artículo 17 inciso 1° Ley de Propiedad Industrial.

En materia marcaria, el Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial sólo es competente para conocer y fallar los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones definitivas por el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial.

Sin embargo, existen diversas materias vinculadas a las marcas comerciales, cuyo conocimiento y decisión escapa de los órganos especiales de la competencia marcaria, y quedan entregadas a los tribunales ordinarios de justicia, civiles y penales, o bien a otras instancias dotadas de funciones jurisdiccionales, como los organismos previstos en la legislación antimopolios.

Sección II. MARCAS COMERCIALES Y LOS NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET

18. Uso de marcas en Internet

Como lo expresamos precedentemente, uno de los principales problemas que plantean las marcas comerciales en Internet es el conflicto con los nombre de dominio, que sin embargo no es el único. En efecto, se suscitan también inconvenientes derivados del uso de buscadores, del empleo de *links*, *banners* y otros, junto con la aparición de la marca comercial en los textos de los sitios *web* o de la marca gráfica empleada sin autorización del titular, licenciatarario o cesionario de la misma.

Los problemas recién enunciados no tienen todavía una solución jurídica y se encuentran en el límite de la legalidad, porque no son ilícitos penales o infraccionales claramente tipificados, sino configuran lo que se denomina "abuso de tecnología".

a) Inconvenientes derivados del uso de buscadores en Internet. Ellos se presentan cuando un consumidor no conoce con precisión un sitio *web* donde se ofrece un determinado producto o servicio y recurre a los buscadores utilizando la marca comercial como palabra descriptiva para lograr ubicarlo en la red. La mayoría de los buscadores, al seleccionar los *hits* pertinentes, después de las direcciones de los sitios *web*, dan valor a la información contenida en los metarrotulados (o *metatag*), que son palabras o signos procesados únicamente por los buscadores cuyo objeto es alojar la descripción del sitio o de la página *web*, luego a los hipervínculos y finalmente al propio texto. La estrategia desleal consiste entonces en incluir en el metarrotulado (*metatag*) del sitio *web* de que se trata una marca comercial ajena, de tal suerte que cuando el consumidor busque el sitio *web* de esa marca ajena, entre los otros *hits* aparecerá también el sitio *web* del sujeto desleal que se ha valido de esta maniobra para hacerlo llegar allí y erróneamente puede adquirir los productos o requerir los servicios de ese oferente y no los de la marca que él quería.

b) Inconvenientes relacionados con el uso de los *links*. El mecanismo denominado *linking* (expresión derivada del verbo inglés *to link*, que significa vincular) consiste en relacionar páginas *web* que contienen determinadas informaciones publicadas en la Internet por una cierta persona física o jurídica, con los contenidos publicados por esa u otra persona en otra página *web* de la red, a la que se puede acceder también de forma independiente de la primera. Al emplear el mecanismo del *linking* es posible origi-

nar deformaciones de los contenidos de una página *web*, de la publicidad o de las marcas comerciales. En efecto, el empresario desleal o “el infractor” usa las marcas, contenidos y publicidades de terceros que son los legítimos titulares de esas marcas, para desviar a la clientela induciéndola a error respecto de los productos o servicios que él ofrece en su sitio *web*.³

19. La protección de las marcas y el uso de ellas en Internet

La legislación sobre propiedad industrial contiene reglas que protegen los derechos conferidos al titular de una marca comercial, frente a las infracciones que respecto de ellos pudieren cometer otros sujetos de la actividad mercantil. Sin embargo, la protección jurídica de la marca comercial, esto es, el llamado *ius prohibendi*, se limita al territorio del Estado donde rige la legislación que dispensa esta defensa y, en el caso de normativas industriales comunitarias e internacionales, la protección alcanza el territorio de la comunidad de que se trata, por ejemplo, la Unión Europea, o el territorio de los Estados que han suscrito el acuerdo internacional sobre marcas comerciales, y más específicamente, los territorios de los Estados donde el titular de una marca ha solicitado la dicha protección.

Frente al carácter territorial del derecho que brinda protección a las marcas comerciales, nos encontramos con Internet, que es una red abierta a la que se accede de todas partes del mundo, por ende, se destaca el rasgo extraterritorial que tienen las operaciones que se realizan a través de ella. Esta característica de globalidad de Internet hace posible que los derechos de marca de un determinado empresario puedan ser infringidos en cualquier parte del mundo, dificultándose su protección por el derecho y por la justicia. Así como los titulares legítimos de un derecho de marca comercial gozan de protección en el mundo real del comercio tradicional, también deberían tenerla en el mundo virtual que constituye el comercio por vías electrónicas.

A la extraterritorialidad de las actividades que se desarrollan a través de la red abierta, se suma el problema de la legislación aplicable a la infracción del derecho marcario y la dificultad relativa a la jurisdicción competente para conocer de dicho conflicto. Los dilemas de la legislación aplicable y de la jurisdicción competente devienen más complejos en el caso de los Estados que tienen estructura federal, porque existen legislaciones y tribunales federales y estatales. Al ser de esta manera, se ha llegado a creer que el derecho de marcas comerciales carece de toda eficacia para resolver los conflictos que se plantean por el uso de las marcas en Internet.

³ Véase: Merculiali, Carlos “El desafío de las marcas en Internet”, en *Revista de Derecho Informático* N° 27.

20. Conflictos de marcas comerciales en Internet

En red se presentan numerosos problemas relativos a las marcas comerciales, siendo los más conocidos aquellos que se suscitan respecto de los nombres de dominio. Sin embargo, es interesante referirse también a las dificultades referentes a la distribución de productos amparados por marcas comerciales dentro de la red abierta Internet y al problema de la dilución marcaría y de la competencia desleal.

21. Distribución de productos de marca en Internet

A propósito de este dilema se presentó en la práctica comercial en España un caso concreto que facilita su explicación. En la campaña comercial de la Navidad del año 1999, se produjo un conflicto entre la sociedad "L'Oreal" y la "Supertienda Vía Plus", que ofrecía productos de dicha marca en su página *Web*, a precios más bajos que los ofrecidos por los canales habituales de distribución de los productos de marca L'Oreal.

L'Oreal, ante la campaña de Supertienda Vía Plus, insertó en diarios españoles un aviso donde advertía que no garantizaba la calidad de los productos que se adquiriesen en esta *boutique virtuelle* o por medio de otro sistema que no fuese la red oficial de distribuidores de artículos L'Oreal. Como una reacción frente a estos anuncios, la Supertienda Vía Plus comenzó a preparar el ejercicio de acciones legales en contra de L'Oreal, porque estimaba que era correcto ofrecer productos de esta marca, adquiridos dentro de la Unión Europea, por Internet. Sin embargo, también había que considerar que la *boutique virtuelle* estaba comercializando productos de marca cuya titularidad ostentaba la sociedad L'Oreal mediante un canal que sobrepasaba y se entrecruzaba con las limitaciones geográficas de los canales de distribución propios del comercio tradicional del mundo real, y a ello se agregaba la circunstancia de que los ofrecía a un precio más bajo. Al conocer esta oferta del mundo virtual los clientes habituales y potenciales de los distribuidores oficiales de L'Oreal seguramente se interesarían por ella, y se perderían como tales, lo que llevaba a la sociedad fabricante de perfumes y cosméticos a aparecer como incumplidora de los contratos de distribución celebrados con empresarios de su red oficial de distribución, por cuanto no habría respetado el privilegio geográfico de distribución de los productos y las condiciones de precio, acordados con ellos.

Este conflicto puso en evidencia el agotamiento de los derechos de marcas comerciales en el ámbito del comercio electrónico, porque no pudo apli-

carse la legislación territorial española ni comunitaria para resolverlo, porque el acceso a Internet para adquirir los productos ofrecidos en la red no estaba vinculado al territorio de un determinado Estado, sino que el pedido de productos *L'Oreal* en la página *Web* de la Supertienda *Vía Plus*, respondiendo a la oferta de precio inferior, podía hacerse de cualquier lugar del mundo donde hubiese acceso a la red.⁴

22. La dilución de la marca comercial y la competencia desleal

La idea de dilución de la marca comercial consiste en el cercenamiento gradual o dispersión de la identidad y retención de la misma en la mente de los consumidores, por su empleo en productos competitivos.

La dilución se produce cuando una marca notoria disminuye su fuerza diferenciadora o poder distintivo, como consecuencia del uso que hacen terceros para distinguir otros productos o servicios distintos de los que identifica la marca notoria o para identificar otros productos de inferior nivel o calidad. En la práctica se conocen dos clases de dilución marcaria, que se conocen con las expresiones inglesas *Blurring* y *Tarnishment*. La figura de dilución llamada *Blurring* se presenta cuando alguien usa una marca famosa sin autorización, modificándola en relación con los productos y servicios, de manera que tiende a perder el carácter distintivo de la marca famosa.

El *Tarnishment* se presenta cuando una marca notoria es usada en asociación con un producto de nivel inferior.

23. Marcas vs. nombres de dominio

Antes de referirnos a este conflicto, que es el más recurrente en la práctica, analizaremos sucintamente la noción de registro y clasificación de los nombres de dominio.

24. Noción de nombre de dominio

Desde que se intensificó y se extendió a todo el mundo el uso de Internet, ha sido necesario que los usuarios, personas físicas, jurídicas, entidades e instituciones se identifiquen con una dirección dentro de esta red abierta.

⁴ Véase RAMOS HERRANZ, Isabel, *Derecho del Comercio Electrónico*, pp. 410 y ss.

El nombre de dominio es una dirección de Internet expresada con palabras, secuencia de letras o números, de manera simple, para facilitar al usuario de la red la asociación con el nombre o la marca correspondiente a una persona o empresa.⁵ En otras palabras, un nombre de dominio es la dirección fácilmente comprensible para el usuario, normalmente expresada de manera que sea fácil de recordar o de identificar, como por ejemplo, *www.ricardosandovalabogados.cl*. A todo nombre de dominio corresponde un número IP (*Internet Protocol*), es decir, una dirección numérica subyacente, a través de la cual se comunican los computadores, en el caso del ejemplo el número IP sería: (192.91.247.53).

Para que el sistema de nombre de dominio (*Domains Names System. D.N.S*) funcione existen bases de datos que incluyen listas de los nombres de dominio y sus correspondientes direcciones numéricas IP.

El nombre de dominio se compone de dos elementos: el primero es el segmento propiamente identificador, que es creación intelectual del solicitante, por ejemplo: "ricardosandovalabogados"; "El Sur"; "Diario de Sevilla"; etc.; y el segundo elemento integrante consiste en la designación del nivel en el cual ese nombre de dominio debe ser situado, el que será idéntico para todos los nombres que pertenecen al mismo nivel, por ejemplo, ".cl"; ".com". En el hecho, el nombre de dominio debe empezar a formarse o leerse, de derecha a izquierda, para indicar el nivel en que se ubica, que es lo más importante.

En cuanto al registro de los nombres de dominio, la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN*) es el organismo responsable de la coordinación general y la administración del Sistema de Nombres de Dominio (D.N.S.).

25. Clasificación de los nombres de dominio

Ellos se agrupan de la siguiente manera:

- a) dominios de nivel superior (TLD – *Top Level Domains*); y
- b) dominios de segundo, tercer, cuarto o más niveles, que son los diferentes subdominios.

A su vez, los nombres de dominio del nivel superior se subdividen en:

⁵ Véase en este sentido: BRUNO, Angel Orlando. *Revista de Derecho informático* N° 44.

1. Dominios Genéricos de Nivel Superior (*gTLDs – Generic Top Level Domains*), y ellos son:

a) *.com* para entidades comerciales;

b) *.net* para las computadoras de los proveedores de red; y

c) *.org* para organizaciones, los cuales pueden ser obtenidos por cualquier persona o entidad.

2. Dominios Especiales de Nivel Superior (*sTLDs – Special Top Level Domains*); que son: *.edu*, *.gov*, *.int* ; y *.mil*. Estos nombres de dominio están reservados sólo para entidades que cumplen cierto requisito, como dedicarse a fines educacionales, gubernamentales, internacionales y militares, respectivamente.

3. Dominios Internacionales o Territoriales de Nivel Superior (*ccTLDs – Country Code Top Level Domains*): establecidos conforme al código de dos dígitos de identificación de cada país, como por ejemplo: *.cl*, que corresponde a Chile; *.es*, que corresponde a España. Estos nombres de dominio pueden ser obtenidos libremente o bien quedan reservados a personas o entidades que cumplan ciertos requisitos, que cada país establece en su caso.

La Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN) delegó la administración de los nombres de dominio territoriales (*Code Country Top Level Domains ccTLDs*) correspondientes a los distintos países, en aquellas entidades que fueron las primeras en conectarse en forma permanente a Internet, en sus respectivos países. En el caso de Chile ICANN delegó en el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile, que a su vez creó una entidad denominada "NIC Chile" (*Network Information Center Chile*).

26. El conflicto marcas y nombres de dominio

Desde el punto de vista de la propiedad industrial se puede afirmar que los nombres de dominio tienen capacidad distintiva y por consiguiente cumplen una función similar a fuerza distintiva marcaria. No obstante, los nombres de dominio y marcas comerciales presentan diferencias notables, que pueden hacerse a partir tanto de un punto de mira conceptual y de sus rasgos definitorios, como desde el punto de vista de su regulación por el derecho.

Situados en la perspectiva conceptual, es preciso señalar que las marcas comerciales son signos distintivos que identifican a los productos, servicios o establecimientos que circulan, se prestan o existen en el mercado. Como ya tuvimos ocasión de precisarlo, las marcas comerciales cumplen las funciones de identificar, indicar el origen de los productos o servicios, de garantizar la calidad de los mismos. Por el contrario, el nombre de dominio es una dirección en Internet, un lugar inmaterial, aunque no inexistente, que transformamos en dirección bidimensional a través del acceso informático a esta red de redes. En consecuencia, mientras el nombre de dominio es una dirección para acceder a una determinada información en Internet, la marca comercial es un signo para identificar un producto o servicio, tanto en comercio real o tradicional como en comercio virtual que se realiza con el empleo de medios electrónicos.

Asimismo, desde el punto de vista conceptual, hay que tener presente que hay ciertas palabras, figuras, símbolos o frases que no se consideran como marcas comerciales, y por ende, no puede registrarse como tales. Sin embargo, nada impide que estas palabras, frases, figuras o símbolos puedan registrarse como nombres de dominio para ser usados en Internet. Así, por ejemplo, la mayoría de las legislaciones marcarias no admite que las designaciones necesarias tales como: "computadora"; que las designaciones usuales como "OK"; que las designaciones genéricas tales como: "calzado", "vestimenta"; y que las designaciones descriptivas, tales como: "comunicador para teléfonos" puedan ser registradas como marcas comerciales. Por el contrario, ninguna de las designaciones anteriores encuentra obstáculo para ser registrada como nombre de dominio.

Las legislaciones sobre marcas comerciales les brindan una protección caracterizada por "la territorialidad", es decir, que ella se limita a los países donde se han registrado al amparo de sus respectivas normativas especiales. No obstante, como ya hemos indicado, existen algunos avances en el sentido de obtener una protección internacional para cada categoría de productos o de servicios determinados y similares, gracias a tratados suscritos y ratificados por numerosos países.

Sabemos que en virtud del *principio de la especialidad marcaria*, pueden convivir marcas idénticas o similares para diferentes productos o servicios dentro de un mismo país, o para iguales o diferentes productos o servicios en distintos países, con excepción de las marcas notorias, que son aquellas conocidas por quienes se encuentran en un determinado sector o actividad, y de las marcas renombradas, que son aquellas espontáneamente reconocidas por una parte importante de consumidores de un país. Las

marcas notorias y renombradas no están sujetas al principio de especialidad marcaria, de manera que para mantener su notoriedad y renombre no se admite que haya marcas idénticas o similares dentro de un mismo país y se imposibilita el traspaso del marco nacional de protección, logrando de esta suerte impedir su apropiación para productos idénticos o similares en terceros países.

El nombre de dominio, por el contrario, es uno solo y a su respecto no rige principio de especialidad alguno, de manera que no puede ser compartido por dos o más usuarios de la red, debido a cuestiones técnicas aun no superadas, pero se puede acceder a él desde cualquier lugar del mundo. Por ser así, se puede ofrecer cualquier tipo de información sobre toda clase de productos o servicios, desde todas las categorías de nombres de dominio de primer nivel y desde todo sitio *Web* identificado mediante cualquier nombre de dominio.

Sin embargo, podrían existir idénticos dominios de segundo nivel, pero diferenciarse en los dominios genéricos o especiales de nivel superior (gTLD o sTLD) y en los dominios territoriales o internacionales de nivel superior (ccTLD). Es decir, pueden convivir, por ejemplo "ricardo.net" y "ricardo.org" y "ricardo.cl".

Ahora bien, ubicados en un punto de vista normativo, también existen evidentes diferencias entre las marcas comerciales y los nombres de dominio. A pesar que tanto en el caso de las marcas comerciales como en el de los nombres de dominio rige el sistema atributivo, es decir, que el que primero registra una marca o nombre de dominio tiene exclusividad sobre él, en muchos países se exige como requisito adicional para el registro de las marcas, un interés legítimo del solicitante u oponente, cuestión que no se exige en los nombres de dominio, aunque se han hecho esfuerzos en ese sentido.

No obstante las diferencias señaladas anteriormente, entre las marcas comerciales y los nombre de dominio, surgen una serie de conflictos, de diversa índole, que tienen enorme importancia debido a las dimensiones comerciales que ha adquirido la red en estos últimos años. Nosotros vamos a distinguir y a tratar por separado:

- a) conflictos basados en legítimos derechos y
- b) conflictos basados en violación de derechos de terceros.

27. Conflictos basados en legítimos derechos

Sabemos que en el mundo existen múltiples marcas comerciales iguales que identifican productos diferentes o a un mismo producto y que según la legislación marcaría con el registro de la marca se otorga un “derecho exclusivo” que se circunscribe al ámbito territorial del país de que se trata.

Por el contrario, en el mundo virtual, la primera persona, empresa o entidad que consigue registrar su nombre de dominio con el primer nivel “TLDz.com” será quien pueda ofrecer sus productos con presentación o apariencia mundial. El segundo que llegue a registrar deberá contentarse con tener la “apariencia regional” que le brindan los nombres de dominio de segundo nivel, como sería un dominio “.com.cl” y el resto no podrá usar su marca en la Web.

Los nombres de dominio “.com.cl” son regionales en apariencia, puesto que su significado o efecto en la mente del consumidor indicará que se trata de un sitio que, por lo menos, opera seguro en el territorio indicado, en el caso del ejemplo, en Chile. Pero lo importante es que el alcance real de los nombres de dominio “.com.cl”, entendido como posibilidad de acceso, es exactamente igual que el de los dominios “.com”, vale decir, que es también de carácter mundial. Siendo esto así, cualquier consumidor, empresa o entidad de cualquier lugar del mundo puede acceder con la misma facilidad a un dominio “.com” como a un dominio “.com.cl”.

Las mencionadas “apariencias de regionalidad” implican en algunos casos consecuencias extremas, como ocurre en el caso de empresas que han invertido muchos años de trabajo y elevadas sumas de dinero en crear, prestigiar y posicionar su marca en el mercado y se ven obligadas a tolerar que un tercero la use como nombre de dominio con apariencia mundial, mientras que la empresa titular de la marca comercial debe contentarse con usarla como nombre de dominio con apariencia regional.

Por otra parte, nos encontramos asimismo con que existen marcas comerciales idénticas en un mismo país para distinguir productos y/o servicios diferentes y la normativa sobre la materia permite el registro de marca por clases, de manera que la protección se limita a los bienes y/o servicios incluidos en la clase que se seleccione. De esta manera coexisten en el mercado marcas similares o idénticas para distinguir productos y/o servicios diferentes. Este principio no puede ser usado en el mercado virtual cuando las marcas se utilizan en los nombres de dominio.

En Internet sólo una empresa podrá usar su marca como nombre de dominio en la Web. La posibilidad para usar su marca en la Web consistirá en

quién se registre primero en los nombres de dominio de apariencia mundial y territorial. De manera que, a pesar de que marcas idénticas para productos diferentes podrían coexistir en el mercado real, esto no es actualmente posible para los nombres de dominio.

Ya existen países, como Brasil, que han implementado como un principio de solución ampliar los dominios en más subdominios. De modo que el subdominio “.tur.br” se utiliza para empresas de turismo.

Otro conflicto se genera porque las expresiones genéricas, descriptivas o de uso común no pueden ser inscritas como marcas comerciales, porque carecen de poder distintivo y, en cambio, se puedan registrar como nombres de dominio para acceder a páginas o sitios de empresas que ofrecen productos o servicios que corresponden a esas denominaciones genéricas o descriptivas. Si consideramos al nombre de dominio como un signo con carácter distintivo, es decir, como marca, entonces no parece razonable que se permita el registro de nombres de dominio genéricos, descriptivos o de uso común. Ello es así puesto que sólo los primeros en registrar podrán utilizar para su propio beneficio un nombre de dominio genérico, descriptivo o de uso común, perjudicando a los titulares de marcas comerciales, porque desvían a los consumidores y usuarios hacia los sitios *Web* identificados con dichos nombres.

Por último, es de la esencia del derecho marcario que no existan marcas pertenecientes a distintos titulares, que se puedan confundir. Sin embargo, esto es lo que sucede en una gran cantidad de casos debido al alcance global de Internet. Ello no sólo perjudica al titular de la marca, que puede perder clientela o ver afectado su prestigio, sino también al público consumidor, que compra lo que en realidad no quería comprar.

28. Conflictos basados en la violación de derechos de terceros

Sin duda la principal causa de preocupación, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, son los innumerables abusos que se cometen en Internet. La relativa facilidad con la que se registran los nombres de dominio, la dificultad para identificar al registrante y la globalización del uso de Internet desafían la capacidad de los titulares de marcas de proteger eficazmente sus derechos.

Los conflictos que se presentan con mayor frecuencia son aquellos que se originan en la práctica denominada como *ciberocupación*, que consiste en registrar un nombre de dominio utilizando el nombre de una marca co-

mercial conocida o similar, perteneciente a un tercero, por parte de personas que no tienen ningún derecho respecto de ella, sujetos inescrupulosos a los que se les califica con la expresión *piratas*, con el fin de cederlo al titular de la marca o a otra persona diversa, mediante el pago de una suma de dinero o la concesión de cierta ventaja económica.

Asimismo, los conflictos tienen su origen en las llamadas *prácticas predatorias y parasitarias*, que son una variante de la ciberocupación, en virtud de las cuales se registran nombres de dominio que incorporan marcas conocidas pertenecientes a los propios competidores, seguramente a nombre de un tercero.

Por último, en este mismo rubro de controversias, se sitúan los casos denominados *secuestro a la inversa del nombre de dominio*, que se presentan cuando el titular de una marca comercial, basándose en su registro marcario, trata de interferir con los derechos del titular de un nombre de dominio, quien lo creó y lo registró en forma legítima y que lo utiliza sin lesionar los derechos e intereses del titular de la marca.

29. Sistema chileno de solución de conflictos de nombres de dominio

En Chile sólo se conceden nombres de dominio a personas naturales y jurídicas con domicilio en el país.

Las disputas que se suscitan respecto de los nombres de dominio son resueltas en este país por mediadores y árbitros. En primer término se emplea el mecanismo de mediación y en este caso los mediadores se ponen a disposición de las partes en conflicto por NIC Chile (*Network Information Center Chile-Departamento de Ciencias de Computación Universidad de Chile*) sin costo alguno para ellas. Cuando el procedimiento de mediación no logra poner término a la controversia, se aplica el sistema de arbitraje. La entidad NIC Chile-Departamento de Ciencias de Computación Universidad de Chile, cuenta con un Reglamento para el funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio .CL, el que cuenta con un Anexo 1 denominado Procedimiento de Mediación y Arbitraje.⁶

Si bien es cierto que al iniciar el proceso de registro de un nombre de dominio .cl se suscribe una especie de contrato de adhesión con NIC Chile, donde están previstos los procedimientos de mediación y arbitraje, no

⁶ El autor de este trabajo forma parte de la Nómina de Arbitros de NIC Chile para solución de los conflictos sobre nombres de dominio .cl.

es menos cierto que esta circunstancia no impide el recurso a los tribunales ordinarios de justicia, porque estimamos que la mediación y el arbitraje ante NIC Chile constituyen más bien una etapa prejudicial. También creemos que la posibilidad de llevar el conflicto sobre un nombre de dominio ante los tribunales ordinarios de justicia deviene irrenunciable para las partes, porque el sistema general de disputas sobre esta materia, establecido por ICANN, que se conoce como *Uniform Dispute Resolution Policy*, cuya sigla es UDRP, no excluye a los tribunales judiciales.

Por otra parte, en Chile se reglamentó una acción denominada *de revocación*, que puede ejercitar toda persona física o jurídica que estime gravemente afectados sus derechos por la asignación de un nombre de dominio, dentro de los tres años de concedido el nombre de dominio, contra el cual ella se hace valer. Desde el punto de vista formal, esta acción se ejerce mediante una presentación escrita, que contiene los fundamentos en que ella se sustenta y la petición concreta de revocación del nombre de dominio registrado de que se trata. La entidad NIC Chile se abocará al examen de la admisibilidad de la acción y en caso afirmativo la someterá al procedimiento correspondiente. Si el procedimiento de mediación o arbitraje favorece al actor, NIC Chile transferirá el dominio a su nombre.

30. Derecho comparado sobre solución de conflictos de nombre de dominio. Sistema estadounidense.⁷

Este fue el primer país en adoptar una ley específica sobre la *ciberocupación*, texto denominado Ley de Protección al Consumidor contra la Ciberocupación (*Anticybersquatting Consumer Protection Act. ACPA*).

La aludida normativa legal (ACPA) define la ocupación abusiva de dominios como todo registro de mala fe de un nombre de dominio idéntico o similar a una marca registrada distintiva o famosa. La ley norteamericana no sólo prevé el caso de ciberocupación típica, consistente en la identidad entre nombre de dominio y marca, sino también otras conductas dañinas, como la que se conoce con la expresión inglesa *tytosquatting*, que tiene lugar cuando valiéndose de la engañosa similitud se puede confundir al público y/o consumidor, y la *dilución*, que consiste en la desintegración de la calidad distintiva de la marca comercial.

La ley de los Estados Unidos de Norteamérica sobre esta materia (ACPA) exige que concurra el requisito de la mala fe en el sujeto que registra el

⁷ BRUNO, Angel Orlando. "Argentina: Por una Nueva Doctrina Judicial en Materia de Nombres de Dominio", *Revista Electrónica de Derecho Informático*.

nombre de dominio impugnado y al respecto establece una serie de presunciones, no taxativas, de lo que debe entenderse por mala fe. Entre ellas mencionaremos las siguientes:

- i. Si el demandado tiene o no algún derecho de propiedad intelectual respecto del nombre de dominio.
- ii. Si ha usado el nombre de dominio ofreciendo sus productos y servicios.
- iii. Si ha intentado desviar a los consumidores del sitio del titular marcario, ya sea para obtener un beneficio económico y/o comercial, o para perjudicar al titular de la marca.
- iv. Si ofreció vender o transferir el nombre de dominio al titular de la marca, sin antes haber usado el mismo de buena fe.

El concepto de mala fe se encuentra en constante perfeccionamiento por los tribunales norteamericanos, con el propósito de rechazar demandas abusivas por parte de los titulares de marca, destinadas a presionar a los titulares de nombres de dominio que los han obtenido legítimamente y de buena fe.

Por otra parte, la exigencia de la mala fe, en la legislación norteamericana, requiere *intención de obtener un beneficio económico*, razón por la cual quedan excluidos de la figura de ciberocupación los usos de marcas en nombre de dominio con finalidades no comerciales, como ocurre con los grupos de admiradores (*fans*), en la medida que el nombre de dominio se utilice efectivamente de esta manera. En el caso de los sitios que no se ocupan o que se encuentran *en construcción* por un período prolongado, se considera que constituyen conductas típicas de ciberocupación.

Por último, la normativa de Estados Unidos de Norteamérica establece el principio de exención de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Registradores de Nombres de Dominio (DNS).

31. Normativa de Colombia

En este país se aplica como en todas partes el principio *First Come, First Served*, esto es, el primer solicitante del nombre de dominio tiene en principio derecho a adjudicárselo. El principio aludido se aplica junto con un determinado tipo de control previo sobre la legitimidad del registro, que por cierto es muy flexible y poco claro. Pese a que el ccTLD colombiano es uno de los que

cuentan con menor número de registros en Latinoamérica, ha habido conflictos, pero las disputas no se han planteado en el terreno de los ccTLD por no haber reglas aplicables a conflictos posteriores al registro.

La única norma del derecho aplicable en Colombia que hace alusión directa a los nombres de dominio es la Decisión 486 de la CAN sobre propiedad industrial. En efecto, el artículo 233 de dicha Decisión establece que: "cuando un signo distintivo notoriamente conocido se hubiese inscrito indebidamente en país miembro como parte de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico por un tercero no autorizado, a pedido del titular o legítimo poseedor de ese signo, la autoridad nacional competente ordenará la cancelación o la modificación de la inscripción del nombre de dominio o dirección de correo electrónico, siempre que el uso de ese nombre o dirección fuese susceptible de tener alguno de los efectos mencionados en el primero y segundo párrafos del artículo 226".⁸

La Decisión va más allá de las soluciones que se han previsto en los textos internacionales y, como podemos apreciar, no sólo se limita a la protección de una marca comercial, sino que se extiende también a todo otro signo distintivo. Además, la norma contiene una peculiaridad, en cuanto a que comprende la facultad de oponerse al registro de una dirección de correo electrónico. Tratándose de esta última situación, hay que considerar que ella afecta solo la parte de la dirección electrónica que crea el usuario, vale decir, la que se encuentra antes del @, pues la otra parte de la dirección es el nombre de dominio y esto está protegido por la primera regla. En el hecho lo que la Decisión dispone trasciende el campo de la propiedad industrial, porque comprende una dirección de correo electrónico, que aunque podría causar cierta confusión, ella no puede estimarse que constituya un signo distintivo.

Como la autoridad colombiana, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio, carece de competencia territorial, no puede ordenar la cancelación de un registro de nombre de dominio obtenido fuera de Colombia, que son la gran mayoría. Por tanto, debe entenderse que dicha cancelación se limita a los registros hechos por el NIC Colombiano, respecto de todos los ccTLD o los gTLD, concurriendo estos dos requisitos: que la entidad de registro se encuentre domiciliada en Colombia y que la persona que haya registrado el dominio se encuentre domiciliada en Colombia.

La entidad supervisora colombiana también tiene limitado su actuar, porque este procedimiento sólo se aplica a las marcas u otros signos notorios,

⁸ RAMIREZ BONILLA, Alvaro. "Colombia: Nombres de Dominio y Marcas: Conflictos y Soluciones entre Dos Signos Distintivos", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 40.

tal como los describe la Decisión en los artículos 224 y siguientes, siempre que con el registro del nombre de dominio o la dirección electrónica (*e-mail*) se pudiese originar alguno de los siguientes efectos:

- a) Riesgo de confusión o de asociación con el titular de la marca o del signo de que se trate o con sus establecimientos, actividades, productos o servicios;
- b) Daño económico o comercial injusto al titular de la marca causado por la dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca o del signo de que se trate;
- c) Aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre de la marca comercial o del signo respectivo.

La Superintendencia de Industria y de Comercio de Colombia deberá asimismo apreciar si el registro del nombre de dominio o de *e-mail* que lesiona derechos de terceros se hizo de buena o mala fe (art. 234).

32. Derecho argentino sobre la materia

De acuerdo a esta normativa,⁹ al igual que en la mayoría de los países del mundo, se ha aplicado un principio atributivo para el sistema de registro de nombres de dominio en Internet, lo que origina conflictos entre personas que creen tener mejor derecho a un nombre de dominio ya asignado.

Esto es mas grave aún si se considera que en la Argentina, a diferencia de otros países, estas contiendas no pueden evitarse o resolverse, porque no existe un procedimiento previo al registro de un nombre de dominio que contemple la publicación de la solicitud y la posibilidad de oposición de un tercero, toda vez que la legislación no establece mecanismo alguno de solución de conflictos que sea de aplicación obligatoria para el que pretende registrar un nombre de dominio. A lo dicho anteriormente se agrega la gratuidad del sistema de registro de nombres de dominio y la falta de obligación de activar el sitio registrado.

Según el criterio que prevalece en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, tiene primacía la marca registrada respecto del registro de dominio idéntico o similar a la marca comercial, ordenándose, en consecuencia, la suspensión, cancelación y/o transferencia del nombre de dominio en conflicto, a favor del titular de la marca.

⁹ Véase: BRUNO, Angel Orlando. "Argentina: Por Una Nueva Doctrina Judicial en Materia de Nombres de Dominio", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 44.

La doctrina que se decanta de las decisiones de los órganos jurisdiccionales trasandinos se puede sintetizar de la siguiente forma:

- El registro de un nombre de dominio idéntico a una marca de propiedad de un tercero equivale al uso indebido de esa marca.
- El uso indebido es un empleo calificado por el especial propósito de impedir al titular de la marca registrada la utilización de la misma como nombre de dominio en Internet.
- Es independiente que la marca sea notoria.
- Carece de trascendencia la buena o mala fe del solicitante del registro del nombre de dominio.
- Debido a las características especiales de la infracción al derecho de marca registrada, que excluye la posibilidad de uso de la marca en Internet para el titular, una medida cautelar al respecto puede ser vista como un anticipo de sentencia.
- Los mismos fundamentos serán aplicables aun para el caso de marcas no registradas.

Queda claro que los tribunales argentinos no han considerado como conceptualmente equivalentes las nociones de nombres de dominio y de marcas, sean registradas o no, notorias o no, y por lo mismo, no se ha llegado al extremo de aplicar analógicamente la Ley de Marcas para la solución de las controversias planteadas respecto del registro de los nombres de dominio.

33. Sistema Administrativo de Solución de Conflictos: Propuesta de la Organización Mundial para la Propiedad Industrial (OMPI)

Con fecha 30 de abril de 1999, la OMPI presentó el "Informe Final Sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio en Internet".

De acuerdo con el aludido informe, para que exista uso abusivo de nombres de dominio se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que el nombre de dominio sea idéntico o engañosamente similar a una marca de productos o de servicios sobre la que tiene derecho el reclamante.

- Que el titular del nombre de dominio no tenga derecho o intereses legítimos respecto del mismo.
- Que el nombre de dominio haya sido registrado y se utilice de mala fe.

La mala fe queda configurada cuando el registro y uso de un nombre de dominio:

- Sea ofrecido en venta, alquiler o cualquier otra forma de transferencia al titular marcario o a un competidor con la intención de obtener un beneficio económico.
- Con ánimo de lucro se intente atraer usuarios de Internet al sitio Web del titular del nombre de dominio o cualquier otro lugar en línea, mediante la creación engañosa de apariencia de similitud con la marca de producto o servicio del reclamante.
- Cuando el nombre de dominio se registre para impedir al titular marcario reflejar dicha marca en su propio nombre de dominio, siempre que se acredite la existencia en el titular del nombre de dominio de un patrón de conducta en ese sentido.
- Cuando el registro del nombre de dominio tenga por objeto perturbar los negocios de un competidor.

El interés legítimo reclamado al detentador del nombre de dominio queda configurado si:

- Acredita que antes de tener conocimiento de la disputa ha hecho uso o demostrado preparación para usar el nombre de dominio o un nombre correspondiente al mismo en relación con el ofrecimiento de buena fe de bienes o servicios.
- En forma individual o como negocio u otra forma organizacional ha sido comunmente conocido por ese nombre de dominio aun cuando no halla adquirido su marca registrada o derechos marcarios sobre el mismo.
- Está haciendo uso legítimo y no comercial del nombre de dominio sin intención de obtener beneficios económicos mediante el desvío de los consumidores o empalideciendo o diluyendo la marca registrada en cuestión.

Estas recomendaciones del Informe Final Sobre el Proceso de la OMPI fueron presentadas a los Estados miembros de dicha organización y a la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

El 26 de agosto de 1999, la Junta Directiva de la ICANN, reunida en Santiago de Chile, aprobó la política de la ICANN (Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio), basada íntegramente en las recomendaciones de la OMPI.

El Reglamento de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio fue aprobado por la ICANN el 24 de octubre de 1999, al igual que el Reglamento Adicional del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.

Las reglas de la ICANN reprimen la apropiación de nombres de dominio sin interés legítimo y utilizados de mala fe.

La "política" estableció una serie de presunciones no taxativas para determinar la mala fe de quien registra un nombre de dominio.

- Cuando los hechos y circunstancias permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado o adquirido con fines especulativos, como el de vender, alquilar o cualquier otra forma de cesión al legítimo titular de la marca o bien a un competidor de éste por un precio que exceda los costos o gastos relacionados con el mismo.
- Cuando los hechos o circunstancias permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado con el fin de impedir que el legítimo titular de la marca pueda obtener un nombre de dominio integrado por su marca.
- Cuando los hechos o circunstancias permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado con el fin de perturbar la actividad comercial de un competidor.
- Cuando los hechos o circunstancias permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado con el fin de causar confusión con la marca del legítimo titular.

Quien resulte demandado deberá probar su buena fe. Se presumen de buena fe:

- Hechos o circunstancia que permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado con el fin de efectuar un uso legítimo, y hasta a veces no comercial, sin intenciones de afectar derechos de terceros titulares de marca.

- Hechos o circunstancias que permitan demostrar que el nombre de dominio es conocido como tal aun sin registro de marca.
- Hechos o circunstancias que permitan demostrar que el nombre de dominio ha sido registrado para utilizarse de buena fe previo a cualquier reclamo¹⁰.

34. Soluciones propuestas por otras instituciones

Otras entidades han abordado asimismo los conflictos de marcas con los nombres de dominio. Al comienzo se creó el *International Ad Hoc Committee (IAHC)* para resolver los problemas de administración de Internet y registro de nombre de dominio. Posteriormente, para hacer efectivas algunas de las propuestas del Informe Final del IAHC, se adoptó el "*Memorandum of understanding on the generic top-level domain name of the Internet Domain Name System*" (Gtld-MoU), que se firmó el 1 de mayo de 1997.

En estos documentos se pretendía la introducción de nuevos gTLDs, la creación de instituciones para la administración de los mismos, *Policy Oversight Committee (POC)*, *Committee of Registrars (CORE)*, en el que se han de integrar las nuevas entidades encargadas del registro de estos nuevos gTLDs y la creación de procedimientos de resolución de conflictos relativos a nombre de dominio, a través de los *Administrative Domain Name Challenge Panels*. Las instituciones se han creado bajo la dirección de la ICANN, la creación de nuevos gTLDs aún está siendo objeto de discusión.

Como el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica no acogió las propuestas del IAHC relativas a la administración y registro de los nombres de dominio, se elaboró una nueva fórmula de solución contenida en el documento denominado "*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*" (*Green Paper*), publicado el 20 de febrero de 1998. El llamado *Green Paper* destacaba entre otras dificultades la falta de competencia de la entidad que asumía el rol del registro de nombres de dominio, la ineficacia de las medidas de prevención y solución de los conflictos entre nombres de dominio y marcas comerciales y en general la ausencia de regulación del sistema de nombres de dominio (*Domain Name Supporting Systems (DNS)*).

Sobre la base de las indicadas dificultades e insuficiencias, en el referido documento se planteaba la adopción de las siguientes medidas: poner fin a la intervención del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica en la administración del sistema de nombres de dominio (*DNS*), creando una institución sin ánimo de lucro a la cual habrían de transferirse las compe-

¹⁰ Véase: RAMOS HERRANZ, Isabel. *Derecho del Comercio Electrónico*, págs. 436 y siguientes.

tencias asumidas hasta ahora por la Administración norteamericana; crear competencia entre los registros de nombres de dominio, pretendiendo diferenciar entre registros y registradores; como consecuencia de lo anterior sería posible la existencia de un registro único para nombres de dominio de primer nivel (*Top Level Domain, TLD*) que sea administrado por una única entidad y que se ofrecería para llevarlo a todas las entidades que posean las características para actuar como registradores, sin discriminación alguna; se propiciaba asimismo la creación de cinco nuevos TLDs; y la existencia de normas especialmente destinadas a dar solución al conflicto entre nombres de dominio y marcas comerciales.

El estado actual de las normativas legales a nivel mundial ofrece a los titulares de marcas comerciales los recursos necesarios para hacer valer sus derechos de propiedad industrial frente a terceros de mala fe. Con todo, estas alternativas de protección están reducidas cuando nos encontramos en el ámbito de Internet. No es suficiente que unos cuantos países tengan en vigencia nuevas leyes que permitan garantizar el respeto a los derechos intelectuales en la Web, porque la sola circunstancia de que un país no cuente con normas adecuadas lo convertirá en paraíso de los sujetos inescrupulosos o "piratas" que violan las normas de propiedad industrial.

35. Reflexiones a modo de conclusión

El estudio de las marcas comerciales conduce a una primera y esencial conclusión que no es otra que reconocer la gran importancia que ellas tienen como instrumentos jurídicos a través de los cuales se logra obtener la protección de quienes han creado estos signos para la distinción de productos, servicios y establecimientos comerciales y fabriles. El derecho establecido tanto a nivel interno de los países como en el ámbito internacional ha logrado cumplir con apreciable eficacia la requerida protección.

Sin embargo, en el plano de la regulación de los intercambios que se realizan por medios electrónicos, particularmente en lo que concierne al registro de los nombres de dominio en Internet, se advierte un vacío normativo que se ha tratado llenar mediante la aplicación analógica del derecho que disciplina las marcas comerciales, fundada en la idea según la cual unas mismas situaciones han de ser resueltas de idéntica forma. Con todo, el procedimiento de esta aplicación analógica del derecho no tiene lugar cuando no se presentan iguales situaciones.

En todo caso, habrá que considerar que el derecho no tiene por única fuente a la ley, sobre todo en estas materias que son esencialmente mercantiles, de manera que ante el vacío legal, el juez puede hacer recurso a

las prácticas uniformes que han venido observándose por los protagonistas del intercambio por medios electrónicos, las que pueden incluso estar recogidas en contratos o en compilaciones de dichas costumbres y, por último, aplicar los principios generales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE G., Fanny. "Tratamiento de los Signos Notoriamente Conocidos y el Registro de Nombres de Dominio", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 30.
- ALEGRIA TRONCOSO, Gabriela, y KINZEL KIGUEL, Enrique. *Análisis jurisprudencial de la irregistrabilidad de marcas comerciales*. Memoria de Prueba Universidad Central, 1998.
- BARZALLO, José Luis. "Peligros en las Resoluciones a las Controversias Entre Marcas y Nombres de Dominio". *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 25.
- BRINGAS GOMEZ, Martha, abogada social del Estudio Montes, Brigas & Fernández, Abogados, Perú: *Algunos Alcances Teóricos Sobre el Derecho de Marcas*.
- BRUNO, Angel Orlando. "Argentina: Por una Nueva Doctrina Judicial en Materia de Nombres de Dominio", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 40.
- DE ACEDO HECQUET, Etienne Sanz. "España: Marcas y Nombres de Dominio"; *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 24.
- JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo, *Derecho Mercantil*. Coordinación. Sexta edición. Ariel Derecho. Barcelona, España, 2001, Tomos I y II.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La marca y otros signos", en *Derecho Mercantil*. Coordinación Guillermo Jiménez Sánchez. Tomo I. Sexta Edición. Ariel Derecho. Barcelona, España, 2001, pp. 611 y sgtes.
- LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago, *Tratado sobre la Propiedad Industrial*. Tomo II, Santiago, 1998.
- MORALES ANDRADE, Marcos. *Derecho Marcario*. Editorial ConoSur, Santiago, 2001.
- OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- MERCURIALI, Carlos. "El desafío de las marcas en Internet", *Revista de Derecho Informático* N° 27.
- RAMÍREZ BONILLA, Alvaro. "Colombia: Nombres de Dominio y Marcas; Conflictos y Soluciones Entre Dos Signos Distintivos", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 40.
- RAMOS HERRANS, Isabel. *Derecho del Comercio Electrónico*. Editorial La Ley, Madrid, España, 2000.
- RODRÍGUEZ CASTILLO, Sergio. "En sus "Marcas"... Listos... ¡Registren!", *Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 37.
- SEDOFF, Miguel. "Argentina: El Interés Legítimo de la Ley de Marcas Argentina y las Disputas de Dominio en Internet", *Revista electrónica de Derecho Informático* N° 24.
- WWW.DERECHO MARCARIO.CL.
- WWW.DPI.CL.

La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno¹

Rodrigo Céspedes Proto

Profesor de Derecho Administrativo
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE, ANTOFAGASTA

I. Introducción

La distinción entre derecho público y privado es uno de los típicos dualismos que existen en la ciencia jurídica.² La clasificación del derecho en público y privado es una de las más utilizadas en el trabajo jurídico; pero la separación entre ambas esferas es difusa, por la relatividad de los criterios que fundan la distinción. Además, la suerte de esta división ha sido, con todo, diversa según los períodos históricos.³

La formulación de las expresiones "derecho público" y "derecho privado" aparece por primera vez en el *Digesto* y se le atribuye a Ulpiano. No obstante, la referencia es muy general y vaga. Además, el derecho público, en su actual configuración, es un derecho no codificado y nuevo.⁴ El derecho privado es el primero en aparecer; el derecho público surge mucho más tarde, no sólo desde que hay una simple organización de poder, sino desde que éste se encuentra limitado por el derecho. En consecuencia, no podemos hablar de derecho público, en el sentido actual, cuando el poder del Estado carece de límites.

Hoy en día, la distinción entre derecho público y privado es fundamental para el trabajo legislativo, judicial o académico. En el pasado, se atribuía más importancia a uno u otro derecho según la posición ideológica que se sustentaba. Así, los liberales daban primacía al derecho privado y los estatistas al derecho público. Sin embargo, la concepción del derecho pú-

¹ Este artículo forma parte de un proyecto financiado por la Dirección General de Investigación y Cooperación Técnica de la Universidad Católica del Norte, 2002-2003.

² Como derecho natural y positivo; objetivo y subjetivo; nacional e internacional; etc.

³ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno". *RDJ T 93 N° 3*, 1996, págs. 107 y ss.

⁴ Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Notas sobre el Derecho Público", *Revista de Derecho Público N° 21/22*, 1976, págs. 385 a 393.

blico en la década de los sesenta era muy distinta de la actual. Hoy en día lo que se discute es la verdadera función del derecho público: para algunos, éste es el "derecho del poder" y se centra en el Estado; para otros es el derecho de las garantías individuales frente al Estado y su núcleo es la persona humana. La última concepción ha prosperado, ya que el nuevo derecho público valora los derechos de la persona real.⁵ El cambio en la mentalidad jurídica y su reflejo en la jurisprudencia, desde la década del setenta, ha sido un fenómeno notable, una verdadera revolución.⁶ Si bien la lucha ideológica no tiene hoy la fuerza de ayer, la conexión entre ideología y derecho privado es mucho más débil que la que existe con el derecho público; así la concepción del Estado y el hombre tiene una inmediata traducción en normas de derecho público; el derecho privado, como está subordinado al público (art. 5° de la Constitución; arts. 1° y 1462 del Código Civil), refleja en forma mediata dichas concepciones. Además, los fenómenos políticos y factores extrajurídicos tienen mucho más relevancia en derecho público.⁷

II. Esfera de regulación pública y privada

Lo público y lo privado son categorías contrapuestas; lo primero es lo que interesa a la comunidad en su conjunto, y lo segundo se relaciona con intereses exclusivamente individuales. El acercamiento es sugestivo, pero general y difuso. Intuimos que la constitución y regulación de los tres poderes del Estado pertenece al derecho público y el tráfico de bienes al privado; pero queda una gran cantidad de materias difíciles de catalogar.

El hombre es un ser social y tiende a organizarse en grupos, ya que la unión de seres humanos satisface mejor las necesidades individuales. Las agrupaciones pueden diferir en tamaño y características. Estas entidades colectivas que las personas pueden voluntariamente crear son, por ejemplo, la familia, los sindicatos, gremios, iglesias, cooperativas, sociedades en sus diversas especies, partidos políticos, etc. Frente a éstas existe una "macroorganización" muy diferente: el Estado, la agrupación de individuos más masiva. Los individuos no pueden sustraerse de vivir dentro de esta organización ni renegar sin consecuencias de sus reglas. Todo lo relacionado con el Estado se regula por el derecho público. Esta organización llamada Estado tiene poderes especiales que ningún individuo u organización posee: puede "confiscar" parte de los ingresos de las personas po-

⁵ Lo anterior es planteado en toda la obra del profesor Soto Kloss, en especial, *El Recurso de Protección* (Stgo., 1982) y su *Derecho Administrativo* (2 tomos, Stgo., 1996).

⁶ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección, Una Revolución Silenciosa". *RDJ*, T 83 N° 3, 1986, págs. 173 y ss.

⁷ PEREIRA MENEAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*. Santiago, 1998, pág. 54.

medio de los tributos; se autoatribuye casi con carácter monopolístico la resolución de los conflictos; cuenta con la fuerza socialmente organizada en virtud de la cual puede privarnos de nuestra libertad y bienes; posee la facultad de definir cuáles son las transgresiones más graves a la convivencia social; etc. No obstante, estos “poderes”, según la concepción moderna del derecho público, existen y se atribuyen al Estado para velar por el interés general: los recursos de los tributos financian obras y servicios públicos; el poder de privar de la libertad tiene por fin reprimir y disuadir atentados graves al orden social; el monopolio de la resolución de conflictos existe para impedir la autotutela y salvaguardar la convivencia pacífica; las potestades normativas son atribuidas no para oprimir, sino para encauzar y garantizar la libertad individual y proteger a la comunidad; etc. Esto es lo que se denomina “principio de servicialidad”, base de nuestro ordenamiento público (art. 1° inc. 4° de la Constitución). Todo lo anterior interesa más a la comunidad que al individuo y, por lo tanto, pertenece a la esfera pública. Aun así, las funciones que ha desarrollado el Estado a lo largo de su historia se han contraído y expandido. El fin del siglo XX presencié el desplome de los socialismos “reales” (y el totalitarismo que conllevaban), lo que significó el desmoronamiento de las ideologías colectivistas y una victoria de las democracias occidentales y el sistema capitalista. En otras palabras, fracasó la gestión e intervención estatal y triunfó la libre iniciativa individual y la propiedad privada.⁸ Esto significó un repliegue del Estado-gestor en lo económico y la consecuente privatización de empresas estatales; incluso aquellas que proveían de servicios de utilidad pública. Pese a ello, el rol fiscalizador del Estado ha aumentado, regulando y controlando cada vez más actividades. Lo anterior hace que el derecho público, pese a la derrota del socialismo, sea muy relevante en la actualidad. Sin embargo, “lo estatal” no cubre todo “lo público”, que es mucho más amplio.

Reconocidos autores distinguen entre “lo público” y “lo estatal”, siendo lo primero lo que interesa a la sociedad y lo segundo lo que se relaciona con los entes estatales.⁹ Así, “lo público” y “lo privado” son expresiones contrapuestas. Precisamente como “lo público” regula lo que interesa a la sociedad en su conjunto, todo lo relacionado con el orden público se caracterizará por ser un régimen heterónimo (abundante en mandatos y prohibiciones) y con intervenciones estatales exorbitantes, donde los sujetos individuales carecen de autonomía y disponibilidad. “Lo privado”, en cambio, dice relación con la esfera de comportamiento en donde el individuo decide autónomamente. Al ser los particulares jurídicamente iguales,

⁸ Lo anterior no deja de ser paradójico, puesto que la revolución informática permite hoy en día procesar gran cantidad de datos haciendo la predicción y la planificación mucho más certera.

⁹ Ver ARÓSTICA, Iván. *Derecho Administrativo Económico: libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*. Santiago, 2001, pág. 14. Ver también GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso, 2001, pág. 17.

los individuos se relacionarán en un plano de igualdad, las fuentes serán reflejo de esta autonomía (como los contratos o la costumbre) y la regulación heterónoma tenderá, por regla general, a anticipar la voluntad presunta de los particulares o a suplirla en caso de vacíos con el fin de facilitar el tráfico jurídico. En derecho público predominan básicamente las fuentes heterónomas; por ejemplo, la ley o los actos administrativos son normas impuestas y obligatorias, con total prescindencia de la voluntad del destinatario o sujeto normado. En otras palabras, es imposible sustraerse de las normas del derecho público. Por esta razón, el derecho penal es una rama del derecho público, ya que reconoce como única fuente la ley, y la voluntad individual no juega ningún rol. Lo mismo en materia tributaria. En derecho público pueden encontrarse fuentes de carácter general, como la ley o los reglamentos, o de carácter particular, como la sentencia judicial o los actos administrativos. Sin embargo, siempre hay una pretensión de generalidad. Dentro de la administración el precedente es vinculante¹⁰ y, a pesar del tenor categórico del art. 3° inc. 2° del Código Civil, la jurisprudencia judicial es, en el hecho, una fuente de derecho. Por lo anterior, y para garantizar la debida publicidad, los actos públicos deben publicarse y/o notificarse.¹¹ En derecho privado predominan las fuentes voluntarias o autónomas “y las normas son generadas por la actividad comercial de los particulares”;¹² por ejemplo, el contrato. En estos casos, los sujetos normados se rigen por las normas creadas por ellos mismos; los particulares tienen un margen de creación normativa, distinto y autónomo del poder estatal. Algo que caracteriza a los actos jurídicos de particulares en general, y a los contratos en particular, es su efecto relativo; es decir, no pretender regir a sujetos que no concurrieron a su celebración. El art. 1545 del Código Civil señala que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes. Con lo anterior, el legislador quiere señalar que, pese a no provenir del poder público, un contrato tiene tanta fuerza obligatoria como una ley, pero con carácter particular. Todo lo anterior no define qué es lo público y, por oposición, qué es lo privado. Sólo una vez determinado lo anterior deducimos las características de una u otra regulación. Además, las normas situadas en cuerpos normativos que tradicionalmente se identifican con el derecho privado no necesariamente pertenecen a la esfera privada (porque interesan a la sociedad, son disposiciones de orden público). Además, las ramas que integran el derecho público, si bien tienen

¹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. “Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 26 N° 2, 1999, págs. 399 y ss. Ver también nuestro artículo “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1, 2001, págs. 149 y ss.

¹¹ Respecto a los actos administrativos ver SOTO KLOSS, Eduardo, “La publicidad de los actos administrativos en la jurisprudencia judicial”, *RDJ*, T 84 N° 1, 1989, págs. 23 a 27. Del mismo, “La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho* Vol. 10, Universidad Católica de Valparaíso, 1986, págs. 473 a 498. También arts. 39 y 48 a 49 de la Ley 19.880.

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Constitucional...*, pág. 16.

ciertas características en común, son bastante disímiles (por ejemplo, derecho administrativo y penal). En síntesis, no todo "lo público" se contiene en el derecho público.

En otra aproximación, el derecho privado acompaña a las personas en los sucesos más comunes de su existencia: los efectos jurídicos de su nacimiento y muerte; la regulación de la familia y su descendencia; el trabajo; el tráfico de bienes, etc. Dentro de estas regulaciones, hay algunas que sólo miran al interés individual. Hay otras, que sin referirse a lo estatal, interesan a la sociedad (como la regulación de la familia) y son de orden público. El derecho público, en cambio, se relaciona más con las circunstancias que rodean, como "telón de fondo", la vida colectiva: la necesidad de sentirse seguro frente a la delincuencia o de los riesgos del desempleo, enfermedad, invalidez o vejez; el método para tomar decisiones colectivas; la resolución de conflictos; etc.¹³ Lo anterior representa la esfera pública y es un ámbito de regulación del derecho público, con una fuerte presencia estatal. Este enfoque nos da una idea más precisa acerca de cuáles son los tópicos que pertenecen a una u otra área; pero tampoco es definitiva.

Actualmente vemos una creciente expansión e invasión del derecho público en el campo de lo privado. Esto porque el poder público estima que determinados comportamientos, no obstante encontrarse dentro de la esfera natural de las personas, no puede quedar sujetos totalmente a la libertad individual. Lo anterior se manifiesta en la imposición de un régimen más o menos heterónimo, con mandatos y prohibiciones en lo que normalmente se estima dentro de la esfera de lo privado (derecho contractual, por ejemplo). Por lo anterior, dicha regulación se torna inderogable e indisponible y se sustrae de la autonomía de decisión individual. De contradecir dicho mandato, al acto transgresor le seguirá alguna forma de sanción (las distintas clases de ineficacia). Este es el modo de intervención más fuerte. Uno más débil consiste en las cada vez más abundantes "regulaciones" de las distintas actividades, principalmente en el campo económico. Estas regulaciones no son sólo por vía legal, sino por medio de la potestad reglamentaria, fórmula cuestionable en cuanto a su constitucionalidad. Otro medio de intervención es la creación de entes administrativos especializados encargados de fiscalizar ciertas actividades "sensibles", como el trabajo, la seguridad social, bancos y financieras, la provisión de servicios básicos como electricidad, agua potable, etc.¹⁴ Finalmente, muchas de las situaciones conflictivas en es-

¹³ Ver LE SEUR, Andrew, y otros, *Principles of Public Law*. Londres, 1999, págs. 3 y 4.

¹⁴ Como decíamos, el repliegue del Estado-gestor de empresas ha sido compensado con un aumento en la labor fiscalizadora de la Administración.

tos últimos ámbitos son resueltas por la Administración en una primera instancia y la jurisdicción sólo interviene si la decisión es antijurídica, irracional, desproporcionada, etc.¹⁵

Hoy en día, la frontera entre lo público y privado es más difusa que antaño (si bien en el pasado tampoco había una separación bien determinada) y los límites no están claramente definidos; “incluso las tesis que intentan describir lo que sean uno u otro son variadas y contradictorias”.¹⁶ Como veremos, las áreas de interés propias de lo público y lo privado han cambiado.¹⁷ Curiosamente, se ha utilizado el derecho público para constitucionalizar ciertas instituciones de derecho privado. Esto salvaguarda a las instituciones de derecho privado frente a normas de inferior jerarquía.¹⁸ Así, el principio de libre contratación o autonomía de la voluntad podría encontrar su fundamento en el art. 19 N° 21 de la Constitución y el de la igualdad de los acreedores en el art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental. La mayoría de estas normas dicen relación con la limitación de la actividad estatal y las garantías individuales. En realidad, más que una ampliación de las garantías del derecho público al privado, lo que se ha observado en los últimos treinta años es la real aplicación de los derechos constitucionales por los tribunales. En el pasado, éstos no tenían relevancia salvo en lo que se refería a libertad ambulatoria y derechos políticos.

En conclusión, las áreas de regulación del derecho público y privado no son siempre claras. Lo uno y lo otro está presente en casi la mayoría de las relaciones jurídicas, pero con diferente intensidad, la que incluso puede variar según tiempo y lugar. Un caso claro es la relación laboral; de ser regulada inicialmente por el derecho civil, su régimen se vuelve cada vez más heterónomo y, actualmente, se “flexibiliza”. Otro ejemplo es la relación procesal; pese a ser de derecho público, el aspecto sustantivo del conflicto impregna la relación y le da a las partes mayor o menor poder dispositivo.

¹⁵ Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Notas sobre el Derecho Público...*, págs. 388 a 390.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Constitucional...*, pág. 16.

¹⁷ Incluso, si examinamos el ámbito de regulación del derecho, podemos constatar que se ha alterado, expandiéndose o contrayéndose. Así, comportamientos que se estimaban fuera del derecho pasan a ser regulados por aquél (el concubinato o la violencia intrafamiliar, por ejemplo); o a la inversa, también se ha observado un fenómeno de “desregulación jurídica”, muy perceptible en el campo económico. Parte del mismo fenómeno es la “privatización” de la justicia, con la ampliación de materias de arbitraje facultativo y obligatorio; el principio de oportunidad y las vías alternativas al nuevo proceso penal, con una posibilidad cada vez mayor de convenciones procesales.

¹⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

III. Teorías sobre la división del derecho

Podemos clasificar las diferentes teorías sobre la división del derecho en tres grandes variantes: la teoría monista, según la cual el derecho es uno solo y no admite clasificaciones; la teoría pluralista, según la cual la división del derecho en público y privado es insuficiente, y la teoría dualista, según la cual el derecho se divide en público y privado. La teoría monista niega la división del derecho en público y en privado; el derecho es uno solo. Uno de sus partidarios es Hans Kelsen. Para Kelsen, la clasificación se sustenta en una simple división de fuentes del derecho. Las fuentes heterónomas que corresponderían al derecho público, donde la voluntad de los imperados no concurre a la formación de la norma; en cambio, las fuentes autónomas serían propias del derecho privado, donde concurre la voluntad de los obligados al momento de crear la norma jurídica. La teoría pluralista sostiene que la división del derecho en público y privado es insuficiente, ya que el derecho tiene distintos objetos de regulación, cada uno con particularidades propias. Por lo anterior, hay distintos matices donde el interés público y el individual juegan con distinta intensidad. En razón de esto existen categorías paralelas y autónomas al derecho público y al privado. Así, algunos postulan que el derecho de familia¹⁹ tiene sus peculiaridades propias que lo diferencian del derecho privado y público tradicionales. Se trata de normas de derecho privado, pero atinentes al "orden público". Otros autores estiman que también existe un "derecho social", que engloba al derecho laboral y la seguridad social.²⁰

¹⁹ La Corte Suprema ha sostenido que constituyen disposiciones de orden público, en la esfera del derecho privado, las normas de la legislación que gobiernan el estado y capacidad de las personas, sus relaciones de familia, y, en general, aquellas reglas dictadas en interés de la sociedad y que resguardan la integridad de instituciones jurídicas básicas. Ver "Setien Morales con Doerer Aguirre", *RDJ*, T. 56 N°s 5 y 6, 1959, Sec. 1ª, págs. 213 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerando 4). De igual forma en "Roumié Vera con Said Abdula" *RDJ*, T. 57 N°s 1 y 2, 1960, Sec. 1ª, págs. 46 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerandos 4 y 5). Para la Corte Suprema, el matrimonio, más que un contrato civil, como se contempla en nuestra legislación, es una "institución", dado el alcance y proyección del mismo en cuanto conforma la base de la familia, y por ende de la sociedad. Esta idea es recogida en el art. 1º de la Constitución y se desarrolla a través del llamado "derecho de familia", que regula la relación personal y patrimonial entre los cónyuges y la de éstos con los hijos comunes. Por lo tanto, todo lo relacionado con el matrimonio conforma el "orden público familiar", en el cual tiene interés la sociedad toda, más allá del que puedan hacer valer los interesados directamente. Ver "Joo Ching con Joo Gallegos" *RDJ*, T. 89 N° 3, 1992, Sec. 1ª, págs. 188 y ss. Corte Suprema. Casación Fondo (considerandos 6 a 8).

²⁰ Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que las disposiciones que emanan de la legislación laboral son de orden público, a pesar que en algunas oportunidades pueda estimarse que sólo miran al interés de un sujeto en particular. En consecuencia los derechos que otorga la legislación laboral son irrenunciables; ver "Braden Cooper Company con Celis Muñoz", *RDJ*, T. 65 N° 2, 1968, Sec. 3ª, págs. 36 y ss. Corte Suprema. Queja. Los tribunales han reiterado que el principio de autonomía de la voluntad tiene aplicación restringida en materia laboral; ver *Gaceta Jurídica* N° 151, 1993, págs. 144 y ss. Corte de Concepción. Apelación (considerando 2). También "Fischman Torres con Dirección del Trabajo", *Revista Fallos del Mes* N° 340, marzo 1987, págs. 66 y ss. Corte Suprema. Protección (considerando 10). Asimismo, "Fuentes Correa", *RDJ*, T. 86 N° 3, 1989, Sec. 3ª, págs. 271 y ss. Corte Suprema. Queja. La doctrina aparece en el fallo de primera instancia.

Frente a estas doctrinas se sitúa la teoría dualista, que postula la existencia de dos áreas del derecho: el derecho público y el derecho privado, los que pueden ser diferenciados por distintos criterios: el interés protegido por las normas;²¹ el fin u objetivo de las normas;²² la naturaleza o carácter de las normas; la oficialidad o pasividad del Estado en la persecución de transgresiones a normas de derecho público y privado respectivamente;²³ etc. Todos estos criterios son relativos, si bien nos dan una idea aproximada, están plagados de excepciones.

²¹ El derecho público protegería derechos colectivos y el derecho privado protegería intereses individuales. Sin embargo, este criterio tiene la desventaja de ser muy general y vago. Es difícil determinar cuándo se están protegiendo intereses colectivos o individuales. Por ejemplo, las normas que penan la estafa; las que establecen el derecho de propiedad o las que consagran el matrimonio indisoluble. Sin embargo, las normas de derecho público protegen fundamentalmente los intereses sociales o que interesan más a la colectividad que al individuo; frecuentemente marcan un límite a la libertad individual, como las normas que consagran la función social de la propiedad. En cambio, el derecho privado consagra fundamentalmente facultades individuales, como la libertad contractual.

²² El fin del derecho público es estructurar el Estado y sus poderes y consagrar las principales garantías del individuo, regulando su relación con el poder público. En cambio, el fin del derecho privado es regular las relaciones jurídicas entre particulares. Este criterio también es vago, ya que, por ejemplo, las garantías no son sólo invocables frente al poder, sino también frente a otros particulares. Los derechos individuales consagrados en la Constitución involucran a veces tópicos netamente privados, como la propiedad o el honor.

²³ La infracción de normas de derecho público puede perseguirse normalmente de oficio por el Estado. Dado que la infracción de normas de derecho público atenta contra intereses sociales, se castigan con independencia de la voluntad de la víctima directa; la víctima indirecta es siempre la sociedad y ésta, representada por el Estado, no puede permitir que determinadas transgresiones queden impunes. Un claro ejemplo son los delitos de acción pública como el homicidio, aquí el ilícito se persigue independientemente de la voluntad de la víctima (Ver arts. 53 a 55 del Código Procesal Penal). Los arts. 8° de la Ley 18.575 y 7° de la Ley 19.880 establecen el principio de impulsión de oficio en materia administrativa. En derecho privado, la sanción normalmente queda al arbitrio de los particulares. Por ejemplo, la indemnización de perjuicios o la resolución de contratos. Sólo el particular afectado puede iniciar el procedimiento para perseguir la infracción de estas normas; la regla general es que sea el afectado. Esto es manifestación de los principios dispositivo (por oposición al inquisitivo) y de pasividad judicial. Sólo excepcionalmente en derecho privado existen acciones populares (acción de obra ruinosa, art. 948 del Código Civil, o la destinada a internar provisoriamente al enajenado mental, art. 466 del Código Civil) o el juez puede actuar de oficio (en la nulidad absoluta, el tribunal puede declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato, art. 1683 del Código Civil; defensa del no nacido, art. 75 inc. 1° del Código Civil). Nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que, en cierta clase de juicios, como los de divorcio, nulidad de matrimonio y los criminales por los delitos que se castigan con pena aflictiva, no se mira al interés particular de las partes, sino al interés social, moral o de la ley, puesto que los actos que mediante esos fallos se solucionan o se reprimen producen también efectos que pasan del límite particular de los litigantes ("Contra Federico Henríquez y otros", *Gaceta de los Tribunales, primer semestre 1940*. Sec. Criminal. Págs. 241 y ss. Corte Suprema. Casación Fondo, especialmente considerando 5). Los tribunales son órganos del Estado y tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Éste es un deber que impone la Constitución y excepciona al principio dispositivo y al de pasividad judicial. Tímidamente se ha abierto la teoría de la protección de oficio. Desde la misma perspectiva, la falta de efecto vinculante de los precedentes constituye discriminación. La Corte Suprema señaló que por «discriminación arbitraria» ha de entenderse toda distinción realizada por el legislador "o cualquier autoridad pública" que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional ("Mardones Mora", *RDJ*, T. 88 N° 2, 1991, Sec. 5°, pág. 178. Corte Suprema. Inaplicabilidad, en especial considerando 4). Entonces, la interpretación actual del Art. 3° inc. 2° del Código Civil parece contradecir al art. 5° de la Constitución, a lo menos cuando se trata de materias de derecho público.

Quizá el más exacto sea, como veremos seguidamente, el que se centra en los sujetos de la relación jurídica y sus potestades, factores de los que derivan importantes consecuencias en materia de ineficacia de los actos, responsabilidad, esferas de actuación, etc.

Todos los factores de clasificación anteriores se dan en el plano teórico; sin embargo, nuestra legislación y la jurisprudencia judicial y administrativa han utilizado, en la práctica, las categorías dualistas. Dichas categorías son las que veremos a continuación.

IV. Aplicaciones prácticas de la distinción entre derecho público y privado según la legislación, la doctrina y la jurisprudencia

El legislador, nuestros tribunales y la doctrina nacional no son ajenos a la división derecho público/privado y constantemente utilizan las categorías que emanan de esta clasificación en su labor cotidiana. Por lo anterior, es interesante indagar cuál ha sido la suerte de esta división del derecho en su aplicación práctica. La esfera de aplicación de la doctrina dualista es enorme. Veremos algunos de los criterios a continuación:

1. Relación jurídica de derecho público y privado: las potestades públicas

La sociedad se estructura a partir de múltiples relaciones entre los sujetos de derecho. Estas relaciones sociales son "jurídicas" cuando aparecen reguladas por el derecho. La autoridad normativa debe decidir qué conductas deben ser reguladas por las normas jurídicas. Para ello debe ponderar cuáles comportamientos son esenciales para la vida social y no se encuentran suficientemente protegidos por otros sistemas normativos. El Estado, al ser un sujeto de derecho, también es un importante actor en las relaciones jurídicas. Su especial posición hará que las relaciones jurídicas en que inter venga tengan ciertas características especiales. La relación jurídica de derecho público liga a los particulares con cualquier ente de derecho público (fisco; municipalidad, gobierno regional, servicio de salud, SII, aduanas, y todas las formas que puede asumir el Estado); igualmente, la relación será de derecho público cuando se vinculen dos entes públicos. Los entes estatales actúan ejerciendo potestades públicas, de las cuales carecen los particulares, que los sitúan en una posición de supremacía. De este modo, el Estado puede imponer su voluntad en el orden temporal de la sociedad política (sólo para lograr el bien común) sobre el interés particular, dentro del marco de la igualdad de las cargas públicas. Entonces, la relación jurídica entre el particular y el ente público no es de igualdad, sino de supremacía-subordinación. Pero la actuación de los entes públicos está enmarcada

por el "principio de servicialidad", no son un simple poder sin sentido o finalidad. El acto que se emite tiene que estar destinado a satisfacer una necesidad pública.²⁴ Estas potestades públicas no son derechos subjetivos, sino poderes-deberes finalizados: para la autoridad no es facultativo ejercerlas, ya que están destinadas a servir a la comunidad y satisfacer necesidades públicas.²⁵ Claros ejemplos son la potestad expropiatoria; la potestad jurisdiccional; la legislativa; la potestad tributaria; etc. Se trata por tanto de actos "debidos" y la autoridad debe actualizar sus potestades cuando las necesidades lo requieran. Por lo anterior, la división entre faz activa y pasiva, ventaja o gravamen, no es clara, sino que aparecen fundidas.

En la faz pasiva de las potestades públicas (sobre quienes se ejerce), los particulares se encuentran en la necesidad de obedecer los mandatos de la autoridad. Esta subordinación no significa en caso alguno sumisión o sometimiento (palabras impropias si vivimos en un sistema democrático), ya que el particular siempre tiene la posibilidad de reclamar ante los tribunales. Pero como se trata de un poder-deber, la faz pasiva también está presente en el propio ente que detenta la potestad pública; su no ejercicio o su uso impropio conlleva responsabilidades. La potestad pública tiene por función el logro del bien común y sólo tiene como razón de ser el lograr ese objetivo. Como veremos, los términos señalados (supremacía-subordinación; potestades o poderes-deberes y cargas públicas; bien común; necesidades públicas; servicialidad; etc.) generan importantes efectos en materia de responsabilidad y sanciones de ineficacia. Por todo lo anterior, las relaciones jurídicas en las que es partícipe el Estado no pueden ser reguladas de la misma forma que las relaciones jurídicas privadas. Como el derecho privado no puede aplicarse a las relaciones jurídicas donde participa el Estado, surge el derecho público. En derecho público, la relación jurídica la compone por lo menos un ente público; en cambio, en derecho privado la relación jurídica estará constituida por sujetos particulares. Los entes estatales ejercen potestades públicas que les confieren poderes que no tienen los particulares y, por lo tanto, la relación es autoridad/subordinado; de supraordenación y subordinación. La posición de los entes estatales dentro de la relación es supraordenadora, en atención a que deben velar por el bien común. O sea, la calidad de quien actúa jurídicamente nos revelará ante qué rama del derecho nos encontramos. El problema es que, muchas veces, los entes públicos actúan en la vida jurídica sin ejercer potestades públicas (la compra de bienes o servicios). Sin embargo, el derecho público está siempre presente en la medida que un ente estatal se

²⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, *Informe Constitucional N° 271: La Relación Jurídica en Derecho Público (naciones básicas)*. Stgo., 1992.

²⁵ De allí la inexcusabilidad judicial (art. 10 inc. 2° del COT) y administrativa (art. 14 de la Ley 19.880).

desenvuelva en la vida jurídica (en el caso de compra de bienes o servicios, éstos deben estar destinados exclusivamente al bien común; se debe seguir un procedimiento, etc.). Como decíamos, si bien el Estado tiene potestades, éstas implican al mismo tiempo un poder y un deber. El poder atribuido al Estado existe sólo para que se cumpla el fin por el cual es otorgado: esto es la obtención del bien común.²⁶

La relación jurídica de derecho privado vincula a los particulares, quienes se relacionan entre sí en un plano de igualdad. Esto también repercute en las características de la responsabilidad y formas de ineficacia que se aplican a estas relaciones. En derecho privado patrimonial es clara la división entre faz activa y faz pasiva.²⁷ En derecho privado el fin de la relación no es más que el interés particular. En síntesis, en derecho privado patrimonial los sujetos de la relación jurídica son los particulares y actúan en un plano de igualdad; tienen facultades y no potestades.

2. Derechos subjetivos públicos y privados

Esta categoría atiende a la norma objetiva en que se funda el derecho en cuestión. El derecho subjetivo público es aquel que se funda en una norma de derecho público; por ejemplo, las normas que nos habilitan para votar en elecciones²⁸ (arts. 13 a 18 de la Constitución) o los consagrados en el art. 19 de la Carta Fundamental. El derecho subjetivo privado es aquel que se funda en una norma de derecho privado; por ejemplo, aquella que nos faculta para renunciar a los derechos, siempre que no sea contra interés ajeno o esté prohibida su renuncia (art. 12 del Código Civil). El criterio de clasificación parece poco sustantivo, pero el hecho de que un derecho se funde en una norma de derecho público o privado es sumamente importante. Primeramente por una cuestión de jerarquía; el que un derecho se funde en una norma de derecho público lo deja a salvo de cualquier atentado realizado por normas inferiores. Además, los derechos subjetivos públicos se encuentran protegidos por acciones constitucionales, como los recursos de protección y amparo. Ambos generan procedimientos cautelares autónomos, inquisitivos, informales²⁹ y concentrados. Los derechos que

²⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *Informe Constitucional N° 271...*

²⁷ Las relaciones de familia no pertenecen a este ámbito, ya que no hay igualdad entre sus miembros. Técnicamente se habla de "potestades de familia" y "deberes específicos de conducta". La faz activa y pasiva de la relación no están claramente divididas. Tiene más similitudes con la relación jurídica de derecho público.

²⁸ Curiosamente, el votar es un derecho (nadie puede impedir su ejercicio si se cuenta con los requisitos legales); pero, al mismo tiempo, es una carga pública: el no votar en una elección está sancionado.

²⁹ La formalidad en los procedimientos administrativos es instrumental, sólo lo indispensable para dejar constancia indubitada y evitar perjuicios (art. 13 de la Ley 19.880).

se fundan sólo en normas de derecho privado carecen de estas formas de tutela rápida.³⁰ Si bien la Constitución de 1925 contemplaba un capítulo referente a los derechos fundamentales, sólo con la Constitución de 1980 éstos son justiciables, ya que estableció los medios procesales adecuados para protegerlos.³¹ Otro aspecto interesante es la disponibilidad de los derechos; los consagrados en normas de derecho público tienden a ser indisponibles; en cambio, los que se fundan en el derecho privado suelen ser disponibles. Lo anterior no es absoluto, ejemplo claro es el derecho de propiedad.³² Además, muchos derechos que emanan de fuentes de derecho privado se encuentran insertos dentro de un derecho subjetivo público, como los nacidos de un contrato, sobre los cuales existe una especie de propiedad, por ser cosas incorporales.

3. **Ámbito de acción: subsidiariedad; principio de juridicidad y autonomía de la voluntad**

En una república todas las personas están sujetas al derecho, tanto autoridades como gobernados; "no hay persona ni grupos privilegiados" (arts. 4°; 6° inc. 2° y 19 N° 2 inc. 1° de la Carta Fundamental). Pero la unión del derecho con el Estado es mucho más fuerte. Es el derecho el que lo configura y lo crea; sin el derecho el Estado y sus atribuciones no existen. El derecho es condición de existencia del Estado y sus potestades. El principio de juridicidad, que enmarca al Estado, ha sido definido como "la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar".³³ Ya la palabra "sujeción" nos da un importante indicio; el constituyente utilizó un término bastante enérgico, indicando la fuerte vinculación entre el sistema jurídico y la autoridad pública, por ser el Estado una persona jurídica. Se prefiere la expresión "principio de juridicidad", porque la vinculación entre Estado y derecho es integral y no sólo se refiere a la Constitución o la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico. La expresión "principio de legalidad" es más restrictiva, pero más exacta cuando habla-

³⁰ Se han desechado recursos de protección cuando se trata de materias de lato conocimiento, como la ejecución y cumplimiento de contratos. Ver "Schneider Bulman con Conaf", *Revista Fallos del Mes* N° 288, noviembre 1982, págs. 505 y ss. Corte Suprema. También "Jiménez Broussain con Ojeda Calderon" *RDJ*, T. 84 N° 1, 1987, Sec. 5ª, págs. 112 y ss. Corte de Puerto Montt. En especial considerando 6.

³¹ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

³² En un análisis preliminar la vida, integridad corporal y la salud son derechos indisponibles. El consentimiento no sirve como causal de justificación y el auxilio al suicidio y la eutanasia están prohibidos; pero el asunto se relativiza con la posibilidad de donación de órganos en vida y la falta de obligatoriedad de tratamientos médicos. A la inversa, si analizamos la validez de una cláusula de no-competir a la luz del solo derecho privado podríamos concluir que ésta es válida por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, si cotejamos esta cláusula con la legislación antimonopolio y el art. 19 N° 21 de la Constitución, adolecería de objeto ilícito por "contravenir el derecho público chileno" (art. 1462 del Código Civil).

³³ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II: El Principio de Juridicidad*. Stgo., 1996, pág. 24.

mos de las normas que *habilitan* a los entes estatales para actuar. Sólo la Constitución y la ley pueden establecer competencias estatales y, por lo tanto, normas inferiores no pueden conferir potestades públicas, aunque estas disposiciones tendrán importancia al momento en que la competencia conferida se actualice.³⁴ En derecho público, los entes estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados por la ley, según el principio de legalidad habilitante consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución. Es decir, la ley marca el límite de la actividad estatal y no se pueden realizar actividades más allá de esas competencias asignadas. Este principio tiene como fin salvaguardar la libertad de los particulares y su ámbito de acción. Particularmente importante es este punto en materia administrativa, porque está en contacto diario y directo con los particulares. Se reafirma con mayor fuerza el mismo principio en materia de actividad empresarial del Estado (art. 19 N° 21 de la Constitución). El legislativo también tiene una competencia normativa limitada; el art. 60 de la Constitución establece un sistema de "dominio legal máximo", de modo que la potestad reglamentaria y la legislativa están delimitadas. En cuanto a los tribunales, a cada juez se le asigna el conocimiento de asuntos específicos, pero en general hay "plenitud jurisdiccional" y le corresponde resolver todo conflicto jurídico que se suscite en el orden temporal (arts. 73 de la Constitución y 5° inc. 1° del COT). Todo lo anterior se enmarca dentro del principio de subsidiariedad y primacía de la iniciativa privada, una de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional.³⁵ Este principio constitucional debe orientar toda la actividad del Estado y no sólo de la Administración.

Los particulares también están sujetos al derecho, pero su vinculación (pese a ser los gobernados) es más tenue. Las personas y sus derechos existen con independencia al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el derecho opera como un límite y no es condición de su existencia. Además, en derecho privado los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, con un vasto campo de acción. Esto no es sino aplicación del principio de autonomía de la voluntad. En una perspectiva más amplia, el art. 19 N° 21 de la Constitución consagra el derecho de libertad

³⁴ Indudablemente, no puede ampliarse la competencia de un ente público mediante un reglamento. Pero dictado uno, no podemos dictar un acto administrativo singular contradiciéndolo o excepcionándolo; éste es parte del ordenamiento y debe respetarse. Esto es lo que se denomina "inderogabilidad singular del reglamento". Al respecto, ver recurso de protección "Toro con gerente general del Banco Central", *RDJ*, T. 81 N° 2, 1986, sec. 5°, págs. 138 y 141. La Corte de Apelaciones Stgo. (confirmado por la Corte Suprema) sostiene que si la autoridad (Banco Central) accediere a lo pedido por la recurrente, que no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento reglamentario, estaría realizando precisamente un acto discriminatorio en favor de una persona, al contrariar una norma general, e infringiría lo dispuesto tanto por el N° 22 del art. 19 como por el art. 98 inc. final de la Carta Fundamental. Cuando se actualiza competencia cobran relevancia los principios generales del derecho y la equidad.

³⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, pág. 10.

económica, permitiendo a los particulares ejercer cualquier actividad salvo que sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional o esté expresamente prohibida. De forma más general aún, la Constitución consagra la primacía de la persona humana, su iniciativa y la autonomía de los cuerpos intermedios.

4. Actos jurídicos privados y públicos

Es acto jurídico todo acto humano voluntario al que el ordenamiento le atribuye el efecto de producir consecuencias jurídicas. Cuando los actos jurídicos los realizan los entes estatales, se tratará de actos jurídicos públicos. Hoy, la separación de poderes y los criterios orgánicos para fundarla se encuentran superados. El Estado cumple ciertas funciones y éstas se radican en diversos órganos, con independencia del poder público al cual se atribuyan. Hoy se habla de preponderancia de funciones y controles recíprocos entre poderes. Atendido que los entes públicos detentan potestades, el control es necesario para prevenir, sancionar y compensar abusos. Distinguimos cuatro tipos de actos jurídicos públicos, según la función que éstos cumplen dentro del sistema jurídico: el acto constituyente; el acto legislativo; el acto jurisdiccional y el acto administrativo.

El primero es el "acto constituyente"; acto político y público por excelencia, implica el comienzo de un orden jurídico nuevo y/o una ruptura con el anterior.³⁶ El contenido que en el hecho tenga este acto es totalmente libre y dependerá de la eficacia con que el constituyente imponga el nuevo orden; por lo menos según la teoría kelseniana. Ya no en el campo fáctico, sino en el de la legitimidad, son los filósofos los que discrepan. Para muchos no existen límites, puesto que no hay nada anterior ni superior al derecho y éste puede tener cualquier contenido. Para los *iusnaturalistas* la legitimidad y el carácter de verdadero derecho del nuevo ordenamiento estará dado por el respeto a principios morales básicos y mínimos; la dignidad de las personas; el bien común; etc. Si bien la disputa no ha llegado a su fin, entender el acto constituyente, y el derecho en general, como un acto de "poder puro" no resiste mayor análisis. Un orden social basado sólo en el poder no es viable en el largo plazo, como lo demuestra el fracaso de los socialismos reales.

Otro acto jurídico público es el "acto legislativo". La ley constituye la fuente formal principal en la actualidad, aunque no entendida ya en el sentido

³⁶ "La importancia del poder constituyente se percibe más claramente en los momentos de cambio constitucional, especialmente si se trata de un cambio revolucionario... Este poder del pueblo, poder supremo, es, sin embargo, ilimitado, a diferencia del legislativo, que es supremo, pero limitado... Es una realidad fáctica, de hecho más que de derecho... Se caracteriza por su eficacia real". PEREIRA MENEAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*. Stgo., 1998, págs. 68 a 74.

decimonónico. Lo normal es que sea una norma general y abstracta. Dado que el Congreso es el máximo exponente de la soberanía popular y el carácter esencialmente político de su composición, el contenido de la ley creada no tiene más límite que el señalado por la Constitución. No se trata de una simple cuestión formal, ya que nuestra Constitución marca también un límite de contenido, principalmente dado por los derechos fundamentales y la competencia asignada constitucionalmente a otros órganos (como el "dominio legal máximo", del que hablábamos anteriormente). La Constitución le asigna a la ley la regulación de los asuntos más importantes, en especial los derechos constitucionales.

Los "actos jurisdiccionales" pertenecen a un género mayor denominado "actos procesales". Cuando éstos son emitidos por los tribunales se denominan "resoluciones judiciales" y son una especie de acto jurídico público, ya que provienen de entes públicos que ejercen la potestad jurisdiccional. Quizá lo más característico de las resoluciones judiciales (por lo menos de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes) es la cosa juzgada.³⁷

El "acto administrativo" es una de las especies más importantes de acto jurídico público. Según el art. 3° inc. 2° de la Ley 19.880, los actos administrativos son las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una función pública. Para el profesor Soto Kloss, el acto administrativo es "una ordenación racional, de carácter unilateral, emanado de un ente estatal en ejecución de una función administrativa destinada a satisfacer una necesidad pública concreta que produce efectos jurídicos directos".³⁸ La "racionalidad" dice relación con la justificación y motivación del acto en cuanto a los hechos y el derecho y su oportunidad, proporcionalidad e idoneidad; la unilateralidad implica que, para producir efectos jurídicos, no es necesario el concurso de la voluntad del obligado. El acto público, para que sea administrativo, debe ser dictado por un ente estatal en ejercicio de una función administrativa. Todos los poderes ejercen en alguna medida función administrativa, pero ésta se concentra mayormente en el Poder Ejecutivo.³⁹ Esta consiste en la prestación de bienes y servicios específicos a la comunidad. Por último, el acto administrativo está destinado a satisfacer una necesidad pública concreta, lo que dice relación con el principio de servicialidad del Estado. Quizá el

³⁷ Ver HOYOS H., Francisco, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Stgo., 1987.

³⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, "La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial)". *Revista de Derecho Público* N° 60, 1996, págs. 85 a 97.

³⁹ El Congreso y los tribunales también ejercen potestades administrativas, pero tienen mayormente efectos intraorgánicos; por ejemplo, los actos relativos a su personal. A la inversa, a veces el Poder Ejecutivo no ejerce potestades administrativas; por ejemplo, cuando emite un decreto promulgatorio o un DFL. Ver AROSTICA, Iván, *Lecciones sobre acto administrativo*. Stgo., 1996, pág. 11.

acto administrativo sea la especie más estudiada de acto jurídico público, ya que es la Administración quien está en mayor contacto con los particulares, tanto por su actividad jurídica como material. Debido a lo anterior y en razón de detentar poderes exorbitantes, la responsabilidad derivada y la ineficacia de los actos jurídicos públicos tienen características especiales. Todos los actos jurídicos públicos reseñados son unilaterales. Sin embargo, el Estado también celebra actos jurídicos bilaterales, como los contratos administrativos o los contratos-leyes. El derecho público regula estas instituciones al estar presente el Estado y sus potestades.

Frente a los anteriores están los actos jurídicos privados. El acto jurídico que proviene de un particular es un acto privado, quien no ejerce potestades públicas. Entre los actos jurídicos privados y públicos existen notables diferencias, reseñaremos las más importantes, centrándonos en el acto jurídico público, que ha sido menos estudiado por la doctrina:

a) Formalidades: los actos jurídicos privados son, por regla general, consensuales (pese a que el art. 1443 no lo señala expresamente). Esto debido a que el principio del consensualismo es una consecuencia directa de la autonomía de la voluntad. Los actos jurídicos públicos son, por regla general, formales. Las decisiones que adopta la Administración frecuentemente deben consignarse o traducirse en un documento formal⁴⁰ donde quede constancia de lo decidido, ésta es la única manera de controlar su juridicidad.⁴¹ Lo mismo la ley y las resoluciones judiciales. El documento donde se contiene el acto jurídico público siempre será un instrumento público, ya que en él interviene “el competente funcionario” y es autorizado con “las solemnidades legales” (art. 1699 del Código Civil).

b) Causa-motivo: la doctrina tradicional sostiene que en el acto jurídico privado existen tres tipos de causa: final, ocasional y eficiente. En el acto jurídico público, específicamente en el administrativo, se habla de “motivo”, esto es, una necesidad calificada como pública por el legislador y que ha sido puesta por éste a cargo de un específico órgano de la Administración para que él concurra a su satisfacción; la motivación del acto administrativo (hechos y fundamentos de derecho, arts. 11 inc. 2° y 41 inc. 4° y final de la Ley 19.880) se expresa en los “considerandos” del acto.⁴² La sentencia judicial tiene “consideraciones de hecho y de derecho” que sirven de fundamento a la sentencia. Respecto de la legislación podemos hablar de “fuentes materiales” de tal o cual norma.

⁴⁰ El art. 3° inc. 2° de la Ley 19.880 define acto administrativo como una decisión “formal”, los incs. 3° y 4° señalan que tanto los decretos supremos y las resoluciones son “órdenes escritas”.

⁴¹ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “La publicidad de los actos administrativos en la jurisprudencia judicial”, *RDJ*, T. 84 N° 1, 1989, pág. 24. No obstante, hay muchos actos administrativos verbales.

⁴² Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “Elementos del Acto Administrativo”, *Informe Constitucional* N° 894, 1993.

c) Imperatividad: cumpliendo con el principio de juridicidad, los actos públicos gozan de imperatividad, obligatoriedad y exigibilidad.⁴³ La ley crea derechos y deberes con generalidad y abstracción. La sentencia judicial es una norma mucho más concreta; según algunos, el verdadero derecho coercible. El acto administrativo también puede crear derechos u obligaciones en forma unilateral, sin necesidad de contar con la voluntad del obligado (a diferencia del acto jurídico privado, art. 1450 del Código Civil). En el ámbito privado es posible crear derechos en forma unilateral, aunque siempre es necesaria la aceptación del titular (art. 1449 del Código Civil), pero es imposible crear una obligación sin el consentimiento del deudor (art. 1450 del Código Civil).

d) Autotutela: la regla general en nuestro sistema es la heterotutela judicial. Para hacer cumplir una norma contenida en un acto jurídico privado es necesario recurrir a tribunales y el procedimiento será más o menos complejo dependiendo de la naturaleza del documento en el que se contenga. Excepcionalmente se contemplan casos de autotutela privada como la excepción de contrato no cumplido o la legítima defensa. Se han suscitado problemas en cuanto al no pago de suministros básicos y el "corte" de éstos. Los servicios básicos (electricidad o agua potable) eran servidos por empresas públicas, pero muchas de éstas han sido privatizadas, aunque los servicios suministrados están muy regulados. Para algunos es una forma de autotutela privada inconstitucional, para otros una resolución de contrato que opera *ipso facto*. Respecto a los actos jurídicos públicos, la ley es por cierto obligatoria, pero al ser abstracta y general, necesariamente requiere la actuación de los tribunales o la Administración para imponerse forzosamente. En todo caso, la mayoría de las normas se cumplen espontáneamente y estadísticamente la transgresión es residual. El juez es el que crea el "derecho real", tiene siempre acceso a la fuerza pública, la que recibe órdenes directas de los tribunales sin que pueda calificar sus decisiones (art. 73 incs. 3° y 4° de la Constitución). La Administración (que es la fuerza pública) cuenta sólo con autotutela declarativa y, excepcionalmente, con autotutela ejecutiva (marcadamente cautelar), siempre enmarcadas dentro del principio de legalidad. Es cuestionable entonces, dada la heterotutela jurisdiccional consagrada por la Constitución y el principio de igualdad ("en Chile no hay persona ni grupo privilegiado"), la autotutela general (y no bien implementada) dada por la Ley 19.880 a la Administración (arts. 50 y 51).

e) Control: los actos jurídicos públicos están sometidos a control, ya sea de constitucionalidad, legalidad, de mérito, etc. Este control es normalmente

⁴³ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 157 a 163. El profesor Soto Kloss destaca que el poder de imposición unilateral nace del deber de servicialidad y la obligatoriedad y exigibilidad no sólo dicen relación con los destinatarios, sino con las propias autoridades públicas.

de oficio, preventivo y lo efectúan diversos entes tales como el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, Contraloría, unidades de control interno, etc. Particularmente importante es el control de la actividad administrativa, quien está en contacto directo con los particulares y en posición "privilegiada" para dañar sus intereses. No es así en los actos jurídicos privados, donde el control es normalmente eventual, *a posteriori* y por los tribunales.⁴⁴

f) Procedimiento: el acto legislativo, el acto jurisdiccional y el acto administrativo están sometidos a un procedimiento de elaboración (art. 7° inc. 1° de la Constitución). En derecho privado no hay un "procedimiento" para generar actos jurídicos privados, más bien se distinguen etapas, que pueden o no presentarse todas (formación del consentimiento). El procedimiento para "producir" una ley o una sentencia judicial se encuentra regulado exhaustivamente en la Constitución y la legislación procesal. No existe un procedimiento único para elaborar actos administrativos, aunque pueden reconocerse ciertas etapas mínimas;⁴⁵ un procedimiento general y supletorio ha sido establecido recientemente por la Ley 19.880.⁴⁶ En el procedimiento administrativo, la regla general es el principio inquisitivo u "oficialidad"; éste comienza a iniciativa de ente administrativo y por excepción a petición de parte. Tanto en el procedimiento judicial como administrativo, las "formas" y trámites no son un fin en sí mismos, sino tan solo un instrumento del garantismo y eficiencia; así, si la omisión de alguna forma en el procedimiento no lesiona intereses particulares o no afecta el resultado, no provocará la nulidad de derecho público (principio de trascendencia).⁴⁷ Todos los procedimientos de derecho público deben cumplir con las exigencias establecidas por la Constitución ("rationales y justos", "debido" en otras palabras⁴⁸) y las normas dictadas conforme a ella (arts. 7° inc. 1°; 19 N° 3 inc. 5°; 60 N° 18 y 62 a 72 de la Constitución).

g) Declaración de nulidad e invalidación: la nulidad de los actos jurídicos privados debe ser declarada judicialmente; los particulares no pueden anular sus propios actos (arts. 1687 y 1689 del Código Civil). En cambio, la Admi-

⁴⁴ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República", en *Contraloría General de la República: 50 años de vida institucional*. Stgo., 1977.

⁴⁵ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, *El procedimiento administrativo: algunas nociones básicas*. Universidad de Chile. Stgo., 1983. Ver también ARÓSTICA, Iván, *Lecciones...*, págs. 14 a 25.

⁴⁶ La Ley 19.880 establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, siguiendo el tenor del art. 60 N° 18 de la Constitución.

⁴⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los actos procesales, Tomo II*. Stgo., 1997, pág. 472.

⁴⁸ En materia de procedimiento administrativo, ver art. 4° de la Ley 19.880; en materia procesal penal, art. 1° CPP. Respecto al proceso civil, disposiciones a lo largo de todo el CPC. Ver TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma", en *Tribunales, jurisdicción y proceso*. Stgo., 1994, págs. 44 a 72. Del mismo, ver "El debido proceso", en *El proceso en acción*. Valparaíso, 2000, págs. 533 a 552.

nistración debe y puede dejar sin efecto los actos que dicte en contravención a derecho (art. 53 Ley 19.880), en la medida en que no afecte los intereses de particulares (en cuyo caso sólo pueden hacerlo los tribunales; la invalidación es una potestad administrativa que tiene límites precisos). En materia judicial, existe la declaración de oficio de la nulidad procesal (arts. 83 inc. 1° y 775 inc. 1° del CPC). En el caso de la ley, los parlamentarios pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre un determinado proyecto (aunque en algunos casos el control del Tribunal Constitucional es necesario y existe como un trámite legislativo adicional, como en las LOC).

5. Personas jurídicas de derecho público y privado

Tanto en derecho privado y público encontramos entes dotados de personalidad jurídica. En derecho privado existen, frente a las personas naturales, diversos tipos de entidades colectivas, algunas de ellas personas jurídicas. Dentro de estas últimas, sociedades en sus diversas especies: corporaciones; fundaciones; sindicatos; cooperativas, etc. Frente a estas personas jurídicas también coexisten "grupos intermedios" que carecen de personalidad jurídica. En derecho público sólo encontramos personas jurídicas, y la más importante es el Estado-fisco, que engloba a todos los entes estatales sin personalidad jurídica (el Poder Judicial, el Congreso y toda la Administración centralizada).⁴⁹ Frente a él, se encuentran todos los entes administrativos descentralizados, como las municipalidades, los gobiernos regionales o las empresas del Estado.⁵⁰ Entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado hay múltiples y notables diferencias:

a) **Ámbito de acción:** la actuación de las personas de derecho público se encuentra limitada por el principio de legalidad habilitante, de esta forma, sólo pueden hacer aquello que la Constitución o la ley expresamente les autoriza; y actualizada su competencia, se somete al derecho considerado en su conjunto. Las personas jurídicas de derecho privado tienen un ámbito de acción mucho más amplio, puesto que se les aplica el principio de autonomía de la voluntad. Será el estatuto social el que delimitará su esfera de actuación respetando los límites precisos y expresos que determine la ley. No obstante, por la complejidad de la vida económica y los riesgos que ésta implica, la ley ha establecido sociedades de "giro único" como las AFP, las Isapres o los bancos, donde los límites, restricciones y regulaciones

⁴⁹ Dejamos de lado el tema de las iglesias. Ver SALINAS ARANEDA, Carlos, "Una primera lectura de la ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas", *Revista de Derecho de la UCV* XX-1999, págs. 299 y ss.

⁵⁰ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "La organización de la administración del Estado: un complejo de personas jurídicas", *Gaceta Jurídica* N° 73, 1986, págs. 16 y ss.

a su actividad son numerosos. Asimismo, el Estado tiene sociedades en las que “participa”. La amplitud de su ámbito de acción ha sido un tema discutido.

b) Origen: las personas jurídicas de derecho público tienen su origen exclusivo en la Constitución o la ley. Las personas jurídicas de derecho privado se crean por medio de contratos o incluso por testamento.⁵¹ Actualmente, bastan aquellas fuentes y no se necesita de reconocimiento por parte de la Administración, salvo los casos puntuales de las corporaciones y fundaciones (arts. 546 y 559 del Código Civil); los bancos (art. 27 inc. 2° del DFL 252/60, texto refundido y sistematizado de la Ley General de Bancos); bolsas de valores (art. 41 de la Ley 18.045); las compañías de seguros (art. 3° letra a) del DFL 251/31; art. 126 inc. 1° de la Ley 18.046); las Isapres (art. 24 de la Ley 18.933); etc.

c) Control: los entes públicos están sujetos a una fiscalización permanente, no sólo por vínculos de jerarquía o supervigilancia, sino también por parte de la Contraloría y los tribunales. De esta manera se garantiza el cumplimiento del principio de juridicidad y se previenen o reprimen los excesos. Por regla general, las personas jurídicas de derecho privado no se encuentran sujetas a un control permanente y la posible fiscalización es sólo sobre puntos específicos, como el aspecto tributario, libre competencia, la protección al consumidor, etc.; esto sin perjuicio del control que puedan ejercer los tribunales a iniciativa de particulares. No obstante, determinadas personas jurídicas privadas, por manejar intereses de terceros, se encuentran sometidas a fiscalización permanente por la Administración, como los bancos e instituciones financieras, las AFP, compañías de seguro o las Isapres.

d) Elemento financiero: las personas jurídicas de derecho privado se financian con fondos provenientes de particulares, ya sean aportes, utilidades, cuotas, donaciones, etc. (sin perjuicio de la actividad estatal de fomento). Las personas jurídicas de derecho público se financian con el Erario Nacional y los fondos son asignados por medio de la Ley de Presupuesto. Sin embargo, algunos entes tienen ingresos propios provenientes de tasas, servicios, etc.

El Estado ha ejercido actividad empresarial a través de las empresas estatales y las sociedades del Estado, lo que ha generado ciertas complicaciones. Por aplicación del principio de subsidiariedad, siempre la acción estatal en el campo empresarial es excepcional: sólo para actividades vedadas a los

⁵¹ Las fundaciones no nacen con el solo testamento, ésta es la causa remota. Para que existan como personas jurídicas necesitan un decreto supremo (art. 546 del Código Civil; Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica).

particulares o falta de interés o capacidad de los privados.⁵² Las empresas y sociedades del Estado tienen personalidad y patrimonio propio; necesitan de una ley de quórum calificado previa, expresa y específica. Su régimen jurídico ha sido objeto de discusión, al regularse por normas en apariencia contradictorias, y por el “cambio de filosofía” económica del constituyente.⁵³ Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público; no lo son las sociedades del Estado. Estas características hacen que, en mayor o menor medida, se aplique el derecho público. No obstante, el art. 19 N° 21 de la Constitución señala que a éstas se les aplica el “derecho común” (o sea, el privado). A primera vista, como dijimos, parece una contradicción; sin embargo, cada área del derecho se aplica en ámbitos distintos. Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público creadas por ley⁵⁴ que integran la administración del Estado,⁵⁵ cuyo fin es “desarrollar” una actividad empresarial con el objetivo de satisfacer una necesidad pública. Por ser parte de la Administración, se les aplica el derecho público tanto en su “ser” como en su “obrar”. El hecho de que el art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución las someta a “la legislación común” implica que no se pueden establecer privilegios que signifiquen discriminar a los privados, haciéndoles competencia desleal. Además, las relaciones entre dichas empresas y terceros se someten también al derecho privado. Pero su organización, funcionamiento, la relación laboral, el régimen de bienes y el aspecto financiero se someten al derecho público.⁵⁶ Las sociedades del Estado, en cambio, son personas jurídicas de derecho privado en que el Estado o sus organismos “participan” (un término bastante amplio). Algunas de éstas son herencia de un Estado hipertrofiado (anterior a la Constitución de 1980) o son antiguas sociedades estatales o servicios públicos privatizados, donde el Estado o sus organismos “participan” de alguna forma. Las sociedades del Estado no son creadas por ley y carecen de potestades públicas; su fuente directa es el contrato de sociedad, pero para que el Estado cree o participe en una sociedad debe estar expresamente autorizado por una LQC. Después de esa autorización al Estado, la ley delega al Presidente la determinación de sus derechos, obligaciones y patrimonio y, finalmente, debe dictarse un acto administrativo aprobatorio (sujeto a toma

⁵² Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 109.

⁵³ En efecto, durante la vigencia de la Constitución de 1925 el Estado creció de manera extraordinaria, sobre todo en la gestión empresarial. La filosofía de fondo era la sustitución de importaciones y el desarrollo “hacia dentro”, unidos a una atmósfera política cada vez más socializante. Con el Gobierno Militar y la Constitución de 1980 el ordenamiento económico cambia radicalmente bajo el alero del principio de subsidiariedad y la economía de libre mercado. El gobierno del Presidente Pinochet puso en práctica estas ideas privatizando empresas estatales y regulando la actividad empresarial del Estado. Sobre la progresiva estatización de la economía, ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, págs. 13 a 30. Sobre el proceso privatizador, lo mismo, págs. 31 a 49.

⁵⁴ Arts. 19 N° 21 y 64 inc. 4° N° 2 de la Constitución.

⁵⁵ Arts. 1° inc. 2° y 21 inc. 2° de la LOC 18.575.

⁵⁶ Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, págs. 109 a 112.

de razón) que concretice su participación. Las sociedades del Estado no forman parte de la Administración del Estado (aunque son una forma de manifestación de éste, son órganos del Estado) ni poseen potestades públicas (art. 6° de la LOC 18.575), por eso se les llama frecuentemente "administración invisible". El derecho privado se aplica a su organización, funcionamiento, régimen laboral y bienes, en caso que la ley no disponga otra cosa. En su relación con particulares también se aplica el derecho común. El derecho público se aplica respecto de la actuación de sus partícipes de derecho público. Sin embargo, se encuentran afectas a fiscalización de la Contraloría en cuanto a la regularidad de sus operaciones, responsabilidad de sus trabajadores e información para el balance nacional.⁵⁷ El problema es si su giro puede ampliarse con la simple modificación de su estatuto social; una interpretación coherente y finalista del ordenamiento hace concluir que necesariamente se requiere una LQC.⁵⁸⁻⁵⁹

6. Interpretación y aplicación de la ley

Debido al carácter exorbitante de las potestades del Estado, en derecho público no procede la analogía ni la interpretación extensiva. Esto no es más que una forma de proteger a los particulares frente al poder. Un claro ejemplo es la tipicidad penal: la conducta delictiva debe estar descrita por el legislador y debe interpretarse en términos restrictivos. Si la conducta no encuadra en un tipo penal, simplemente no hay delito y no corresponde aplicar pena, aunque el acto sea moralmente reprochable. Lo mismo en materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva. Algo similar sucede en materia de atribuciones de entes estatales.⁶⁰ En cambio y concordante con lo anterior, tratándose de derechos fundamentales, debe interpretarse en forma extensiva. En derecho privado procede la analogía y la interpretación extensiva. Hay un aspecto de la interpretación en que el derecho privado se une al público. Para salvaguardar el principio de supremacía constitucional entre varias interpretaciones posibles, debe preferirse aquella que concuerda con la norma de rango superior.⁶¹ De este modo, siempre prima el derecho público.

⁵⁷ Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 120.

⁵⁸ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "Las sociedades del Estado", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II/ N° 2, julio-diciembre 2000, págs. 33 y ss.

⁵⁹ En materias de sociedades de derecho privado, el giro está establecido en la escritura social. Si el administrador actúa fuera de éste, los actos son inoponibles a la sociedad.

⁶⁰ Se ha fallado que si el Superintendente de Bancos interviene una institución bancaria, debe asumir "personalmente" las funciones del directorio y del gerente, en consecuencia no puede delegar la totalidad de dichas funciones en otro funcionario. No se aplican las normas del mandato, ya que se trata de materias de derecho público, donde no cabe la analogía ni la interpretación extensiva. "Bco. Continental con Bahamondes y otros", *RDJ*, T. 81 N° 1, 1984, sec. 2°, págs. 11 y ss. Apelación. Corte Stgo.

⁶¹ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

7. Juicios entre particulares y aquellos en que tiene interés el Fisco

Los juicios en que tiene interés el Fisco se tramitan de acuerdo a un procedimiento especial denominado "juicio de hacienda" (arts. 748 a 752 del CPC). No se pueden embargar ni rematar bienes fiscales; por lo tanto, la sentencia condenatoria se cumple a través de un decreto que autoriza el pago por Tesorería, los que se imputan a un ítem de la Ley de Presupuesto; la ejecución entonces es administrativa y no jurisdiccional. No obstante, el Estado no es sólo el Fisco; junto a él existen entes descentralizados.⁶² En cambio, cuando se condena patrimonialmente a los particulares, la sentencia se cumple por procedimientos ejecutivos donde se embargan bienes y se rematan para pagar al deudor. Por el derecho de prenda general, el deudor garantiza con todo su patrimonio el cumplimiento de sus obligaciones y la embargabilidad es la regla general.

8. Régimen laboral: Estatuto Administrativo y Código del Trabajo

El régimen laboral del sector público es distinto al del sector privado (indiscutiblemente en ambos hay relación laboral). Los funcionarios de la Administración del Estado (Poder Ejecutivo) se rigen mayormente por el Estatuto Administrativo (en realidad no es uno, sino varios; existen estatutos especiales para los funcionarios municipales, FF.AA., Carabineros, Gendarmería, etc., distintos a la Ley 18.834, que es el estatuto más general); el personal del Poder Judicial se regula por el Código Orgánico de Tribunales y los funcionarios del Poder Legislativo se rigen por las normas constitucionales generales, la LOC 18.918 (en especial su art. 2º) y los reglamentos de cada Cámara (lo no regulado, se aplica la Ley 18.834). Estos dos textos son también, en sentido amplio o *institucional*, Estatuto Administrativo. En cambio, los trabajadores del sector privado se rigen por el Código del Trabajo. No se trata sólo de cuerpos normativos distintos, sino que se aplican principios y regulaciones muy diferentes. El ejercicio de la función pública, cuyo fin último es servir a la comunidad, tendrá características especiales tendientes a lograr dicho objetivo. Así, ambos regímenes laborales tienen múltiples diferencias; por ejemplo, en materia de estabilidad en el empleo, en derecho privado existe un sistema de libre despido con indemnización; en derecho público hay estabilidad en el empleo

⁶² Parte de los bienes de las municipalidades sí son embargables, y nuestros tribunales han sostenido que no procede aplicar las reglas del juicio de hacienda al reclamar perjuicios a una municipalidad, porque el "Fisco" no tiene interés, ya que la municipalidad es un ente descentralizado. Es insuficiente la circunstancia que la municipalidad demandada sea una corporación de derecho público para dar al proceso un carácter de juicio de hacienda. *Gaceta Jurídica* N° 64, 1985, págs. 46 y ss. Corte Suprema. Queja. Lo mismo respecto de los Servicios de Salud, éstos tienen personalidad propia distinta del Fisco; "Castro Oddershere con Servicio de Salud Coquimbo", *Revista Fallos del Mes* N° 376, marzo 1990, págs. 38 y ss. Corte Suprema. Queja (en especial considerandos 2 y 5).

y el funcionario no puede ser removido de su cargo sino por causal legal. El jerarca no es "dueño" del servicio y, por lo tanto, no tiene la libertad de "despedir" y "contratar" discrecionalmente. Como el Estado existe para lograr el bien común, el servicio debe ser el mejor posible y esto se garantiza mediante la carrera funcionaria. La vida privada de los trabajadores del sector privado es irrelevante en la medida que no afecte a la empresa donde se desempeñan; en el sector público, en cambio, los funcionarios tienen el deber de comportarse según la dignidad que el cargo les demanda;⁶³ por lo tanto, su vida privada tiene relevancia. Las funciones que desempeña el Estado son esenciales para mantener la vida social y los ciudadanos deben confiar en las autoridades. Si se pierde esta confianza, el Estado deja de cumplir adecuadamente su fin. Lógicamente, si un juez o un policía incurrir en actos constitutivos de violencia familiar, la confianza de los potenciales agredidos se resiente; de allí a derivar en formas de autotutela sólo hay un paso. En cuanto a sindicación, los funcionarios del sector público tienen normas especiales (Ley 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, se excluyen la FF.AA. y las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa). Con relación a la huelga, la Constitución la prohíbe para los funcionarios del Estado (art. 19 N° 16 inc. 6° de la Constitución). Como deben satisfacer necesidades públicas en forma continua y permanente, la huelga atentaría contra dichos propósitos. Las empresas y sociedades del Estado se rigen por el derecho común (art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución); por lo tanto, se aplica el Código del Trabajo. Las empresas del Estado son parte de la Administración y el Código del Trabajo rige con carácter de estatuto para sus "funcionarios". Sin embargo, su pertenencia al Estado hace que el derecho privado no les sea totalmente aplicable.⁶⁴ Se ha planteado el problema de las indemnizaciones y el de los bonos de producción entre los altos ejecutivos de esas empresas y sociedades, aunque no se trata tanto del estatuto aplicable, sino de probidad administrativa.

9. Adquisición de bienes

Los particulares sólo pueden adquirir bienes por la vía voluntaria, necesitan contar con la voluntad del propietario. Como los privados adquieren cosas para satisfacer necesidades individuales, si algún particular desea un bien, para lograr su adquisición debe hacer la oferta correcta al dueño. Contra la voluntad de éste es imposible adquirir un bien de su propiedad.

⁶³ Según la jurisprudencia de la Contraloría, para incurrir en responsabilidad funcionaria, debe tratarse de actos que trasciendan a la vida social, de manera que comprometan el prestigio del servicio. Se ha estimado que vulnera este deber una funcionaria que agrede a una compañera al salir del trabajo, Dictamen 28.173/93.

⁶⁴ Para los efectos de la probidad administrativa y delitos funcionarios, los trabajadores de empresas y sociedades del Estado se consideran funcionarios públicos.

Si es un ente público el que necesita adquirir un bien para satisfacer una necesidad pública, dispone de la vía del derecho privado (pero dentro de un procedimiento administrativo, ver Ley 19.886), pero también cuenta con la potestad expropiatoria. El interés público siempre prima sobre el particular y la expropiación es una manifestación de ello. Por lo tanto, se puede despojar al dueño de su propiedad aun contra su voluntad (por eso la expropiación, como acto administrativo terminal, es esencialmente unilateral). Sin embargo, por la igualdad ante las cargas públicas y el principio de enriquecimiento sin causa, debe compensarse al titular del derecho expropiado con la correspondiente indemnización. De otra manera sería un acto injusto y por ende arbitrario y viciado.

10. Contratación pública y privada: Estado y contratos

Siempre que el Estado está presente como "parte" en la contratación se aplica el derecho público. El Estado está presente en varios tipos contractuales, pero de diferente forma. Uno de ellos es el contrato-ley, donde el Estado garantiza la estabilidad de determinadas franquicias para estimular a particulares a desarrollar actividades de interés general. El Estado está presente también en las obras públicas, pero no las ejecuta el mismo, sino que provee los fondos y elige a un contratante particular, el más apto (una aplicación del principio de subsidiariedad). Como la construcción de hospitales, carreteras, etc. satisface necesidades públicas y el interés de la colectividad está involucrado, estos contratos no se rigen por las mismas normas de derecho privado. Para la ejecución de obras públicas los entes estatales tienen una forma especial de contratación denominada "contratación administrativa". En estos contratos no siempre hay igualdad de las partes debido a que contienen "cláusulas exorbitantes", que en derecho privado se considerarían abusivas. En virtud de éstas, el Estado puede cambiar unilateralmente las condiciones del contrato; suspender las obras; sancionar al particular con multas; etc., en la medida en que la ley expresamente lo autorice. Todo lo anterior excepciona los principios contractuales privados debido al interés social involucrado. No obstante, la desigualdad y desequilibrio inicial deben ser compensados por un imperativo de justicia. Por eso se le reconoce al particular una acción de indemnización de perjuicios para obtener un equilibrio entre las prestaciones cumplidas por él y el justo pago que debe otorgarle el Estado. Lo anterior no es sino aplicación de la "justicia distributiva" aristoteliana. De no ser así, se vulneraría el principio de enriquecimiento sin causa y la equidad.

En derecho privado, las partes que intervienen en los contratos son particulares. Entre los privados hay igualdad jurídica y los principios contrac-

tuales se estructuran a partir de esa realidad; por lo tanto rige la “justicia conmutativa”. Sin embargo, el Estado interviene de alguna manera en el ámbito contractual privado. La primera forma de intervención es otorgar, a través de la legislación, un orden supletorio que facilita el tráfico jurídico. Estas normas conforman los “elementos de la naturaleza” del contrato y las partes pueden sustituirlos por medio de “elementos accidentales” (art. 1444 del Código Civil). Una forma de intervención estatal más fuerte es establecer, excepcionalmente, normas de orden público inderogables por la voluntad de las partes, como la prohibición de celebrar compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (art. 1796 del Código Civil); las incapacidades o la irrenunciabilidad de ciertos derechos. Si bien entre privados hay igualdad jurídica, la desigualdad económica es un factor que el derecho no puede desconocer. Así, el Estado interviene en forma más directa reconociendo la existencia de contratos de adhesión y aplicando técnicas de dirigismo contractual. Quizá la forma más extrema de intervención son los contratos forzosos, donde la libertad contractual en gran medida desaparece.

11. Régimen de bienes

Nuestro Código Civil reconoce la existencia de bienes públicos y bienes privados; por cierto la regulación es distinta, atendido su fin. Los bienes nacionales se subclasifican en bienes nacionales de uso público y bienes “fiscales”. Como el Código Civil no contempló el proceso de descentralización, su clasificación es incompleta; deberíamos agregar los bienes que pertenecen a entes con personalidad jurídica propia, como los municipales. Los bienes públicos se caracterizan por ser en su mayoría inembargables y porque su disposición se encuentra limitada y muy regulada, atendido el fin que persiguen. Además, los bienes públicos pueden ser objeto de actos administrativos, como los permisos y concesiones. Su regulación general se encuentra en los arts. 589 a 605 del Código Civil y el DL 1.939 de 1977. Los bienes privados se encuentran en manos particulares, su disposición queda entregada a sus dueños y la embargabilidad es la regla general, ya que no satisfacen necesidades públicas.

12. Ineficacia de actos jurídicos en derecho público y privado

El derecho privado reconoce varias formas de ineficacia, como la inexistencia o la inoponibilidad. La ineficacia de derecho privado se caracteriza porque sólo el particular puede hacerla valer y la intervención de los tribunales es fundamental, su actividad es insustituible. En derecho público existe una única sanción denominada “nulidad de derecho público”. Respecto a la nulidad de derecho público, hay gran controversia doctrinaria debido a

las pocas y escuetas normas en que se funda. Para algunos, esta nulidad tiene caracteres especiales, muy parecidos a la inexistencia: no necesita sentencia judicial que la constituya (si la hay, es simplemente declarativa, sólo constata que el acto nunca existió). Esto porque opera *ipso iure* o de pleno derecho. Como se asimila a la inexistencia, la nulidad de derecho público sería imprescriptible e imposible de convalidar (aun cuando la Ley 19.880 lo permite en su art. 13 inc. final). Dado su carácter público, tendría un titular amplio, cualquiera podría pedirla en la medida en que tenga interés procesal; sería de un solo tipo, inclasificable en absoluta y relativa, dado que la Constitución no distingue; finalmente, la nulidad de derecho público puede ser declarada por la misma Administración (lo que toma el nombre técnico de "invalidación"), en la medida en que no afecte a particulares.⁶⁵ Para otros, si bien reconocen características especiales a la nulidad de derecho público, ésta no operaría de pleno derecho y las sentencias que se pronuncian sobre ella serían constitutivas y no meramente declarativas. En la medida en que no se oponga a texto expreso, se aplicarían las normas del Código Civil en cuanto a la prescripción, siguiendo el tenor del art. 2497.⁶⁶

13. Regímenes de responsabilidad en derecho público y privado

En materia de responsabilidad, las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. La fuente de esta responsabilidad es constitucional y sólo cabe hablar de responsabilidad pecuniaria. Cuando el Estado interviene en la contratación administrativa, la acción indemnizatoria puede tener origen no sólo en el incumplimiento de la convención, sino en su modificación unilateral por el Estado (potestad que legítimamente puede ejercer si la ley lo autoriza, con las compensaciones del caso); posibilidad que no existe en el área privada. Es en materia de responsabilidad fuera del campo contractual donde la doctrina se encuentra más dividida. La responsabilidad del Estado, según parte importante de los autores y la jurisprudencia, es objetiva. Es decir, para que el Estado responda sólo es necesario que exista un acto u omisión; daño y relación de causalidad entre los anteriores. Para otros, la responsabilidad del Estado, sin ser subjetiva al estilo del Código Civil, tampoco es objetiva. El sistema aplicable es la "falta de servicio", que implica funcionamiento defectuoso o tardío según un *standard* o parámetro objetivo. La acción u omisión, el resultado dañoso y la relación de causalidad son insuficientes para que el Estado incurra en responsabilidad civil, es necesario además que se demuestre

⁶⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 163 a 244. Ver también MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público", *Documento de Trabajo* N° 56. Universidad de los Andes, Stgo., 2003.

⁶⁶ PIERRY ARRAU, Pedro, "Nulidad en el derecho administrativo", *Revista de Derecho de la UCV* XV-1995, págs. 79 y ss.

que el ente estatal no funcionó bajo el *standard* aceptable.⁶⁷ Cualquiera sea la postura que se tenga, es indudable que al Estado no se le pueden aplicar las mismas normas que a los particulares. El Estado (en especial la Administración) se encuentra en una posición "privilegiada" para lesionar intereses particulares debido a sus potestades públicas. La actividad estatal cotidiana, material o jurídica, puede afectar derechos y los desequilibrios patrimoniales deben ser compensados para que la acción estatal sea conforme a derecho y lograr la justicia distributiva. Es ocioso hablar de responsabilidad estatal "civil", "contractual o extracontractual": es imposible imaginar una responsabilidad estatal distinta a la pecuniaria y el Estado debe responder cada vez que altera la igualdad ante y en el derecho afectando la integridad de "lo suyo" de la víctima (porque no está obligada a soportarlo), siendo irrelevante la culpabilidad del agente productor del daño.⁶⁸ En oposición a lo anterior, la responsabilidad en derecho privado es subjetiva, salvo casos excepcionales que necesitan texto expreso.

V. Conclusión

La división entre derecho público y privado no es sólo una disquisición teórica, tiene una profunda importancia práctica y está arraigada en nuestra cultura jurídica; aun cuando la frontera entre una y otra área es difusa. Los tribunales, la Administración, el Poder Legislativo y todos los que se desenvuelven en el tráfico jurídico tienen presente esta distinción al realizar su labor. Hay numerosas categorías desarrolladas a partir de la teoría dualista, cuyas características esenciales analizamos en este trabajo. El identificar en qué zona del derecho ubicamos determinada institución es fundamental para comprender a cabalidad su verdadera naturaleza.

⁶⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", *RDJ*, T. 92 N° 2, 1995, págs. 17 y ss. Ver LETELIER WARTENBERG, Raúl, "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Revista de Derecho de la UCV XXII-2002*, págs. 333 y ss. También ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad (objetiva) del Estado", *Revista del CDE N° 2*, Stgo., diciembre 2000.

⁶⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 244 y ss. Ver también MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno", *Derecho de Daños*, Stgo., 2002, págs. 171 y ss.

La titularidad de la acción penal tributaria¹

Jaime García Escobar

Abogado del Consejo de Defensa del Estado

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El objetivo del presente artículo es analizar la problemática referida a la titularidad de la investigación respecto de conductas presuntamente constitutivas de delito tributario, y fundamentalmente estudiar quién es el titular en el ejercicio de la acción penal tributaria. Por otra parte, pretendemos citar algunos tipos penales tributarios existentes en el derecho comparado.

En nuestro país la investigación de las conductas presuntamente constitutivas de delito tributario, así como el ejercicio de la acción penal tributaria, han sido conferidas por la ley al Director del Servicio de Impuestos Internos.

En efecto, según lo dispuesto en el art. 161 N° 10 del Código Tributario (antes de la dictación de la Ley N° 19.806, de 31.05.2002), tratándose de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, le correspondía al Servicio de Impuestos Internos investigar los hechos que servirían de fundamento a la respectiva denuncia o querrela. A mayor abundamiento, el inciso segundo de la citada norma establecía que "Con el objeto de llevar a cabo la investigación previa a que se refiere el inciso precedente, el Director podría ordenar la aposición de sello y la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor. Por su parte, el art. 162 inciso primero del Código Tributario (anterior a la dictación de la Ley N° 19.806) ordenaba que los juicios criminales por delitos tributarios sancionados con pena corporal,

¹ En la redacción del presente artículo se ha tenido a la vista la tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas titulada "Titular de la Acción Penal Tributaria en el Derecho Chileno y Comparado", del egresado de la Universidad del Desarrollo don Patricio Villarroel Muñoz.

sólo podían ser iniciados por querrela o denuncia del Servicio, o del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director. Continuaba la norma señalando que cuando fueren iniciados por querrela o denuncia del Servicio, la representación y defensa del Fisco le correspondería sólo al Director por sí o por medio de mandatario. En el mismo sentido, la letra f) del art. 7º del D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, estatúa que al Director del Servicio le correspondía la tuición de los casos de investigación de delitos tributarios sancionados con alguna pena corporal y decidir si debía perseguirse la aplicación de esa pena ante los tribunales de justicia, interponiendo la correspondiente querrela o denuncia, para cuyo efecto podía, cuando lo estimase necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado.

Vale decir, la tuición en la investigación de conductas aparentemente constitutivas de delito tributario, así como la titularidad de la acción penal tributaria, le correspondía al Director del Servicio de Impuestos Internos, a través de la interposición de la correspondiente querrela o denuncia. Sin perjuicio de lo anterior, la citada autoridad podía, si así lo estimare, requerir al Consejo de Defensa del Estado para que este organismo la ejercitare.

Con fecha 7 de agosto de 1993, se publicó en el Diario Oficial el D.F.L. N° 1, de 28 de julio de 1993, sobre texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. El art. 3º en su numeral cuarto le otorgaba al Consejo el ejercicio y sostenimiento de la acción penal, en caso de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente, o a las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, tratándose especialmente de los delitos indicados en el art. 4º. Por su parte, esta última disposición señalaba que el Consejo de Defensa ejercería la acción penal determinada en el art. 3º N° 4, tratándose especialmente de delitos tales como: ... d) simples delitos previstos en el Código Tributario, sin perjuicio de las atribuciones que correspondían al Servicio de Impuestos Internos.

De esta forma, en la práctica forense se produjo una curiosa situación, pues el Consejo de Defensa del Estado podía hacerse parte en procesos en que pudiese existir la comisión de un delito tributario, sin el requerimiento del Servicio de Impuestos Internos, ello en la medida que se tratara de ilícitos penales sancionados con pena de simple delito.

Cambios introducidos por la Ley N° 19.806

Con fecha 31 de mayo de 2002, se publicó la Ley N° 19.806, que establece un conjunto de normas adecuatorias al establecimiento del procedimiento penal oral.

En materia de investigación de conductas presuntamente constitutivas de delito tributario, la ley le quitó esta facultad al Servicio de Impuestos Internos, ello en atención a lo dispuesto por el art. 80 A de la Constitución Política de la República, norma que dispone que: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista en la ley". Evidentemente que si por mandato constitucional el Ministerio Público en forma exclusiva es el órgano facultado para investigar conductas presuntamente constitutivas de delito, la facultad que poseía el Servicio de Impuestos Internos no guardaba relación con el texto de la Carta Fundamental.

Es así como el art. 43 de la Ley N° 19.806 modificó el art. 161 N° 10 del Código Tributario, señalando que en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal le corresponde al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162 inciso tercero. La norma en comento mantiene para el Servicio las facultades de ordenar la aposición de sello y de incautar libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor.

Por su parte, el art. 162 del código impositivo señala: "Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela también podrá ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director." Para el caso en que el Director decida no ejercer la acción penal, éste podrá enviar los antecedentes a la Dirección Regional que corresponda a fin de que se aplique la multa que correspondiere de acuerdo a lo dispuesto en el procedimiento que contempla el art. 161 del Código Tributario.

El art. 44 de la Ley N° 19.806 ordenó la modificación de las normas que establece el D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, el art. 7° letra f) le otorga al Director del Servicio la facultad de ejercer la tuición administrativa de los casos en que se

hubieren cometido infracciones sancionadas con multa y pena corporal, respecto de los cuales el Servicio efectuará la recopilación de antecedentes destinada a fundamentar la decisión a que se refiere la atribución contemplada en la letra g), esto es, decidir si ejercerá la acción penal por presuntos delitos tributarios. En este caso, puede requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado.

La ley adecuatoria también modificó la intervención del Consejo de Defensa en los procesos por delitos tributarios. En efecto, el art. 3° de la citada ley, derogó el art. 4° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, disposición que le otorgaba acción al presidente de esta institución, tratándose de delitos tributarios sancionados con pena de simple delito.

Titularidad del ejercicio de la acción penal tributaria en el derecho comparado

Se pasará breve revista a la situación de la titularidad en el ejercicio de la acción penal tributaria en diversos países, así como se citarán tipos penales tributarios existentes en el derecho comparado. Los países cuya normativa se analizará son los siguientes:

1) Argentina

La Ley N° 24.769, de 19 de diciembre de 1996, es la que tipifica los delitos tributarios y establece quién es el titular de la acción penal tributaria, que en este caso es el recaudador de los tributos, denominado Procuraduría del Tesoro de la Nación.

Cabe resaltar que en el sistema argentino, si la deuda fiscal no excede de determinados montos, el órgano recaudador no ejerce la denuncia penal. Ahora bien, la formulación de la denuncia penal no impide la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la determinación y ejecución de la deuda tributaria, pero la autoridad administrativa se abstendrá de aplicar sanciones hasta que sea dictada la sentencia definitiva en sede penal. Evidentemente esta norma pretende impedir la existencia de sentencias contradictorias, toda vez que si el cobro del impuesto se lleva a efecto a través de un procedimiento ejecutivo que tiene por objeto embargar y rematar bienes, perfectamente los efectos de la sentencia que se dicta en sede criminal pueden afectar al impuesto determinado, en circunstancias que ya se ha procedido a la realización de los bienes del contribuyente.

En todo caso, ésta es la norma que se aplica en nuestro derecho tributario. En efecto, el inciso quinto del art. 162 del Código Tributario establece que la interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Director Regional para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente. Ahora bien, la solución a este problema no siempre fue de esta forma en nuestro derecho; en efecto, el inciso antes citado proviene de la modificación dispuesta por la Ley Nº 19.506, de 1997, toda vez que antes de la dictación de ésta el Director Regional no podía dictar sentencia en el proceso de reclamación tributaria, hasta que quedase ejecutoriada la sentencia en el proceso criminal.

En Argentina, los ilícitos penales se encuentran contemplados en la Ley Nº 24.769. Por su parte, las meras contravenciones fiscales son reguladas a través de lo dispuesto en la Ley Nº 11.683.

El art. 1 de la Ley Nº 24.769 sanciona la evasión fraudulenta en el pago del tributo, siempre que la suma exceda de los \$ 100.000.

El art. 2 de la referida norma legal establece la evasión agravada, que está dada solamente por el hecho consistente en que ésta supere el millón de pesos.

El art. 3 de la ley en comento sanciona el aprovechamiento indebido de subsidios, por inducción a error del Estado. Se trata de un desprendimiento patrimonial de éste.

2) Estados Unidos de América

En este país, la persecución del delito tributario está entregada a la División de Investigación Criminal dependiente del Departamento del Tesoro.

Ahora bien, los fiscalizadores del Servicio de Rentas Internas realizan tareas destinadas a descubrir los hechos tributarios que son ocultados a la Administración, así como también verificar y controlar los documentos que presentan los contribuyentes. Esa labor significa un análisis contable y jurídico. El primero de ellos lo realiza la división de inspección, mientras que la función investigadora es propia de la división de investigación criminal.

Al presentarse un caso, éste es adjudicado a un agente especial, quien fiscalizará el cumplimiento tributario del contribuyente, recomendando que el asunto termine vía administrativa o que se someta a procesamiento a

aquél. Si la decisión es de procesar al contribuyente por hechos presuntamente constitutivos de delito tributario, éste puede reclamar de ésta ante el Director del Departamento de Investigación Criminal. Al efecto se designa un abogado, que analiza los descargos del contribuyente, emitiendo el correspondiente informe al Director del Departamento, en que se puede:

a) Poner fin a la formación del expediente criminal.

b) Devolverlo al agente especial, si aprecia que faltan antecedentes.

c) Remitir el expediente al Departamento de Justicia con un informe para el procesamiento a la sección criminal de la división de impuestos. En esta instancia, el contribuyente también puede reclamar ante el Departamento de Justicia. La División de Impuestos puede devolver el expediente al Servicio de Rentas Interiores a fin de que se complete la investigación o entregar los antecedentes a un fiscal, con la recomendación de procesar al sujeto. El fiscal revisará los detalles del caso junto al contribuyente, pudiendo declinar de la intensión de procesamiento remitiendo los antecedentes al Departamento de Justicia, o proceder al procesamiento, pudiendo en este caso llegar a un acuerdo con el propio contribuyente, denominado "*plea bargain*", oportunidad en que se pueden negociar los cargos que se presentarían en su contra.

3) Uruguay

En este país el titular de la acción penal tributaria es el Director General de Rentas, vale decir, se presenta la misma situación que en Chile.

Ahora bien, el art. 110 del Código Tributario de ese país sanciona al que mediante fraude obtuviera para sí o para un tercero un enriquecimiento indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, siendo castigado con la pena de seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Por otra parte, el art. 111 del referido cuerpo legal señala que el que instigare públicamente a rehusar o demorar el pago de los tributos o efectuar maniobras concertadas tendientes a organizar la negativa colectiva al cumplimiento de las obligaciones tributarias, será castigado con la pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

4) Perú

Al Ministerio Público le corresponde ejercitar la acción penal, pero sólo a petición de parte agraviada. Al efecto se considera parte agraviada al órgano administrador del tributo (que es la Superintendencia Nacional de Ad-

ministración Tributaria –SUNAT), a quien le corresponde realizar la investigación administrativa cuando existan presunciones en cuanto a la comisión de un delito tributario.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 189 del Código Tributario (Decreto Supremo N° 135-99EF), publicado el 19 de agosto de 1999, no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia por delito tributario por parte del Organismo Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas conductas constitutivas de delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de éste, el Organismo Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento con relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas.

Ahora bien, el Congreso de la República del Perú, por Ley N° 26557, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las normas relacionadas con impuestos, contribuciones, aportaciones y demás tributos y normas tributarias, a fin de introducir ajustes técnicos, simplificar y uniformar los procedimientos, precisar la vigencia y cobertura de los regímenes especiales, entre otros aspectos, así como armonizar las normas relativas al delito tributario y los cambios que éstos demanden en el Código Penal y demás normas pertinentes, entre otras materias, en virtud del cual se dictó el Decreto Legislativo N° 813, que estableció los siguientes delitos:

i) Artículo 1. El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa.

ii) Artículo 2. Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo anterior:

a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar.

b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes y reglamentos pertinentes.

iii) Artículo 3. El que mediante la realización de las conductas descritas en los Artículos 1 y 2 del presente Decreto Legislativo, deja de pagar los tributos a su cargo durante un ejercicio gravable, tratándose de tributos de liquidación anual, o durante un período de 12 (doce) meses, tratándose de tributos de liquidación mensual, por un monto que no exceda de 5 (cinco) Unidades Impositivas Tributarias vigentes al inicio del ejercicio o del último mes del período, según sea el caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa.

iv) Artículo 4. La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa cuando:

a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.

b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización.

v) Artículo 5. Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables:

a) Incumpla totalmente dicha obligación.

b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables.

c) Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.

d) Destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación.

5) Venezuela

En la Gaceta Oficial N° 1.660, de 21 de junio de 1974, se publicó la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que otorga la titularidad de la acción penal a los Fiscales Nacionales de Hacienda. Ahora bien, la Contraloría de la Nación es quien, a través de su Departamento Jurídico (que se encuentra a cargo de un abogado), debe poner en conocimiento de los Fiscales los hechos que revisten caracteres de delito tributario, sin perjuicio que en los procesos por contravención a las leyes fiscales se pueda proceder de oficio, a instancia de los empleados fiscales o por denuncias de cualquier otro funcionario o particular.

El Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial de Venezuela N° 37.305, de 17.10.2001, define en su art. 80 la infracción tributaria como toda acción u omisión violatoria de las normas tributarias. La norma en cuestión clasifica los ilícitos tributarios en: ilícitos formales; ilícitos relativos a las especies fiscales y gravadas; ilícitos materiales; y los ilícitos sancionados con pena restrictiva de libertad.

El art. 115 del citado cuerpo legal señala que constituyen ilícitos sancionados con pena restrictiva de libertad:

- a) La defraudación tributaria.
- b) La falta de enteramiento de anticipos por parte de los agentes de retención o percepción.
- c) La divulgación o el uso personal o indebido de la información confidencial proporcionada por terceros independientes que afecte o pueda afectar su posición competitiva, por parte de los funcionarios o empleados públicos, sujetos pasivos y sus representantes, autoridades judiciales y cualquiera otra persona que tuviese acceso a dicha información.

El art. 116 del Código Orgánico Tributario dispone que incurre en defraudación tributaria el que mediante simulación, ocultación, maniobra o cualquiera otra forma de engaño induzca a error a la Administración Tributaria y obtenga para sí o un tercero un enriquecimiento indebido superior a 2.000 unidades tributarias a expensas del sujeto activo de la percepción del tributo. Este delito se sanciona con prisión de seis meses a siete años.

Si la defraudación se ejecuta mediante la obtención indebida de devoluciones o reintegros por una cantidad superior a cien unidades tributarias, será sancionada con prisión de cuatro a ocho años.

Por su parte, el art. 117 establece una figura de gran interés, es lo que el Código denomina "indicios de defraudación". Esta disposición establece una nómina de quince casos de indicio de defraudación, entre los cuales podemos citar: no entregar facturas u otros documentos obligatorios; emitir o aceptar facturas cuyo monto no coincide con el correspondiente a la operación real; aportar información falsa sobre las actividades o negocios; etc.

El art. 118 sanciona con prisión de dos a cuatro años a quien con intención no entere las cantidades retenidas o percibidas de los contribuyentes, responsables o terceros, dentro de los plazos establecidos en las disposiciones respectivas, y obtenga para sí o para un tercero un enriquecimiento indebido.

Finalmente, el art. 119 castiga con prisión de tres meses a tres años a quienes divulguen información confidencial.

6) Bolivia

De acuerdo al art. 183 del nuevo Código Tributario, establecido a través de la Ley N° 2.492, que entró en vigencia el 4 de noviembre de 2003, la acción penal tributaria es de orden público y será ejercida de oficio por el Ministerio Público, con la participación que el propio Código le reconoce a la Administración Tributaria acreedora de la deuda tributaria en calidad de víctima, que podrá constituirse como querellante.

El art. 184 del Código boliviano establece una norma que parece de toda procedencia y utilidad, que es la siguiente: los Tribunales de Sentencia en Materia Tributaria estarán compuestos por dos jueces técnicos especializados en esta materia y tres jueces ciudadanos. Sin duda la complejidad del tema tributario requiere jueces cada día más especializados, cuestión que reconoce el proyecto de ley de Tribunales Tributarios, actualmente en discusión en la Cámara de Diputados de nuestro país.

Por otra parte, el art. 185 del referido cuerpo legal tributario señala que el Ministerio Público dirigirá la investigación de los delitos tributarios y promoverá la acción penal tributaria ante los órganos jurisdiccionales, con el auxilio de equipos multidisciplinarios de investigación de la Administración Tributaria.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 175 del Código boliviano son delitos tributarios:

- a) Defraudación tributaria.
- b) Defraudación aduanera.
- c) Instigación pública a no pagar tributos.
- d) Violación de precintos y otros controles tributarios.
- e) Contrabando.
- f) Otros delitos aduaneros tipificados en leyes especiales.

En general, la pena privativa de libertad es de tres a seis años, sin perjuicio de otras penas, tales como las de multa, comiso e inhabilitación especial.

7) Estados Unidos de México

En este país la autoridad que posee la facultad de iniciar la acción penal tributaria es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien interpondrá la respectiva querrela, debiendo actuar conjuntamente con el Ministerio Público.

Para proceder penalmente por delitos fiscales es necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y de Crédito cumpla los siguientes requisitos:

- a) Formule querrela.
- b) Declare que el fisco federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en los casos de contrabando o robo de mercaderías en recintos fiscalizados; y
- c) Formule la declaratoria correspondiente en los casos de contrabando de mercancías por las que no deban pagarse impuestos y requieran permiso de autoridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido.

Existiendo una gran cantidad de infracciones tipificadas en la ley mexicana, a título meramente ejemplar podemos citar algunas estatuidas en el Código Fiscal de la Federación, ellas son las siguientes:

El artículo 108 del Código Mexicano señala que comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un

beneficio indebido con perjuicio del fisco federal. La omisión total o parcial de alguna contribución a que se refiere el párrafo anterior comprende, indistintamente, los pagos provisionales o definitivos o el impuesto del ejercicio en los términos de las disposiciones fiscales. El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$500,000.00.

II. Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$500,000.00, pero no de \$750,000.00.

III. Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$750,000.00.

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión.

El delito de defraudación fiscal y los previstos en el artículo 109 de este Código serán calificados cuando se originen por:

a) Usar documentos falsos.

b) Omitir expedir reiteradamente comprobantes por las actividades que se realicen, siempre que las disposiciones fiscales establezcan la obligación de expedirlos.

c) Manifestar datos falsos para obtener de la autoridad fiscal la devolución de contribuciones que no le correspondan.

d) No llevar los sistemas o registros contables a que se esté obligado conforme a las disposiciones fiscales o asentar datos falsos en dichos sistemas o registros.

e) Omitir contribuciones retenidas o recaudadas.

No se formulará querrela si quien hubiere omitido el pago total o parcial de alguna contribución u obtenido el beneficio indebido conforme a este artículo, lo entera espontáneamente con sus recargos y actualización antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales.

El artículo 109 del Código Fiscal establece que será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

I. Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba dividendos, honorarios o en general preste un servicio personal independiente o esté dedicada a actividades empresariales, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento señalado en el artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

II. Omite enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado.

III. Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal.

IV. Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

V. Sea responsable por omitir presentar, por más de doce meses, la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente.

No se formulará querrela si quien, encontrándose en los supuestos anteriores, entera espontáneamente, con sus recargos, el monto de la contribución omitida o del beneficio indebido antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales.

8) Costa Rica

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 90 del Código Tributario de Costa Rica, en los supuestos en que la Administración Tributaria estime que las irregularidades detectadas pudieran ser constitutivas de delito, deberá presentar la denuncia ante el Ministerio Público y se abstendrá de seguir con el procedimiento administrativo sancionador y de determinación de la obligación tributaria, hasta que la autoridad judicial dicte sentencia firme o tenga lugar el sobreseimiento.

Entre los delitos que tipifica la normativa de este país, a modo de ejemplo podemos citar los siguientes:

1. El art. 92 señala que cuando la cuantía de lo defraudado exceda de doscientos salarios base, se sanciona con prisión de cinco a diez años a quien induzca a error a la Administración Tributaria, mediante simulación de datos, deformación o ocultamiento de información verdadera o cualquiera otra forma de engaño idónea para inducirla a error, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial, una exención o una devolución de la Hacienda Pública.

2. El art. 93 dispone que el agente retenedor o perceptor de tributos o el contribuyente del impuesto general sobre ventas y del impuesto selectivo de consumo que, tras haberlos retenido o percibido o cobrado no los entregue al Fisco dentro del plazo debido, será sancionado con prisión de cinco a diez años, siempre que la suma supere doscientos salarios base.

El inciso tercero de este artículo expresa que se considera como excusa legal absoluta el hecho de que el sujeto pasivo repare su incumplimiento sin que medie requerimiento ni acción alguna de la Administración Tributaria para obtener la reparación.

9) Italia

En este país la titularidad de la acción penal tributaria le corresponde al Ministerio Público. Ahora bien, la investigación la realizan las Oficinas Fiscales.

Los funcionarios públicos tributarios están obligados a rendir cuenta a la autoridad judicial apenas tengan conocimiento de un hecho que revista las características de delito tributario.

La Fiscalía de la República puede cerrar las causas solicitando que éstas sean archivadas si considera que la denuncia o el informe resulta ser manifiestamente infundado, en caso contrario se incoa el proceso penal y el contribuyente pasa a transformarse en "investigado".

10) Alemania

En este país la normativa tributaria no se encuentra establecida en el Código Penal, sino en la Ordenanza General Tributaria.

Ahora bien, frente a la sospecha de comisión de un delito tributario, se comienza la investigación por parte del Ministerio Público, quien además resulta ser el legitimado activo en el ejercicio de la acción penal tributaria. El legislador ha establecido una norma especial para el caso de los delitos tributarios de defraudación, situación en la cual será competente el Servicio de Hacienda. Sin perjuicio de la participación que pueda desarrollar el Ministerio Público.

Cuando la autoridad de hacienda sospecha de la comisión de un delito tributario, en primer lugar debe determinar si los hechos se han cometido por una falta de diligencia o con dolo. En este procedimiento, el contribuyente tiene la facultad de hacerse asesorar por abogados y peritos, a fin de intentar exculparse.

Ahora bien, cabe hacer presente que existe la posibilidad de no iniciar procedimiento criminal por defraudación cuando el monto no declarado por el contribuyente es muy bajo o si se trata de contribuyentes que por primera vez incurrir en el ilícito.

Si en atención al elevado monto de la defraudación o de los impuestos no declarados se entregan los antecedentes a la Fiscalía, ésta formulará la acusación para la iniciación del respectivo juicio criminal.

De acuerdo a la ley federal alemana, existen tres alternativas de evasión tributaria:

a) La defraudación que se comete cuando, dolosamente, una acción tendiente a evadir impuestos o quien hace una declaración por un monto inferior frente a la autoridad de hacienda o ante otra autoridad del Estado encargada de recaudar impuestos.

b) Se sanciona a aquella persona que omite la obligación de poner en conocimiento de la autoridad de hacienda un hecho tributable.

c) Se sanciona la omisión de sellos o timbres estatales o tributarios, cuando su uso sea obligatorio, para que de esta manera se reduzca el impuesto a pagar o alcanzar para sí mismo o una tercera persona beneficios tributarios no equitativos. El hecho de entregar información errónea o incompleta es igual a una omisión activa a la obligación de hacer entrega de información, que es igual a la omisión de no utilización de sellos y timbres de uso obligatorio.

La sanción penal se agrava cuando se está en presencia de casos graves de defraudación, éstos se presentan cuando existe un interés personal del

autor o si se trata de sumas de dinero muy elevadas con que se ha defraudado y también cuando se obtienen ventajas tributarias injustas. En estos casos la sanción puede llegar a una privación de libertad de 10 años. Se actúa con manifiesto interés personal cuando el autor desarrolla su conducta sólo con el propósito de satisfacer intereses propios, sin que se presenten otros motivos al efecto, como sería, por ejemplo, el intentar salvar su empresa. Sin duda el típico caso de defraudación consiste en la utilización de documentación falsificada o adulterada.

Como ejemplos de conductas que normalmente dan lugar a un procedimiento de investigación se cuentan las siguientes:

- a) No presentar la declaración de impuestos.
- b) Omitir ingresos.
- c) No contabilizar oportunamente ingresos de la empresa.
- d) La no declaración de aumento de capital.
- e) La omisión de inversiones en el extranjero, especialmente en países considerados como paraísos tributarios.

La ley germana permite, en determinados casos, impedir la iniciación del procedimiento criminal aun cuando se haya consumado la acción, cuando el contribuyente se autodenuncia. Esta se concreta a través de las correcciones de las declaraciones de impuestos presentadas incorrectamente. De esta forma el autor se libera de la pena privativa de libertad. En el fondo, se trata del pago del impuesto adeudado con sus correspondientes reajustes, intereses y multas. En nuestro derecho esta alternativa no existe, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 111 del Código Tributario, en los procesos criminales generados por infracción a las normas tributarias, la circunstancia de haberse pagado el impuesto debido, sus intereses y sanciones pecuniarias, sólo resulta ser una atenuante de responsabilidad penal.

De otro lado, la liberación de la pena privativa de libertad no es factible cuando el Fiscal ha comenzado una auditoría o una pesquisa tributaria contra el contribuyente. Tampoco será posible la liberación cuando se ha notificado al autor la iniciación del procedimiento criminal de defraudación en su contra. Finalmente, no procede el beneficio cuando la defraudación se encuentra total o parcialmente descubierta y el autor tenía conocimiento de ello. Como era de suponer, en la práctica se producen múltiples controversias para determinar si el autor estaba o no en conocimiento de la defraudación.



11) España

El Ministerio Público adopta el nombre de Ministerio Fiscal, siendo el órgano encargado de ejercer la acción penal en caso de delito tributario.

Ahora bien, los delitos tributarios se encuentran tipificados en el Código Penal español. En efecto, el art. 305 del citado cuerpo legal sanciona al que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quince millones de pesetas, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Por otra parte, la ley española establece que queda exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas que tenga para con la Administración Tributaria, antes de que ésta le haya notificado de la iniciación de actuaciones de comprobación tendientes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración Tributaria continuará el expediente sancionador.

Delegación de facultades en el ejercicio de la acción penal

No podría terminar el presente análisis sin hacer una referencia a la Resolución Exenta N° 56, dictada con fecha 1º de octubre de 2003 por el Director Subrogante del Servicio de Impuestos Internos.

A través de ésta, la referida autoridad resuelve delegar en el Jefe del Departamento Subdirección Jurídica, en el caso de los delitos previstos y sancionados en el artículo 97 N° 4 inciso final, N° 8, N° 22 y N° 23 del Código Tributario, la facultad de decidir la interposición de la respectiva denuncia o querrela, de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del artículo 162 del Código Tributario. Se señala que el Subdirector Jurídico debe informar mensualmente al Director del ejercicio de la facultad que se delega.

Por otra parte, la resolución en cuestión delega en los Directores Regionales la facultad para asumir la representación y defensa del Fisco en el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos que tipifica y sanciona el artículo 97 N° 4 inciso final, N° 8, N° 22 y N° 23 del Código Tributario.

Se señala que para ejercer la facultad que se delega, los Directores Regionales remitirán a la Subdirección Jurídica los antecedentes fundamentales del caso, con el objeto que el Subdirector Jurídico pueda adoptar la decisión de iniciar el ejercicio de la acción penal.

La Resolución N° 56 se fundamenta en lo dispuesto en el art. 162 del Código Tributario, así como en lo establecido en el art. 41 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Conclusión

Hemos intentado realizar un análisis en lo referido al tema de la titularidad en el ejercicio de la acción penal tributaria. Partimos dando cuenta de la situación existente en Chile, en que el Director del Servicio de Impuestos Internos es el titular de la acción penal. Sin perjuicio de lo cual, es el Ministerio Público el ente facultado para investigar las conductas probablemente constitutivas de delito tributario.

Posteriormente, nuestros esfuerzos fueron dirigidos al derecho comparado. Allí pudimos comprobar que en varios de los sistemas jurídicos de los países que se analizaron, el titular de la acción, paradójicamente para nuestro prisma jurídico, no es quien dirige el ente fiscalizador del cumplimiento tributario, sino, generalmente, el Ministerio Público.

La citada constatación obviamente genera la interrogante en cuanto a cual de los dos modelos resulta ser más eficaz. Con los antecedentes que hemos tenido a la vista, la verdad es que la respuesta resulta ser una gran incógnita.

Hemos detectado que en la legislación tributaria de algunos de los países estudiados se distingue claramente la infracción administrativa tributaria del delito tributario. A mayor abundamiento, el tratamiento jurídico de las infracciones tributarias está separado para las infracciones administrativas y para los delitos tributarios, ya sea en secciones o títulos distintos de la norma jurídica que corresponda (por ejemplo, en Argentina existe una ley que regula los ilícitos penales y otra que tipifica y sanciona las contravenciones fiscales). Vale decir, en estos países no se encuentra una disposición tan deplorable desde el punto de vista de la técnica legislativa, como el art. 97 de nuestro Código Tributario, mismo que confunde contemplando en un solo artículo las infracciones tributarias administrativas (contravenciones), así como los delitos tributarios.

También resulta interesante resaltar el hecho consistente en que en varios países la conducta punible se sanciona con pena privativa de libertad en la medida que se haya producido un perjuicio fiscal concreto, esto es, en la medida que exceda de una determinada cantidad. Por otra parte, cabe hacer presente que en promedio la pena teórica que priva de libertad por la comisión de delitos tributarios en los países estudiados alcanza los seis años.

Bibliografía

- 1 Código Tributario, Editorial Jurídica de Chile, Decimoctava edición, 2003.
2. Ley N° 19.806, de 31.05.2002.
3. D.F.L. N° 7, de 1980.
4. D.F.L. N° 1, de 1993.
5. Villarroel Muñoz, Patricio, "Titular de la Acción Penal Tributaria en el Derecho Chileno y Comparado", Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2003.
6. www.google.com
7. www.teleley.com

El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales

Virna Velásquez Garrote

Abogado

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

El hombre como ser racional está llamado a optar y tiene la posibilidad de tomar decisiones para buscar su propia felicidad, todas y cada una de las personas tienen la máxima libertad de elegir y de actuar en la persecución de sus propias aspiraciones y en la conducción de su vida; de esta concepción moral del hombre se deriva el concepto de lo que hemos llamado usualmente la libertad política. El mercado es el proceso en que más se manifiesta la libre elección, en el se forman los precios, por medio de las curvas de la oferta y demanda, se determina qué, cómo y cuándo producir. Es decir, será el modelo económico liberal en sus diversas variaciones el que determine el rol del Estado en la economía de un país y cómo éste podrá adoptar más o menos políticas intervencionistas de acuerdo al grupo que desee proteger. A partir de estas políticas el Estado se ha preocupado de intervenir en el sistema de mercado para resguardar las libertades públicas de los ciudadanos. Así entonces se ha entendido la libertad de comercio, tanto en un aspecto economista, como desde un ángulo social, de manera que ésta comprende no sólo la mera obtención de lucro, sin mayor intervención estatal, sino que se ha concebido al consumidor como integrante del proceso económico de una sociedad, que es el destinatario de la actividad empresarial y, como tal, está sujeto a tutela y es deber del Estado brindarle protección.

Todo lo expuesto más la asimetría de la información entre los componentes de la relación de consumo, la necesidad de proteger la confianza en las instituciones por parte del no profesional, el hecho de que la información no es de fácil acceso para el consumidor dentro del mercado, los gastos de organización para este grupo, y el mayor costo que le significa ejercer su reclamo ante el beneficio que pueda obtener, constituyen las razones que inspiran la existencia de un derecho del consumo y obliga al Estado para que, en cumplimiento de su rol tanto en el ámbito económico como político, consagre en su legislación la protección a los consumidores, entendiendo que éstos forman parte de la economía del país, y son integrantes de la cadena de consumo, por ende un factor importante para el equilibrio del mercado, de allí la impor-

tancia de que se les garantice la plena libertad de elección de los productos y servicios en base a una información veraz, oportuna y completa de los mismos y, lo más importante, se asegure a los consumidores el acceso a una justicia real, efectiva y rápida, esto último en atención a la velocidad de las transacciones en el mercado.

En la legislación chilena un primer intento por regularizar la protección al consumidor se atisba con la dictación de la Ley N° 18.223, de junio del año 1983, que tímidamente entregó ciertas facultades a los hasta entonces desconocidos "consumidores". Si bien constituyó un avance, su gran defecto fue el carácter represivo de ésta, con nula aplicación en la práctica forense en lo que se refería a proteger al consumidor, pues sólo sancionaba aquellos casos de situaciones extremas, algunas dolosas, que victimizaban al consumidor de bienes o servicios, es decir, no se percibía un verdadero acceso por parte del consumidor a los derechos consagrados en la norma. El 7 de marzo del año 1997 se publicó en el Diario Oficial la actual Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.496, que entró en vigencia en el mes de junio de ese mismo año. Esta normativa se caracteriza por que define y enumera los derechos y deberes de los consumidores, legisla sobre el contrato de adhesión y las cláusulas abusivas, cautela el derecho a la información y a la seguridad de los bienes y servicios, además crea un organismo público encargado de velar por la protección y promoción de los derechos de los no profesionales: el Servicio Nacional del Consumidor.

Sin embargo, existe aún mucho que precisar y mejorar de la actual legislación, ya que se percibe, no sólo para quienes litigan en esta materia, sino, y esto es lo importante, para los consumidores afectados, que la norma no otorga cabal protección a los derechos de libertad del consumidor y la materialización de los mismos, por medio del acceso real y oportuno a la justicia, de forma tal que la ley se convierta en un instrumento de aplicación eficaz y no en una mera expectativa. En este sentido, de acuerdo a una encuesta CERC de junio del año 2003,¹ el 65% de la población considera que la protección al consumidor es de mala calidad, ello se debe justamente a la percepción que existe de la actual legislación, pues, si bien su estructura establece variados derechos para ambas partes de la relación de consumo, al momento de ejercerlos se desvanecen las buenas intenciones de la ley, ya que el consumidor se ve enfrentado a juicios de una larga tramitación, entre uno y medio a dos años, y en que la mediación a la que puede acceder por medio de las diligencias que efectúe el Servicio Nacional del Consumidor es de poca fuerza y por ello en muchas ocasiones los proveedores ni siquiera asisten a la citación rea-

¹ Dato aportado por el Director del Servicio Nacional del Consumidor, Sr. Alberto Undurraga, en Seminario sobre "La legislación chilena sobre el Derecho de Protección al Consumidor", realizada en la Universidad Diego Portales, el día 27 de octubre de 2003.

lizada por éste, obligando a los consumidores a emplear las acciones judiciales. Por tanto, al cotejar costos y beneficios, los consumidores consideran mejor no ejercer acciones y “no perder tiempo”, dudan de las instituciones y tienen la sensación de encontrarse desprotegidos ante al proveedor.

Esto se agrava aún más en las denominadas infracciones menores masivas, que cometen los proveedores, ya que el cobro de ajustes de sencillo, la tasa en los intereses superior a la permitida por la ley, cobranzas judiciales, etc., implican al consumidor individualmente considerado un costo no sólo de dinero, sino también de tiempo, más alto que el beneficio que obtendrían si pudiesen iniciar una acción para restablecer el imperio del derecho, lo que lleva, de acuerdo a la teoría económica, a que los consumidores no ejerzan las acciones y los inescrupulosos continúen cometiendo la infracción. Las “pequeñas infracciones en masa” producen una falta de transparencia en el mercado y, por ende, una distorsión para el ciclo y el buen funcionamiento de la economía, a su vez generan desconfianza entre las partes de la relación de consumo, afectando el sistema económico. Por ello la incorporación de la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, en la discusión de los parlamentarios en el proyecto de ley, genera una herramienta procesal adecuada ante un no profesional, que aisladamente no tiene incentivos para conseguir una solución y compensación a los daños causados por la infracción, obteniendo subsidiariamente una economía procesal importante para los tribunales de justicia y un ahorro para el país en los recursos que se utilizan innecesariamente para solucionar el mismo hecho en varias oportunidades. Sin embargo, los abusos que de ella se han observado en la legislación comparada (especialmente el caso de las denominadas *class action* en los Estados Unidos²) produjeron, ante la propuesta del Ejecutivo de incorporarlas a nuestro ordenamiento, un inmediato rechazo por un vasto sector de los proveedores, quienes consideran que lejos de ayudar a mejorar las falencias, sólo traerán como consecuencias nuevos problemas a esta relación de consumo. En primer lugar, por la “industria” de reclamos que podría producirse; en segundo, porque se considera que habría una desigualdad ante la ley y el debido proceso para los proveedores, en atención a que no conocerán efectivamente a su demandante, por ende su derecho a defensa se ve disminuido, de igual forma sostienen que la incorporación de estas acciones va a provocar el aumento inmediato de los precios para resguardarse de las posibles demandas. En lo que sí hay acuerdo por ambos sectores, es en que debe perfeccionarse la legislación actual sobre el derecho del consumidor.

Planteado el escenario, debemos primero entender desde cuándo y por qué en gran parte de la legislación comparada se han acogido las acciones

² Ponencia de don Matías Cortes de la Cerda, socio de la compañía de abogados Shook, Ardí & Bacon LLP, al Instituto Libertad y Desarrollo.

supraindividuales como herramientas para el acceso a la justicia. Ya las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985 establecían claramente como uno de sus principios y una de las tareas para asegurar una adecuada protección del consumidor, la necesidad de establecer mecanismos adecuados y acordes a la legislación de los respectivos países, que buscaran el acceso de los consumidores y usuarios al ejercicio de las acciones destinadas a proteger sus derechos. Entre las directrices que nos interesan para el tema en cuestión, destacamos las siguientes:

1. "Corresponde a los gobiernos formular o mantener una política enérgica de protección del consumidor, teniendo en cuenta las directrices que figuran más adelante y los acuerdos internacionales pertinentes. Al hacerlo, cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ecológicas del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que traigan las medidas que se proponga".³ De esta directriz cabe destacar los siguientes principios:

- *La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores.*
- *La posibilidad de compensación efectiva al consumidor.*

2. "Medidas que permiten a los consumidores obtener compensación.

Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos".

3. "Los gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimientos extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores".

4. "Se debe facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias".

³ Organización Internacional de Consumidores: "Acceso a la Justicia: la realidad latinoamericana a través de sus leyes de protección del consumidor", 8ª Conferencia de Derecho del Consumidor; 9-11 abril 2001.

Con el objeto de dar cumplimiento a estas directrices y a la exigencia de compensación y acceso a la justicia de los consumidores, en la doctrina comparada se han ideado distintos mecanismos, entre los que se destacan las acciones populares que pueden ser ejercidas por grupos de personas, que de acuerdo a su normativa estén legitimadas activamente para presentarlas. Entre éstas se distinguen acciones de intereses supraindividuales, entre los cuales se encuentran los intereses difusos y colectivos, también se habla de intereses o derechos individuales homogéneos, éstos se han definido como sigue:

Intereses difusos:

- Aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho.⁴
- Estas acciones se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.⁵

Intereses colectivos⁶

- Aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.⁷
- Las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.⁸

Intereses homogéneos individuales

- Los intereses que derivan de un origen común.⁹
- Aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un origen común.

⁴ Artículo 52 de la Ley Modelo de Protección del Consumidor elaborada por la oficina regional para América Latina y el Caribe de *Consumers International*.

⁵ Definición del artículo 50 del proyecto de ley aprobado en primer trámite constitucional, de reforma a la Ley 19.496: "Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos".

⁶ Extracto del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor brasileño, fracción III. De acuerdo con su artículo 81, párrafo único, son *difusos* los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" (fracción I); en cambio, son *colectivos* los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base" (fracción II).

⁷ Artículo 53 de la Ley Modelo de Protección del Consumidor elaborada por la oficina regional para América Latina y el Caribe de *Consumers International*.

⁸ Definición artículo 50 del proyecto de ley aprobado en el primer trámite constitucional, de reforma a la Ley 19.496: "Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual".

⁹ Idem, nota 5.

LEGISLACION COMPARADA¹⁰

A continuación presentamos un análisis de derecho comparado, en el tema que nos ocupa. Se analizará el sistema normativo de los siguientes países:

a) Brasil

En el Código de Defensa del Consumidor brasileño (Ley Federal Nº 8.078, de 11 de septiembre del año 1990), se distingue entre los intereses colectivos en términos genéricos, y los intereses individuales homogéneos. Los primeros comprenden la acción por interés colectivo y la acción por interés difuso, que son definidos en el artículo 81, parágrafo único: "son difusos los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" (fracción I); en cambio, son colectivos los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base"(fracción II).¹¹

Es decir, los intereses colectivos son aquellos en que al igual como lo ha definido el proyecto de ley chileno, existe una colectividad de personas unidas por un vínculo jurídico, los cuales pueden ser determinados o determinables. Y por su parte son difusos los intereses que se fundamentan sólo en situaciones de hecho que han ocurrido en un momento, lugar y afectando a un grupo de personas, sin que exista un lazo contractual entre ellos.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina internacional está conteste en que el carácter transindividual e indivisible de estas acciones fundamenta sus efectos, a saber, la comunidad que se produce entre los consumidores, basada en las circunstancias de hecho o la existencia de un contrato, igual para todos, implica que si se lesiona a uno, todos serían lesionados, pues se encuentran en iguales condiciones; por tanto, a contrario sensu e ipso facto, la satisfacción y la restitución del imperio del derecho para uno también importará este efecto para todos.

El Código brasileño también considera los intereses individuales homogéneos, que siendo de naturaleza individual, tienen un origen común, por ello se permite su ejercicio colectivamente con el objeto de indemnizar los

¹⁰ Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Seminario Internacional sobre la Formación y Características del Sistema Jurídico Latinoamericano y del Problema del Proceso Civil, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericano, el Congreso Nacional de Ricerche de la Universidad de "Tor Vergata", de Roma, Instituto Italo-Latinoamericano, Roma 16-18 de mayo 2002.

¹¹ Artículo 81 del Código de Defensa de los Consumidores: "La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y las víctimas podrá ser ejercida en juicio individual o colectivo".

daños que individualmente haya sufrido cada consumidor. Aquí, a diferencia de lo dicho de los intereses transindividuales, la esencia de éstos es de naturaleza individual, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda independientemente.

De acuerdo al artículo 82 del Código brasileño, los legitimados activos para ejercer acciones son:

I. Ministerio Público.¹²

II. La Unión (Gobierno Federal), los Estados, los Municipios y Distritos Federales.

III. Entidades u órganos de Administración Pública, directa o indirecta, aun los que carezcan de personalidad jurídica propia, siempre que estén específicamente destinados a la defensa de los intereses o derechos protegidos por este código.

IV. Las asociaciones legalmente constituidas al menos con un año de anterioridad a la presentación de la demanda y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos de los consumidores, sin que sea menester autorización de su asamblea para ejercer la acción respectiva.

El requisito de preconstitución y de antigüedad mínima de la asociación puede ser dispensado por el tribunal en las acciones colectivas de responsabilidad por daños individuales sufridos a consecuencia de un mismo hecho, cuando las víctimas actúen como litisconsortes y siempre que haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño o por la relevancia del bien jurídico protegido.

Respecto de los intereses individuales homogéneos, se faculta en el capítulo II a ejercer una acción civil colectiva por los daños sufridos, a todos aquellos ya señalados en el artículo 82, y la víctima a nombre propio o sus herederos.

En cuanto al procedimiento propiamente tal, se complementa el Código de Protección del Consumidor con el Código de Procedimiento Civil y la Ley N° 7.347, del año 1985. En general, podemos señalar que cuenta con dos etapas, una para declarar la responsabilidad y la otra para la ejecución de lo obtenido. Presentada la demanda, deberá ser publicada en un diario de circulación nacional, a fin de que los interesados puedan participar en el juicio declarativo en el cual se dictará una condena "genérica", como indica el artículo 95 del Código, estableciendo la responsabilidad por los daños causados.

¹² El Ministerio Público en Brasil no sólo tiene la facultad del ejercicio de la acción penal pública, sino que también, y por expresa orden de la Ley N° 7.347, de 1985, de la acción civil de intereses colectivos.

El requisito para ejercer estas acciones es que el interés sea de carácter social, de manera que el daño que produjo su violación tenga efectos o características de relevancia que afecten a un bien jurídico protegido. Se admiten para la defensa de estos derechos e intereses todas las acciones que sean adecuadas para la tutela de éstos, de ahí que son admisibles de igual forma medidas cautelares que tengan por objeto resguardar el cumplimiento práctico de la obtención en el juicio, las cuales se regularán por el Código de Procedimiento Civil, artículo 287, además de otras que el propio Código brasileño en su artículo 84 enumera; entre éstas podemos citar: la prisión, impedimentos para realizar actividades nocivas, requisar determinados bienes, etc.

La etapa de liquidación y ejecución de la sentencia será promovida por la víctima o sus herederos, además de quienes ya señalamos como legitimados para ejercer estas acciones, según el artículo 82 del Código. La ejecución podrá ser colectiva y de acuerdo a los montos fijados por la sentencia de liquidación, sin perjuicio de otras excepciones. Para llevar a cabo este procedimiento se requiere que previamente se certifique, por el tribunal que llevó a cabo el procedimiento de liquidación, la respectiva sentencia.

La sentencia será publicada en un diario de circulación nacional, sin perjuicio de otro mecanismo de comunicación social que pueda utilizarse, ello a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso.

En caso de que alguno de los legitimados ejerza la acción y a posteriori la pierda por falta de prueba, ésta no se extingue por el hecho de quedar firme la sentencia que la rechaza y cualquier otro legitimado podrá volver a interponer la acción con nuevos medios de prueba. Así lo dispone el artículo 103 del Código brasileño:

I. *Erga omnes*, si se tratare de derechos o intereses difusos, excepto si la demanda fuere juzgada improcedente por el tribunal, basado en la insuficiencia de pruebas, supuesto en el que cualquiera podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba.

II. *Ultra partes*, pero limitadamente al grupo, categoría o clase de personas que son titulares de un mismo derecho colectivo, con la misma excepción antedicha, cuando se trata de la hipótesis del inciso III, del parágrafo único del artículo 81 (interés individual homogéneo).

III. *Erga omnes*, pero sólo en el caso de haberse acogido la demanda para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores, en el supuesto de los varios titulares de derechos individuales homogéneos.

Los intereses colectivos en sentido amplio (colectivos y difusos) son tratados en un procedimiento unitario y con soluciones uniformes, los individuales homogéneos son de naturaleza individual, pero por su origen común son tratados colectivamente.

b) España

La ley española distingue entre intereses colectivos e intereses difusos, no los denomina específicamente con ese término y los ha regulado en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 7 de enero del año 2000), a propósito de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender los derechos de sus asociados y asociación, como los intereses generales de los no profesionales. Sin embargo no sistematiza los denominados intereses individuales homogéneos o de grupo .

El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica quiénes pueden ejercer las acciones dependiendo del tipo de interés que se trate. Si los perjudicados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. En cambio si se refiere a la defensa de intereses difusos, los legitimados activos son exclusivamente las asociaciones de consumidores y usuarios, que conforme a la ley sean representativas.¹³

¹³ Artículo 20:

1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones de defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democráticos.

2. También se considerarán Asociaciones de consumidores y usuarios las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.

3. Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.

En la determinación reglamentaria de las condiciones y requisitos se tendrán en cuenta, entre otros, criterios de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar.

La distinción entre los intereses colectivos y difusos sólo se basa en el grado de determinación de los titulares de la acción, de manera que será un interés colectivo si los perjudicados se encuentran determinados o sea fácil determinarlos; a contrario sensu, si no es posible hacer esta identificación, se trataría de intereses difusos. La legislación española no regula los intereses individuales homogéneos.

El procedimiento de las acciones supraindividuales se encuentra contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, y ella se remite a su vez al juicio ordinario o al juicio verbal dependiendo de la cuantía de la demanda. Para determinar si se trata de intereses colectivos o difusos, se pueden solicitar por el futuro demandante diligencias preliminares con el objeto de precisar aquello. Para cumplir con ese objetivo se contempla un sistema de publicidad de la demanda, para facilitar el acceso al proceso colectivo de cada uno de los afectados.¹⁴ En lo que se refiere a la integración de los grupos, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no establece los requisitos específicos para determinar quiénes pueden pertenecer a la categoría o grupo de afectados y por tanto se encuentran legitimados para ejercer la acción, sólo señala en términos generales la exigencia de haber sido "perjudicados por un hecho dañoso". Cabe agregar a este requisito lo establecido por el artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a propósito del contenido de las sentencias, en que se indica que cuando no sea posible individualizar a los consumidores y usuarios beneficiados, la sentencia establecerá los datos y requisitos necesarios para obtener los beneficios de la resolución. La legislación española no contempla la posibilidad de que el consumidor o usuario que no esté conforme con la defensa, el resultado del juicio o por otra causa pueda ser excluido de ese grupo, para evitar ser afectado por la sentencia que se pronuncie por el órgano jurisdiccional e iniciar una acción por sí mismo.

La sentencia deberá señalar dentro de sus considerandos, como puntos relevantes de ella:

- 1) La individualización de los consumidores o usuarios beneficiados por la sentencia, siempre y cuando se trate de intereses colectivos. Si se refiere a intereses difusos, indicar los requisitos y características necesarios para ser parte de la clase.
- 2) Indicar expresamente el efecto ultra partes que tiene la sentencia de los procedimientos sobre intereses colectivos o difusos, artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁴ Artículos 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

La clasificación dispuesta por esta legislación se limita a los intereses colectivos y difusos, siendo la diferencia entre uno y otro la posibilidad cierta de determinar a los sujetos afectados por la violación de sus derechos. Si ello es factible, se tratará de intereses colectivos; en caso contrario, difusos.

c) Colombia

Los mecanismos establecidos en Colombia para el ejercicio de las acciones de un conjunto de consumidores o usuarios dañados en sus derechos tienen rango constitucional. En efecto, el artículo 88 inciso 1º de la Carta Fundamental de Colombia señala: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan en ella". Esta ley es la N° 472, del año 1998, que cumple con el mandato constitucional y establece los medios judiciales de acceso a la justicia para los consumidores. Así, entonces, distingue entre acciones populares¹⁵ y las acciones de grupo.¹⁶

La legislación colombiana instituye para la protección de estos derechos dos mecanismos: acciones populares, en las que se resguardan los intereses colectivos y difusos, y acciones de grupo, que tutelan los intereses de grupo o los también denominados intereses individuales homogéneos.

El artículo 2º de la Ley 472, de 1998, define las denominadas acciones populares: "Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio

¹⁵ Las acciones populares son aquellas que pueden ser ejercidas por cualquier ciudadano en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público.

Artículo 1005 Código Civil colombiano: "la municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querrellado, con una suma que no baje de la décima parte, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño del perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

Artículo 2333 del Código Civil chileno: "Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción". A través de esta acción se tutelan los intereses que la doctrina denomina colectivos y difusos.

¹⁶ Las acciones de grupo que regulan los intereses de grupo o los intereses individuales homogéneos, como los llama el Código brasileño

sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible". A su vez el artículo 4º de esta ley hace una lista no taxativa de derechos colectivos.¹⁷ Las acciones populares proceden en contra de toda acción que amenace o vulnere los intereses colectivos,¹⁸ sea que provengan de una autoridad o un particular; inclusive en caso de ser desconocida la persona que amenace o dañe estos derechos, corresponderá al juez determinarlos.

Los legitimados para ejercerla¹⁹ se enumeran en el artículo 12 de la Ley 472, de 1998, entre los cuales se destaca: las organizaciones no gubernamentales:

¹⁷ Artículo 4º : Derechos e intereses colectivos, son derechos e interese colectivos, entre ellos, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la nación;
- g) La seguridad y salubridad pública;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servidores públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

¹⁸ Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

Artículo 10. Agotamiento opcional de la vía gubernativa. Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.

Artículo 11. Caducidad. La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración.

¹⁹ Artículo 2º de la ley 472, de 1998: "Titulares de las acciones. Podrá ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

mentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar; las entidades públicas que cumplen funciones de control o vigilancia, como las superintendencias, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; el procurador general de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia, y los alcaldes y demás servidores públicos que, por razón de sus funciones, deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Según la norma, la acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración. Será competente para conocer de las acciones populares que se originen en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, la jurisdicción contenciosa administrativa, y en los demás casos en que no participen estos organismos conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

En el procedimiento podrán dictarse medidas cautelares²⁰ que aseguren la eficacia de los resultados en el juicio. El artículo N° 25 de la ley faculta al juez para que de oficio o a petición de parte ordene las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho impidiendo que éste sea vulnerado, v.gr.: disponer la inmediata cesación de las actividades que producen el daño; ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañosa sea consecuencia de la omisión del demandado; obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas y ordenar, con cargo al fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

La sentencia que se dicte en el procedimiento de una acción popular deberá resolver acerca del restablecimiento del derecho colectivo dañado o amenazado, y en atención a ello, ordenará hacer o no alguna conducta determinada, la cual, a su vez, debe servir para prevenir nuevas situaciones que pongan en peligro ese interés colectivo o volver al estado anterior al daño, en caso que fuera posible físicamente. También deberá fijar el monto de la indemnización para el actor popular.

²⁰ Artículo 25, inciso primero. Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

Se comunicará la sentencia a las entidades y autoridades administrativas para que participen en la ejecución del fallo, principalmente a través del Comité de Cumplimiento de Sentencia.

La sentencia firme y ejecutoriada tiene autoridad de cosa juzgada y efecto erga omnes.

El derecho colombiano del consumidor distingue además, para la tutela de los intereses supraindividuales, las acciones de grupos, que resguardan los intereses o derechos de grupo y que la doctrina brasileña denomina individuales homogéneos.

La Constitución Política de la República de Colombia, en el artículo 88 inciso 2º indica que: "También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares". La Ley 472, del año 1998, consagra en el artículo 3º: "Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. Las acciones de grupo se ejercerán exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios".

La Corte Constitucional colombiana²¹ ha indicado que "las acciones populares son el medio para proteger intereses particulares de sectores específicos de la población", es decir, cuando un conjunto de consumidores ha sido dañado en su derecho individual, y la causa de ello ha sido común para todos éstos.

Para que procedan las acciones de grupo, el artículo 46 de la ley indica: "La procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas".

Que cada persona pertenezca a un grupo y haya sufrido un perjuicio individual, el cual no necesariamente debe afectar derechos colectivos, ade-

²¹ Idem, op cit, nota N° 12.

más el consumidor debe compartir con ese grupo condiciones comunes respecto del origen de la causa que le produjo su perjuicio particular. Es decir, los elementos de la responsabilidad deben ser uniformes, por último la acción prescribe en el plazo de 2 (dos) años, contados desde el hecho que causó el daño.

De acuerdo al artículo 48 de la Ley 472, la legitimación para ejercer las acciones de grupo corresponde a: "las personas naturales y jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo del mismo.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados".

En cuanto al procedimiento, una vez declarada admisible la demanda, el juez ordenará el emplazamiento de 10 días para que los demandados contesten. A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o cualquier otro mecanismo eficaz. Durante el proceso quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte, antes del inicio del período de prueba. Sin perjuicio de ello, una vez fallada la causa, igualmente el consumidor afectado podrá beneficiarse de la condena en costas, dentro del plazo de 20 (veinte) días contados desde la publicación de la sentencia, en un diario de circulación nacional.

El artículo 56 de la ley permite que el consumidor que forme parte de una acción de grupo, dentro del plazo de cinco (5) días siguientes al vencimiento del emplazamiento, manifieste su voluntad para ser excluido del grupo y reservar sus acciones para ser ejercidas éstas individualmente, igual derecho se le entrega a quien demuestre dentro de los cinco días siguientes a la emisión de la sentencia que sus intereses no han sido debidamente representados.

La sentencia estimatoria que se dicte en el proceso de las acciones de grupo deberá disponer del pago de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales y señalar los requisitos que deben cumplir los beneficiados que hayan estado ausentes del proceso y quieran en el cumplimiento de la sentencia hacerse parte.

El Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos será quien reciba la indemnización, y el Defensor del Pueblo administrará y pagará las

indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes de la acción de grupo, y también compensará a aquellos que en forma posterior y cumpliendo los requisitos exigidos por el juez se hacen parte de este cumplimiento.

d) México

En el derecho mexicano las acciones de protección de los intereses supraindividuales se clasifican en acciones colectivas y de grupo. Las primeras se refieren a los intereses colectivos y difusos, en el caso de las segundas se sistematizan los intereses homogéneos individuales. El artículo N° 26 de la ley Federal de Protección de Consumidores establece: "La Procuraduría tendrá legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores, para que dichos órganos, en su caso, dicten:

I. La reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados, en este caso la Procuraduría deberá contar previamente con mandato de los consumidores perjudicados.

II. Mandamientos para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente puedan ocasionarles.

Las atribuciones que este artículo otorga a la Procuraduría son discrecionales y se ejercerán previo análisis de su procedencia".

El procedimiento en la legislación mexicana respecto de las acciones supraindividuales importa dos etapas; en la primera de ellas, que es de conocimiento, se tiene por objeto que el juez declare la responsabilidad del proveedor en el daño o perjuicio causado a un grupo de consumidores, a consecuencia de la compraventa o la prestación de un servicio que éste realizó al no profesional. La Procuraduría puede iniciar el procedimiento sin necesidad de un mandato de los consumidores afectados. Si se admite por el tribunal la existencia de la responsabilidad de los proveedores como causantes del perjuicio, serán condenados a repararlo.

En la segunda etapa se promueve un incidente para ejecutar las acciones de condena que se obtuvieron en la primera, para ello la Procuraduría requiere, de conformidad al artículo 26, fracción I parte final, un mandato previo por parte de los consumidores, para que a través de este incidente se acredite por el organismo la calidad de éstos como tales y el

monto de los daños y perjuicios sufridos por ellos; también podrán comparecer por sí mismos los afectados. De manera que todos los consumidores que hayan sufrido el perjuicio resuelto en esa sentencia podrán comparecer al incidente de liquidación y ejecución de ésta, acreditando ser consumidores perjudicados y debiendo además probar el monto del daño sufrido.

Sin embargo de acuerdo al profesor José Ovalle Favella, en sus comentarios de la Federal de Protección al Consumidor, México, 1995, p. 68, en los años de aplicación de la norma aún no se ha ejercido por la Procuraduría Fiscal esta acción.

e) Chile

En nuestra legislación la materia de protección al consumidor se encuentra regulada en la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, publicada el día 7 de marzo de 1997 y que entró en vigencia tres meses más tarde. Ella se estructura en 5 títulos y consta de 60 artículos, más un título final de disposiciones transitorias. La normativa posee las siguientes características:

1. Define y enumera los derechos y deberes de los consumidores, como también proporciona conceptos precisos sobre la materia que trata.
2. Determina las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, como por ejemplo la de respetar los términos del contrato, plazos, condiciones, precios, etc.
3. Se analizan las cláusulas abusivas y sus efectos nulos para el consumidor.
4. Se cautela el derecho a la información de los consumidores, en especial lo relativo a la publicidad de los productos.
5. Se protege a los consumidores legislando sobre la seguridad de los bienes y servicios.
6. Se fija el rol del Estado a través de la autoridad administrativa, a saber, el Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción y el Servicio Nacional del Consumidor.
7. Se establece el rol de la sociedad a través de organizaciones de consumidores

Respecto a su sentido y alcance, el artículo 1º expresa: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre los proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”, por ende sólo quedan sujeta a ésta los actos jurídicos que, de conformidad al Código de Comercio u otras disposiciones especiales, tengan el carácter de mixtos, esto es, mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, lo anterior significa que esta ley no se aplica a los contratos celebrados entre proveedores, ni tampoco a los contratos celebrados entre consumidores.

Excepcionalmente, la ley se aplica a los siguientes casos:

1º Los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas.

2º Arrendamiento de inmuebles amoblados por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, para fines de descanso o turismo.

Las normas de esta ley no son aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales. No obstante, esta legislación actuará en las materias que las leyes especiales señalan.

Los derechos del consumidor constituyen el eje central de la normativa y deben ser respetados incluso antes de que se realice el acto de consumo, entre ellos destacamos:

f) La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de los proveedores a las obligaciones que la ley les impone, así como el deber de accionar por los medios legales. Uno de los elementos a destacar de este derecho es la extensión del resarcimiento a los daños morales, en su caso; es uno de los avances de esta ley.

g) La educación para un consumo responsable asociada a la idea de celebrar las operaciones de consumo con el comercio establecido. El sujeto pasivo de este derecho, es decir, el obligado a entregarla, es la institucionalidad pública, y no el proveedor.

En lo que dice relación con el acceso a la justicia de los consumidores, la ley en su Título IV dispone: “Del Procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley”, mismo que sistematiza sólo la protección individual de los derechos de los consumidores y usuarios, es decir, en la legislación de

protección al consumidor vigente no existen mecanismos tales como las acciones populares o de protección a los intereses supraindividuales, como hemos tenido oportunidad de conocer en otras legislaciones. La ley establece un procedimiento sumarísimo, es decir, breve y concentrado, que será de competencia de juez de Policía Local²² de la comuna en que hubiere celebrado el contrato respectivo o, en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución (artículo 50 LPC).

La demanda se presenta por escrito y no requiere patrocinio de abogado, una vez recibida ésta, el juez decretará una audiencia oral de contestación, conciliación y prueba, dentro de los cinco días siguientes después de notificada la demanda. En esta misma audiencia se conocerán y resolverán las cuestiones accesorias, a menos que el juez fije otra audiencia para tal efecto, en este último caso, ésta no puede tener lugar en un plazo superior a cinco días desde la primera audiencia indicada. Dentro de los medios de prueba se permite presentar la lista de testigos en la misma audiencia o en el día hábil que la preceda. Rendida la prueba o llevadas a cabo las medidas para mejor resolver, el juez deberá dictar sentencia dentro de los cinco días siguientes.

El proyecto de ley, originado en un mensaje de S.E. el Presidente de la República, que modifica la Ley 19.496,²³ tiene por objeto justamente incorporar a nuestro derecho la institución jurídica de procedimiento de intereses supraindividuales. Este ha sido uno de los temas más discutidos por los distintos sectores en atención a las consecuencias jurídicas que implica, ya que por una parte se obtiene una economía procesal que se traduce en que en un solo juicio se va a conocer de un conjunto de acciones que se fundamentan ya sea en un interés colectivo, difuso o individual homogéneo, significando a su vez para los consumidores un ahorro de tiempo y constituyendo como un poder importante elevándose a una posición similar a la que, cree éste, tiene para él el proveedor, pues es conocido en la teoría económica el hecho de que la "mano invisible" no puede controlar todos los elementos que constituyen los requisitos para que éste funcione bien, de manera que siempre se produce en esta materia la asimetría de la información para el más débil de la relación de consumo, y por supuesto esto se hace más patente en los casos de las pequeñas infracciones masivas, en las que el consumidor, en el análisis de costos y beneficios, prefiere no ejercer la acción y aceptar la infracción a la ley, ya que lo que podría obtener individualmente es menor al costo que implica llevar el juicio adelante.

²² Jueces de Policía Local, Ley 18.287, de 1° de diciembre de 1972.

²³ A la fecha de este trabajo, el proyecto se encuentra aprobado en su primer trámite legislativo, aprobado en general por el Senado.

Se argumenta por el Gobierno que esta institución no es ajena a nuestro derecho, pues en un fallo de la Corte Suprema en el juicio "Horvath Kiss con Conama" la Excm. Corte Suprema amplió el concepto de legitimado a todos los sujetos que se encontraban en la misma situación de hecho, no obstante que el daño infligido no les causara un perjuicio significativo a éstos individualmente considerados. Se dan también como ejemplo los artículos N°s 948 y 2333 del Código Civil²⁴ y la propia Ley N° 19.496 en su artículo N° 25, a propósito del que suspendiere, paralizare o no prestare un servicio previamente pagado –intereses colectivos– y el art. 45, que se refiere a la obligación del proveedor respecto de los productos peligrosos –intereses difusos.

Por otra parte el sector de los proveedores, basándose en la experiencia extranjera, principalmente la "class action"²⁵ de Estados Unidos, sostienen la poca utilidad de estos mecanismos y las consecuencias nefastas que podrían producir, al convertirse, según ellos, en herramientas para la industria del reclamo haciendo tambalear a las empresas que se vieran sometidas a juicios como éstos. De igual forma indican que estos procedimientos carecen de todo fundamento jurídico en nuestra legislación, afectando la garantía constitucional del debido proceso y el principio básico del derecho procesal civil en cuanto al efecto relativo de las sentencias. Sostienen además que en caso de instaurarse tal sistema, los precios de los productos y servicios tenderán naturalmente a subir, para cubrirse por las eventuales acciones a las cuales podrían verse enfrentados los proveedores.

Ahora bien, expuestos en términos resumidos ambos puntos de vista, pasemos a desarrollar lo que se ha propuesto en el proyecto y se encuentra aprobado en el primer trámite legislativo, respecto de las acciones supraindividuales. La primera modificación dice relación con el reemplazo del nombre del título IV por el siguiente: "Procedimientos a que da lugar la aplicación de la ley y del procedimiento para defender los intereses colectivos y difusos", de forma tal que ahora nos vemos enfrentados a 3 tipos de procedimientos distintos. Las acciones contempladas en la ley pueden ser ejercidas, según el artículo 50 del Proyecto de ley, en caso de

²⁴ Artículo 948 inciso 1° del Código Civil: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados".

Artículo 2333: "Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción".

²⁵ *Class action*: Es el procedimiento en que se representan judicialmente a uno o más demandantes de una clase o un grupo, unidos por situaciones de hecho y/o derecho similares, normalmente buscando reparación económica a un daño sufrido y en menor medida pretendiendo una determinada declaración de un tribunal. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Boletín N° 2787-03.

que existan actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores,²⁶ y dichas acciones pueden realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de éstos. La ley en la misma norma define qué se entiende por cada uno de ellos:

- Interés individual: las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de derechos del consumidor afectado.
- Interés colectivo: las acciones que se promueven en defensa de los derechos comunes a un determinado o determinable grupo de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.
- Interés difuso: las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Los jueces de Policía Local serán competentes para conocer de todas las acciones que emanen de esta ley, siendo competente aquel del lugar donde se celebró el contrato, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección de los consumidores afectados.

Se presume que representa al proveedor aquella persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta del proveedor.

El proyecto de ley contempla los siguientes procedimientos:

1. Procedimiento General:

Es aquel que tiene por objeto proteger los derechos individuales de los consumidores y su procedimiento es sumario, a diferencia de la legislación vigente, por ende el tribunal ordenará notificar el requerimiento, denuncia o querrela, fijando día y hora para la audiencia de contestación y conciliación; en caso que el juez de Policía Local, competente para conocer, estime que existen hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba por el término de diez (10) días; venciendo éste, se tendrá un plazo de cinco (5) días para hacer las observaciones a la prueba; transcurrido este plazo, la causa queda en estado de ser fallada y se deberá dictar sentencia dentro de los siguientes quince (15) días. En subsidio de las normas de este párrafo se aplica lo dispuesto en la Ley 18.287 y el Código de Procedimiento Civil.

²⁶ Artículo 50 del Proyecto de Reforma de la Ley 19.496: "Las acciones que deriven de esta ley se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores".

2. Procedimiento especial para la protección del interés individual de los consumidores en causas de menor cuantía:

Este procedimiento se utiliza en única instancia y para aquellos casos en que el valor de la cosa objeto de la disputa no sea superior a cuatro unidades tributarias mensuales (4 UTM). Para optar por este mecanismo el actor deberá manifestarlo en la primera presentación, si nada dijese, el tribunal lo requerirá en forma expresa.

Se inicia por demanda escrita del consumidor afectado. En la primera resolución del tribunal éste fijará día y hora para la celebración de una única audiencia oral de discusión, conciliación y prueba.

La sentencia deberá ser dictada dentro del plazo de los cinco (5) días siguientes a la última audiencia; en cuanto a la multa impuesta por el juez en este procedimiento, no podrá ser superior al monto de lo disputado.

3. Procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores:

El régimen se desarrolla a través de dos etapas. La primera, denominada, según el proyecto, artículo N° 53 y siguientes, "Declarativa de Responsabilidad", tiene por objeto determinar la existencia de infracciones a la ley y la responsabilidad que le cupo al proveedor en la afectación de los intereses individuales o colectivos, se organizará de acuerdo a las normas del procedimiento general con algunas variantes establecidas expresamente en la ley. La segunda etapa es el Procedimiento Colectivo Indemnizatorio, que tiene por objeto, como su nombre lo indica, determinar el monto de las indemnizaciones a pagar a los consumidores que se beneficien de una sentencia favorable pronunciada en el juicio declarativo de responsabilidad.

Estos procedimientos deben ser llevados por abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, no se admite la comparecencia personal de los demandantes; el proyecto de ley permite que el tribunal designe un mandatario común, no indicando expresamente en qué casos, sin embargo, para lo no resuelto en la ley, ésta se remitirá a las normas comunes del Código de Procedimiento Civil.²⁷ Para ello se confeccionará un registro público de las designaciones que se hicieren, y cualquier abogado habilitado para el ejercicio de la profesión podrá presentarse al tribunal para su nombramiento como mandatario común en causa pendiente y antes de la dictación de la sentencia.

El análisis de estas etapas es el siguiente:

²⁷ Código de Procedimiento Civil, Libro I, Título III, artículos 17 al 24.

a) Procedimiento Declarativo de Responsabilidad.

Se iniciará por demanda, la que puede ser presentada por: el Servicio Nacional del Consumidor; una asociación de consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anticipación a la presentación de la demanda y que cuente con la autorización de su asamblea para hacerlo; un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas; y/o cualquier órgano de la Administración del Estado que dentro de sus atribuciones conozca de situaciones que afecten las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor.²⁸ Los actores legitimados no requerirán, para representar en juicio, acreditar la representación de los consumidores a cuyo nombre actúan.

Para iniciar la tramitación, previamente corresponderá a las Cortes de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido la infracción declarar la admisibilidad de la acción deducida, para ello deberán verificar lo siguiente:²⁹

- 1) Que la acción ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el párrafo anterior.
- 2) Que la conducta cuya declaración infraccional se persiga pueda afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores.
- 3) Que la acción deducida precisa los derechos afectados.
- 4) Que el número de afectados justifica la necesidad procesal o económica de someter su tramitación al procedimiento especial de intereses supraindividuales para protegerlos efectivamente.

La Corte conocerá en cuenta y bajo el sistema de la sana crítica de dicha admisibilidad, debiendo pronunciarse al quinto día hábil. Si es declarada admisible la acción, se certificará este hecho por la Corte y el juez competente acogerá a tramitación la demanda debiendo oficiar al Servicio Nacional del Consumidor, para que pueda hacerse parte en el juicio; en caso contrario los consumidores deberán ejercer sus acciones a través del procedimiento general. Se ordenará al demandante publicar un aviso en un medio de comunicación nacional, para que se informe a los consumidores que se consideren afectados y puedan hacerse parte también. En caso que la demanda sea presentada por una asociación de consumidores o un grupo de consumidores no inferior a 50, el tribunal podrá solicitar en casos calificados, por resolución

²⁸ Artículo 53 inciso segundo N° 1 letras a, b, c y d del Proyecto de Ley de Reforma a la Ley 19.496.

²⁹ Artículo 53 letra A, Proyecto de Ley de Reforma a la Ley 19.496.

fundada y teniendo en cuenta la capacidad económica de los demandantes, la naturaleza y la gravedad de la infracción denunciada, una caución no superior a 200 UTM, para responder en caso de que la acción sea declarada temeraria. En el orden consecutivo legal, el término probatorio será de 10 días, en el cual se admitirán como medio de prueba las resoluciones firmes que emitan los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus atribuciones, produciendo plena prueba en el juicio declarativo.

Terminado el período de observación a la prueba (5 días), se dictará sentencia dentro del plazo de los veinte (20) días siguientes; ésta deberá indicar, además de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, lo dispuesto por el artículo 53 E del proyecto de ley:

- a) Declarará la forma como tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
- b) Declarará la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa y/o sanción que fuere procedente.
- c) Declarará la procedencia de las correspondientes indemnizaciones, y designará mandatario común para representar a los interesados que no lo tuvieren.
- d) Dispondrá la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, en caso de tratarse de procedimientos iniciados en virtud de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero.
- e) Dispondrá la publicación de los avisos a que se refiere el inciso segundo del artículo 54 B, con cargo al o los infractores.

La sentencia definitiva dictada en el procedimiento declarativo producirá efecto *erga omnes*, salvo que la demanda haya sido rechazada por insuficiencia de pruebas, pues en tal caso todo consumidor afectado que no haya sido parte en el juicio puede iniciar otra acción con igual fundamento valiéndose de nueva prueba, ya que se mantuvo suspendida a su favor la prescripción por todo el tiempo de tramitación del juicio. Procederá respecto de esta sentencia el recurso de apelación en ambos efectos, el que gozará de preferencia para su vista.

b) Procedimiento colectivo Indemnizatorio:

Este procedimiento se tramita ante el mismo tribunal que conoció del procedimiento declarativo, en donde se obtuvo sentencia favorable, sin per-

juicio de los consumidores que opten por actuar individualmente y recurrir a los tribunales competentes de acuerdo a las reglas generales.

La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados se dará a conocer a quienes estuvieren interesados en hacer valer sus derechos en el proceso indemnizatorio y deberá ser publicada en el diario que determine el juez en dos oportunidades con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días³⁰ entre ellas. El plazo para interponer la demanda será de sesenta (60) días corridos contados desde la primera publicación; ésta podrá incluso hacerse a través de formularios elaborados por el Servicio Nacional del Consumidor. Vencido este plazo, el tribunal ordenará notificar a los demandados para que contesten la demanda dentro del plazo de cuatro (4) días, el que podrá ser ampliado por un máximo de 10 días, si por el número de demandados se requiera. En relación a las excepciones que pueden oponerse, el artículo 54 H del proyecto hace una enumeración taxativa de ellas, por tanto sólo pueden oponerse las siguientes:

- 1) Incompetencia del tribunal.
- 2) Ineptitud del libelo.
- 3) Falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparezca en su nombre.
- 4) No poseer el demandante la calidad de afectado por los actos y hechos determinados en la sentencia declarativa de responsabilidad.
- 5) Haber hecho valer el demandante los mismos derechos en un procedimiento individual que no hubiere sido objeto de acumulación al procedimiento declarativo de responsabilidad, o haber hecho reserva de acciones, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 53 B.³¹
- 6) Encontrarse extinguida la obligación del demandado por pago, transacción, compensación o prescripción.
- 7) Cosa juzgada.

El juez podrá realizar llamados a conciliación durante todo el procedimiento y los demandados a su vez proponer avenimientos, los que debe-

³⁰ Artículo 54 B del Proyecto de Ley de Reforma a la Ley 19.496.

³¹ Artículo 53 B inciso tercero: "Dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación del aviso a que se refiere el inciso anterior, cualquier consumidor podrá ocurrir ante el tribunal haciendo reserva de sus acciones, en cuyo caso no le serán oponibles los resultados del juicio".

rán ser publicados. En caso de producirse avenimiento o llegar a una transacción por las partes, éstos siempre se deberán someter a la aprobación del juez, quien puede rechazarlos si los estima contrarios a derecho o arbitrariamente discriminatorios. De estos acuerdos deberá el mandatario dar aviso a sus mandantes por medio de publicaciones y éstos tendrán el plazo de diez (10) días para impugnar el acuerdo, de manera que el procedimiento indemnizatorio sólo continuaría con ellos.

Contestada la demanda, se recibirá la causa a prueba, en caso que existan hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, por el término de 8 días. La prueba se apreciará de acuerdo a la sana crítica, y habrá un período de observación a la prueba de seis (6) días. Vencido éste, se citará a las partes a oír sentencia dentro del término de quince (15) días.

En esta sentencia el tribunal determinará las sumas que le corresponden a cada uno de los demandantes de acuerdo al mérito del proceso, y en caso que el monto de las indemnización pueda producir un daño patrimonial significativo al proveedor, de manera que éste, señala el proyecto, pueda quedar en la insolvencia, el juez podrá establecer un programa de pago de éstas o un cumplimiento alternativo, con acuerdo de los mandatarios.

La sentencia definitiva y las demás resoluciones susceptibles de este recurso se concederán en ambos efectos y gozarán de preferencia para su vista.

Conclusiones

Las acciones supraindividuales han representado durante el tiempo que llevan en vigencia una alternativa de solución de conflictos, una repuesta concreta a los consumidores y usuarios que se ven afectados en un número importante debido al mismo ilícito. Hasta ahora, la legislación imperante no ha creado una nueva figura jurídica en que pueda verse satisfecha tan loable tarea.

Cabe destacar de la doctrina internacional la clasificación de las acciones que resguardan los intereses, llámense colectivos, difusos o individuales homogéneos, ya que a través de ella se obtiene procesalmente el hilo conductor necesario para su tramitación, de esta manera las legislaciones que revisamos y la propuesta por el Ejecutivo chileno en términos generales concuerdan con el desarrollo de éstas por medio de dos etapas. La primera, y dicho sea de paso es la que más se ejerce en aquellos países en donde se cuenta con este tipo de procedimientos, es aquella en que su *quid* es la declaración de la existencia o no de la responsabilidad del proveedor en los hechos que se le imputan, lo que es de suma importancia y de allí su gran aplicación, pues con esto se consigue sentar un precedente respecto de las conductas que se pueden o no realizar en el mercado. En la segunda etapa, denominada de ejecución y liquidación, es donde se presentan las mayores interrogantes, principalmente en lo relativo a los montos a pagar a los consumidores afectados por el daño o perjuicio declarado en la sentencia, es aquí en donde se han producido los mayores debates y continuarán surgiendo mientras se discuta el proyecto, esto por cuanto en este punto el procedimiento dejaría de ser colectivo para transformarse en individual, dependiendo de la prueba del daño y la acreditación como miembro de la clase o grupo.

Sin embargo, es evidente que esta nueva herramienta jurídica significa un desafío, pero también un aporte importante para nuestro ordenamiento jurídico, y principalmente para el acceso real, efectivo y rápido de los consumidores a la justicia.

Bibliografía

- Aimone, Enrique: *Derecho de Protección al Consumidor*, Santiago, Editorial ConoSur, 1998.
- Aristibal Villa, Javier: *Ponencia sobre Acciones de Clase en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*, Universidad Icesi, Estudios Gerenciales, Centro de Estudios Arquidiócesis de Cali.
- Colegio de abogados de Houston, *Manual legal de la ley del consumidor 2001, HBA Consumer law handbook*.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado, www.boletinmexicano.cl (nayjus – navegador jurídico internacional).
- Boletín N° 2787, Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto que modifica la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Fernández Fredes, Francisco: *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*, Editorial Lexis Nexis, 2003.
- Macedos Junior, Ronaldo Porto, *Ponencia sobre la Globalización, la Regulación y el Derecho del Consumidor*, profesor visitante de la Universidad de Harvard.
- Vega Vargas, Claudia, y Velásquez, Virna: Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, 2001.
- Ley N° 8.078, de 11 de septiembre 1990, Código brasileño.
- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 24 de julio 1984, España.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, España.
- Ley Federal de Protección al Consumidor, 24 de diciembre, 1992, México.
- Ley 472, agosto de 1998, Colombia, para el cumplimiento constitucional del artículo 88.

¿Es aplicable el impuesto al lujo?

Jaime García Escobar

Abogado del Consejo de Defensa del Estado

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En el marco de la globalización, Chile ha suscrito diversos tratados de libre comercio con Canadá, Estados Unidos, la Comunidad Europea y otros países. El objetivo de estos convenios es liberalizar el comercio entre nuestro país y el o los países que lo suscriben, a través de una desgravación arancelaria, fundamentalmente dentro del marco de las normas de la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.).

Lo habitual es que en estos convenios se defina lo que debe entenderse por arancel aduanero. Por ejemplo, en el art. 59 del Tratado de Asociación de Libre Comercio suscrito con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros se señala que "...un derecho de aduana/arancel aduanero incluye cualquier impuesto o carga de cualquier naturaleza, aplicado en relación con la importación o exportación de una mercadería incluyendo cualquier forma de sobretasa o carga adicional en relación con tal importación o exportación...". Por su parte, el art. C-18 del Tratado celebrado con Canadá dispone que el arancel aduanero incluye "...cualquier impuesto o arancel a la importación y cualquier cargo de cualquier tipo aplicado con relación a la importación de bienes, incluida cualquier forma de sobretasa o cargo adicional a las importaciones...".

Los acuerdos ratificados por Chile señalan en forma expresa la eliminación de los derechos de aduana existentes en las relaciones comerciales entre los países que los suscriben, estableciendo para ello plazos para la desgravación de los distintos productos. Sin embargo, lo usual en éstos es que no existan normas especiales referidas a la internación de automóviles.

De acuerdo a lo anterior, algunos sostienen que, a la luz de los tratados de libre comercio que Chile ha celebrado, el impuesto que establece el art. 46 del D.L. N° 825, de 1976, sobre Impuesto al Valor Agregado, no tiene vigencia respecto de la importación de automóviles cuyo origen provenga de los países con que Chile ha suscrito tratados de libre comercio, toda vez que se trataría de un arancel aduanero, mismo que, según los diversos convenios, no podría aplicarse, pues el objetivo de éstos es producir una desgravación arancelaria.

La referida disposición establece que: "Sin perjuicio de los impuestos establecidos en el Título II y en el artículo 43 bis, la importación de vehículos automóviles, del conjunto de partes o piezas necesarias para su armadura o ensamblaje en el país y de automóviles semiterminados, cuyo destino normal sea el transporte de pasajeros o de carga, con una capacidad de carga útil de hasta 2.000 kilos, estará afecta a un impuesto del 85% que se aplicará sobre el valor aduanero que exceda de US\$ 16.361,97 dólares de los Estados Unidos de América". Por su parte, el inciso segundo de la norma en comento señala que: "Para los efectos de la aplicación de este impuesto en las importaciones de conjuntos de partes o piezas de vehículos o de vehículos semiterminados se considerará el valor aduanero que corresponda al vehículo totalmente terminado, fijado por el Servicio Nacional de Aduanas, considerando, por tanto, el valor correspondiente al porcentaje de integración nacional".

Debemos reconocer que existe una corriente de interpretación que estima que estaríamos en presencia de un impuesto externo, y por tanto, no resultaría aplicable dado el tenor de los convenios de libre comercio suscritos por nuestro país. A mayor abundamiento, así lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema en fallo de recurso de protección caratulado Ditec con Aduana de Osorno, ingreso Excma. Corte N° 375-2003, de 1° de abril de 2003.

Tesis del Fisco

El Fisco de Chile estima que el art. 46 del D.L. N° 825 se ajusta totalmente a la normativa de los tratados de libre comercio que ha suscrito Chile hasta este momento.

En efecto, los convenios acordados a la fecha hacen aplicable, ya sea expresamente o bien tácitamente, lo dispuesto en el art. III:2 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT), que forma parte del acuerdo de Marrakech, que estableció la Organización Mun-

dial de Comercio. En efecto, por ejemplo el art. C-01.1 del convenio suscrito con Canadá señala que cada "...Parte otorgará trato nacional a los bienes de la otra Parte, de conformidad con el artículo III del GATT de 1994, incluidas sus notas interpretativas, y para tal efecto, el artículo III del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, o cualquier disposición equivalente de un acuerdo sucesor del que ambas Partes sean parte, se incorpora a este Tratado y son parte integrante del mismo". Lo propio acontece con el tratado suscrito con la Comunidad Europea, cuyo art. 77 repite lo dispuesto por la norma del GATT.

Para comprender el presente análisis, resulta fundamental conocer lo que dispone el art. III:2 del GATT, norma que señala: "Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquiera otra parte contratante no estarán sujetos, directa o indirectamente, a impuestos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos y otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1".

De esta forma, lo que cabe dilucidar es si el impuesto regulado en el art. 46 del D.L. N° 825 se encuentra o no comprendido en la excepción que señala la normativa del GATT, toda vez que éste prohíbe que los productos importados se encuentren sujetos a impuestos **superiores a los aplicados a los productos nacionales similares**.

Si se analiza con cuidado el impuesto en estudio, se llega a la conclusión que éste cumple con todos los requisitos señalados en el art. III:2 del GATT (que corresponde al art. 77 del tratado suscrito con la Comunidad Europea), dado que es un impuesto que se aplica tanto a los productos importados como nacionales y, por cierto que, además, su objeto no es el de proteger la industria nacional, ya que se aplica a cualquier automóvil fabricado en Chile, si se utilizan piezas importadas en su armadura o ensamblaje.

En efecto, el artículo 46 afecta:

- a) A la importación de vehículos automóviles
- b) A la importación de conjunto o partes o piezas necesarias para su armadura o ensamblaje; y
- c) A la importación de automóviles semiterminados.

El impuesto se calcula sobre el valor aduanero que excede cierto monto. En el caso de la importación de vehículos terminados, dicho valor resulta de la aplicación de las reglas pertinentes en la correspondiente importación.

En los otros casos (importación de conjunto o partes o piezas necesarias para su armadura o ensamblaje y vehículos semiterminados) el valor aduanero corresponde al vehículo totalmente terminado, que incluye por lo tanto el valor de la integración nacional, según lo ordena el inciso 2º del art. 46.

En consecuencia, la base imponible del tributo incluye no sólo los componentes importados, sino que todos los costos generados en el país, hasta la terminación del vehículo. Esto es, el impuesto se paga por todos los componentes nacionales agregados en la armadura, incluyendo, incluso, la mano de obra y los márgenes de comercialización del armador nacional.

Lo anteriormente expuesto deja en evidencia que se establece un impuesto interno que se ajusta a lo señalado en el art. III:2 del GATT, en cuanto a no establecer impuestos interiores superiores a los aplicados a los productos nacionales similares. En concreto, la disposición en análisis crea impuestos iguales que, por una parte, gravan las importaciones de vehículos automóviles completos y, por la otra, gravan los vehículos armados, ensamblados o terminados en nuestro país.

El objetivo de la norma es otorgar el mismo tratamiento tributario a los vehículos que se introducen al país terminados, respecto de aquellos que son producidos en Chile, ya sea mediante la introducción de partes o piezas, o de vehículos semiterminados. Esta disposición pone frente a frente y en igualdad de condiciones al fabricante extranjero y al armador o ensamblador. Este planteamiento resulta de absoluta lógica y coherencia con el objeto del tratado: si un impuesto interno gravare en Chile la comercialización de un producto de fabricación europea, y en cambio no gravare el mismo bien manufacturado en Chile, la mercadería chilena haría competencia desleal a la europea.

Aquellos que postulan la tesis contraria a la del Fisco eluden este aspecto fundamental, centrandó su planteamiento sólo en atribuir carácter arancelario al art. 46 y, sesgadamente, inquiriendo si afecta o no a la importación, suponiendo gratuitamente que si la afecta, el tratado haría inaplicable ese impuesto. Esa tesis es equivocada y distorsiona el propio texto del tratado, toda vez que un impuesto puede "afectar" a la importación en el sólo sentido que se cobra en el lugar y en el momento de efectuarse ésta

(como ocurre con el impuesto del art. 46) y, sin embargo, ser un tributo interno. Pero, en todo caso, tal impuesto no será aplicable, conforme al tratado, sólo si protege a la industria nacional y, por ende, lesiona el principio de "competencia leal" con la industria europea. En tal evento, esa industria extranjera podría impugnar la aplicación del impuesto. Pero normalmente no ha sido ella quien denuncie la violación de los diversos tratados, sino agentes económicos particulares y con otros objetivos, no precisamente correspondientes a los intereses del país o comunidad en cuestión.

A mayor abundamiento y para una mejor comprensión del concepto de impuesto interno, resulta útil considerar que el mismo D.L. N° 825, de 1976, que en general grava las ventas internas, dispuso que la importación, entre otras operaciones, debe considerarse como una venta más de las afectas al impuesto (art. 8º letra a) del D.L. N° 825). En consecuencia, la importación misma, ya afinada como tal, queda afectada a este impuesto, del mismo modo que las demás ventas que el D.L. N° 825 describe. Lo anterior tiene como objeto igualar la situación del nacional con la del extranjero, pues de lo contrario el producto extranjero se comercializaría en el país a un menor precio, esto es, la tasa del Impuesto al Valor Agregado.

Lo mismo acontece con el art. 46, en que también hay un impuesto que grava a un importador de vehículos terminados sobre el valor aduanero o CIF, y que el mismo impuesto grava al fabricante, armador o ensamblador nacional de vehículos.

De esta forma se concluye que el impuesto que establece el art. 46 del D.L. N° 825, de 1976, no constituye arancel aduanero de acuerdo a la exclusión que contiene el art. III:2 del GATT (art. 59 letra a) en relación a lo dispuesto en el art. 77 del Tratado de Libre Comercio suscrito con la Comunidad Europea), **dado que se trata de un impuesto que si bien reconoce como hecho gravado la importación, no pierde por tal razón su carácter de impuesto interno, toda vez que grava por igual al producto importado como al de armadura o ensamblaje nacional.**

Por otra parte, también es indudable que se cumple con lo dispuesto en el art. III:2 del GATT (art. 77 del Tratado celebrado entre Chile y la Comunidad Europea), en cuanto a que el impuesto no tiene como objeto la protección de la industria nacional, es decir, no quedan afectas a impuestos u otras cargas interiores superiores a las que gravan a los productos nacionales. De prosperar la tesis contraria, resultaría que los automóviles europeos quedarían en una situación de privilegio frente a los armados en Chile,

pues no se les aplicaría el art. 46. Entretanto, los armados en Chile sí continuarían gravados por este impuesto, que se aplica tanto al valor aduanero de las piezas o partes que vienen del exterior como a las partes nacionales incorporadas en la armadura.

Otro argumento para considerar al impuesto del art. 46 como no violatorio a las normas internacionales es el siguiente: si se hubiese estimado que éste es un tributo de carácter externo, habría sido derogado desde la suscripción por Chile del mismo GATT. Ahora bien, cabe recordar el Decreto 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores que contiene el llamado "Acuerdo de Marrakech", que establece la Organización Mundial de Comercio y los acuerdos anexos a ella, mismos que incluyen el GATT de 1994, en que se recogen las concesiones y compromisos arancelarios de Chile, fue promulgado el 5 de enero de 1995. Es decir, como los tratados de libre comercio suscritos por Chile no incorporan ningún tratamiento ni principio distintos a los ya vigentes en Chile previa entrada en vigencia de los mismos, no podrían producir efectos diversos a los que originaron la suscripción del GATT.

Por otra parte, cabe realizar la siguiente reflexión: cuando se negocia un tratado internacional que contiene elementos tributarios, cada país notifica a los otros países de todas las normas tributarias que rigen en su territorio. De esta forma, no resulta lógico imaginar que los países que han suscrito tratados con Chile fuesen a dejar el tema del cobro del impuesto en estudio a la interpretación que se pudiese hacer del art. III:2 del GATT (art. 77 del tratado acordado con la Comunidad Europea) y no resolver su aplicación o exclusión de manera expresa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que el impuesto que se impugna se encuentra establecido en el D.L. N° 825, cuerpo legal que regula exclusivamente impuestos de naturaleza interna, cuya fiscalización corresponde únicamente al Servicio de Impuestos Internos, institución a la que corresponde la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco (art. 1° del D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos).

El ascenso económico de China y sus actuales desafíos

Raúl F. Campusano

Abogado, Universidad de Chile
Master en Derecho, U. de Leyden
Master of Arts, U. de Notre Dame

Eduardo Silva

Abogado, Universidad Central
Master en Derecho, U. de Castilla

El enorme y acelerado proceso de crecimiento de la economía china, junto con su interesante e inédito proceso de reformas y de mayor inserción en el plano internacional y su posición de actor central y potencia mundial, hacen que todos miren hacia ese país y que lo hagan con una mezcla de admiración, ansiedad, alegría e inquietud, atravesados por la percepción incómoda de percibir lo poco que se sabe de China. La presidencia *pro tempore* de Chile durante 2004 del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico, APEC, puede ser una oportunidad para afinar la mirada hacia más allá del océano y observar China.¹ El presente artículo tiene por finalidad promover el interés en China y en la región Asia Pacífico y colaborar en la difusión del debate sobre la materia en la comunidad académica nacional.

En los últimos 20 años, China ha realizado un impresionante giro hacia una economía dirigida por el mercado. Este proceso ha tenido tres etapas. Primero, un período orientado a establecer una economía planificada basada en recursos primarios (1979-1983). En segundo término, una etapa dirigida a establecer una economía socialista de recursos primarios (1984-1991). Y en tercer lugar, un período de reformas orientado a instituir una economía socialista de mercado (1992 en adelante).²

El objetivo de las reformas ha sido lograr la eliminación de las ineficiencias del antiguo sistema promoviendo la descentralización, la desregulación gradual de las actividades comerciales y una mayor participación del mer-

¹ Los autores desean reconocer la calidad de pioneros en el estudio de China (y de Asia Pacífico en general) en Chile de los profesores Manfred Wilhelmy y Hernán Gutiérrez, a quienes expresan su gratitud, ya que sus textos han sido relevantes en generar el interés propio en el tema. Por supuesto, lo expuesto en el texto es responsabilidad sólo de sus autores.

² Tony Saich. "The search of civil society and democracy in China". *Current History*, september 1992.

cado en la economía. Desde la perspectiva de Beijing, estas transformaciones económicas permitirán impulsar el desarrollo del país y mejorar el bienestar de la población, elemento esencial para alcanzar un mayor estatus internacional y garantizar su seguridad externa. Sin embargo, la planificación central aún sigue jugando un rol importante en algunos sectores de la economía, y por ello puede afirmarse que actualmente China se caracteriza por ser una economía híbrida, en que se mezclan el mercado y la regulación estatal.

El resultado del proceso de reformas económicas ha sido sorprendente. El comercio exterior como porcentaje del PIB pasó del 9,8% en 1978 al 44,7% en 2001. Entre 1980 y 2000, China ha acumulado un total de 309.000 millones de dólares en inversiones extranjeras directas (el 95% de esa cifra –284.000 millones– entre 1993 y 2000). En 2002, China fue el mayor receptor mundial de inversiones extranjeras (53.000 millones de dólares, que se sumaban a los 41.000 millones de 2001 y los 40.000 millones recibidos en 2000) y tuvo un superávit comercial de 103.000 millones de dólares sólo con Estados Unidos, país que absorbe más de la cuarta parte de sus exportaciones y le proporciona transferencia de tecnología.³

Aunque las cifras antes reseñadas evidencian que la economía china es hoy la gran beneficiaria de la globalización, ello trae aparejada también una interesante consecuencia: la creciente interrelación con el exterior. China está ahora más profundamente integrada en la economía mundial. Durante los últimos veinte años, en forma continua se ha incrementado la participación de las exportaciones en la composición del producto interno del país, proceso que lejos de detenerse se ha ido acentuando en el último período. En efecto, en 1978 el comercio representaba el 10% del PIB. Comenzando el nuevo siglo este representa cerca de 45%. Las autoridades chinas han constatado que las exportaciones son responsables de casi el 20% del crecimiento del PIB de la última década.⁴

Al creciente protagonismo del comercio exterior se suma la necesidad cada vez mayor de inversiones y transferencias tecnológicas de Japón y Estados Unidos, naciones que tradicionalmente han tenido ciertas distancias del sistema chino. Este contexto de interrelaciones complejiza sin duda la estrategia china, ya que se aparta de la tendencia histórica a considerar la autosuficiencia como un atributo nacional irrenunciable, a lo cual se suma la posibilidad que perciben algunos dirigentes chinos de que se intente llevar al país en una dirección decidida por otros.

³ Fernando Delage. "La política exterior china en la era de la globalización". Revista *Cidob d'afers internacionals*, 63, septiembre-octubre 2003.

⁴ *Ibíd.*

Los efectos de las reformas han impactado fuertemente en el rol que hoy juegan las empresas estatales en la estructura económica del país. Actualmente, el área más dinámica de la economía es el sector no estatal, compuesto por un importante número de empresas privadas así como de *join ventures* entre extranjeros y empresarios chinos. Las doce multinacionales más importantes de China, según cifras de Naciones Unidas, controlan hoy más de 30.000 millones de dólares en activos en el exterior y generaron 33.000 millones de dólares en divisas en el 2001. Como resultado las corporaciones públicas, que antaño dominaban la economía china, han disminuido progresivamente su participación en el valor agregado industrial, que es de sólo un 25%, frente a casi un 80% que representaban en 1978.⁵

El proceso de transformación desde una economía centralmente planificada hacia una economía de mercado ha puesto al Partido Comunista chino ante la exigencia de reflexionar sobre su estrategia de reforma y modernización. La descentralización gradual del poder ha creado un sistema en el que las elites locales han conseguido un amplio grado de libertad que les permite desarrollar actividades a favor de sus propios intereses o de sus localidades. El compromiso con el bienestar colectivo se matiza hoy con un discurso ideológico que integra los valores del individualismo.

El gobierno chino ha emprendido una política cuyo principal eslogan es "*lograr la riqueza es glorioso*". Esta estrategia enfatiza la creación individual de riqueza a expensas del crecimiento de bienes sociales o colectivos. Las consecuencias de esta nueva mentalidad no sólo se han hecho sentir en la conducta privada de cada individuo, sino que también se ha extendido a la actitud y comportamiento de las autoridades públicas.

Las metas trazadas para los próximos decenios por los máximos dirigentes del Partido Comunista chino son ambiciosas. En el último discurso como secretario general, Jian Zemin propuso como objetivo cuadruplicar el Producto Interno Bruto en 2020 y lograr la consolidación de la clase media como pilar del régimen comunista chino. Aunque China ha superado las proyecciones de economistas y politólogos, por la profundidad y velocidad de los cambios que ha vivido en los últimos años, el país se enfrenta a múltiples desafíos que debe superar para alcanzar los niveles de desarrollo que se han fijado para los próximos veinte años. Existen diversos elementos que colaborarán en la transformación de China hacia un modelo más transparente, justo, eficiente y legal. Entre los más relevantes están los siguientes:

⁵ Shaogunag, Wang. "The Social and Political Implications of China's WTO Membership". *Journal of Contemporary China*, abril 2000.

- Liderazgo político: La capacidad y competencia de los líderes políticos chinos será un factor crucial para lograr los consensos necesarios para implementar las reformas requeridas.
- Factores estructurales: El gobierno chino ha promulgado distintas leyes, en materias como empresas estatales, quiebras, derecho comercial y comercio exterior, las cuales tienen como objetivo establecer un régimen jurídico estable y transparente que asegure el libre juego de las fuerzas del mercado.
- Las autoridades administrativas chinas avanzan en la comprensión y aplicación de las normas sobre comercio y regulaciones en general.
- Reorganización administrativa del país, la que hoy se encuentra dispersa en varios niveles: La organización administrativa china está compuesta por innumerables polos de poder a nivel central, provincial y local. Esto, a veces, dificulta la coordinación, promueve la defensa de intereses locales por sobre los nacionales e impide una recopilación apropiada de información. Por otra parte, también debe promoverse una descentralización de toma de decisiones.

El incremento de las desigualdades es en parte consecuencia del proceso de liberalización, debido a que obliga a una especialización de los trabajadores, fenómeno que deja al margen a aquellos sectores de la población que son incapaces de adaptarse a los cambios. Además, por lo general las economías más abiertas tienden a una menor diversidad en su estructura de producción, circunstancia que ha provocado que la economía China esté más expuesta a las turbulencias de los mercados mundiales.

Por otra parte el crecimiento del producto interno ya no tiene los mismos efectos en el empleo. En los años ochenta cada punto de crecimiento del PIB aumentaba en un 0.32% las oportunidades de empleo. En la década de los noventa la elasticidad es de sólo un 0.91%.⁶

El desempleo que ha generado el proceso de reformas económicas tiene una dimensión regional. Hoy en día los niveles de desocupación son mucho más bajos en las provincias costeras que en sus similares del interior. Esto se refleja también en los niveles de ingreso per cápita. Mientras en 1978 la diferencia entre la población urbana y rural era de 2.6 veces, en 1999 la diferencia ha aumentado a 9.6 veces. Algunos autores sostienen que la desigualdad entre las provincias más desarrolladas y las menos desarrolladas es similar a la que existe entre las economías industrializadas y los países más pobres del mundo.

⁶ *Ibíd.*

El nacimiento de “nuevos ricos” en China ha aumentado la diferencia entre los que “tienen” y los que “no tienen nada”. El descontento podría llevar a que se produzcan manifestaciones políticas, disputas laborales y un aumento de la criminalidad.

En suma, el crecimiento de las diferencias sociales y económicas podría afectar la legitimidad del gobierno chino en dos aspectos. Primero, un régimen legitimado en los principios de igualdad tendría dificultades en un entorno de incremento de las desigualdades. Segundo, las diferencias podrían reducir el nivel de crecimiento. En ese sentido es difícil sustentar un sistema político estable bajo un escenario de severa disparidad económica.

Para enfrentar estos riesgos el gobierno chino ha implementado en los últimos años redes de seguridad social y ha elaborado un plan de cinco años en el que el desarrollo de las provincias interiores constituye la primera prioridad.

Junto al desarrollo de políticas sociales y de ampliación de la cobertura de los servicios de bienestar, el régimen comunista chino está abocado a la tarea de dar mayor competitividad y eficiencia a su economía, atacando los factores que entranaban el libre juego de la competencia y desincentivando la entrada de nuevos agentes económicos al mercado. Los esfuerzos del partido comunista chino se han concentrado en las siguientes iniciativas:

- El reforzamiento de la justa competencia en la economía, mediante la eliminación de las prácticas anticompetitivas, una mayor restricción al uso de subsidios, la corrección de maniobras de *dumping* y la supresión de las medidas discriminatorias hacia los residentes e inversionistas extranjeros.
- La adopción de un régimen económico basado en un sistema de leyes y normas (“*rule of law*”): Actualmente el otorgamiento de licencias y concesiones administrativas depende de decisiones discrecionales de las autoridades (“*rule of men*”) y en muchos casos de los contactos personales con ciertos burócratas (*guanxi*). Este sistema discrecional deberá ser reemplazado por uno basado en leyes y regulaciones. Si bien es cierto que las leyes por sí mismas no cambiarán el comportamiento de las autoridades, sí permitirán reducir los costos operacionales en ciertas áreas.
- Una mayor coordinación del aparato administrativo, que permita lograr un verdadero trabajo en equipo entre las autoridades centrales y los gobiernos locales.
- Un incremento de la competitividad industrial y la reorganización de la estructura empresarial: Muchas empresas del Estado deberán cerrar, en-

trarán en quiebra o deberán fusionarse con otras más competitivas. La estrategia de crecimiento expansivo, basado en una mayor producción, deberá ser reemplazada por una estrategia de crecimiento intensivo, enfocado en una mayor eficiencia y productividad.

El fortalecimiento de la clase media en China y su rol en la apertura política.

La teoría estructural de la democracia postula que el capitalismo es un importante catalizador hacia la apertura democrática.⁷ Para algunos autores, el capitalismo es capaz de generar grupos sociales burgueses y de clase media que son vitales para introducir reformas democráticas, debido a que esos grupos, a diferencia de la aristocracia, no dependen del Estado para desarrollarse y prosperar. Otros analistas sostienen que el capitalismo genera una expansión de la clase media, cuya presión social constituye la primera etapa en el proceso de transición hacia un régimen democrático. En definitiva, la lógica del capitalismo estimularía la formación de alianzas entre grupos sociales para hacer frente al Estado con mayor fuerza y respaldo, y de ese modo ser capaces de prevenir que se produzcan abusos por parte de la autoridad. Este fenómeno sería un factor clave en el crecimiento y desarrollo de la sociedad civil, cuyas manifestaciones pueden adoptar variados canales de expresión en el ámbito político, religioso, cultural y económico.

No obstante lo señalado, la naturaleza del sistema político chino, su historia y características culturales dificultan aplicar esta teoría política, que vincula estrechamente capitalismo y democracia, en una forma categórica y concluyente. De hecho para muchos analistas una de las razones que explicaría el problema para iniciar un proceso de transición democrática en China, después de los eventos de 1989, sería la ausencia de una sociedad civil suficientemente fuerte y estructurada.⁸

La relación entre el capitalismo y el fortalecimiento de la sociedad civil china es uno de los puntos que más debate ha suscitado entre quienes analizan el impacto de las reformas económicas en la apertura política y la democratización del país. Especial interés ha generado el estudio de las consecuencias socio-políticas que puede tener el rápido crecimiento del sector privado y de los grupos sociales que lo representan, esto es, de la clase media urbana y la burguesía.

⁷ Tony Saich. "Negotiation the state: the development of social organizations in China". *China Quarterly*, 2000

⁸ Tony Saich. "The search of civil society and democracy in China". *Current History*, september 1992.

China es, presumiblemente, el primer país en el mundo que introduce el capitalismo como un "modelo" creado exclusivamente por el Estado. En los países europeos el capitalismo y el mercantilismo precedieron e incluso ayudaron al surgimiento de las monarquías. Asimismo, en las naciones surgidas después del colonialismo, el capitalismo fue un legado dejado por las metrópolis, el cual fue adoptado libre y soberanamente por la sociedad y las nuevas autoridades estatales. Esta diferencia incide directamente en la capacidad de los sectores sociales ligados al capitalismo de tener verdaderamente una influencia en el sistema político y gozar de una real autonomía, debido a que como es el Estado chino quien promueve el nuevo modelo económico, este aún conserva su poder sobre la sociedad y es quien determina el ritmo de las reformas económicas.

Así como en una época existió controversia sobre si la descolectivización de las zonas rurales fue el resultado de una dinámica propia del campesinado o bien fue consecuencia de una política premeditada del Estado, hoy en día tampoco hay unanimidad respecto a si el crecimiento de la clase media es un fenómeno espontáneo, o bien es uno más de los elementos que componen la política de reformas del gobierno, y como tal, está sujeto al pleno control de las autoridades. Para el Partido Comunista Chino iniciar el camino hacia el capitalismo no significa renunciar a su ideología política, sino que sólo implica reconocer, en forma pragmática, que ese modelo económico es más eficiente que el socialismo para lograr un mayor desarrollo y bienestar de la población.

Algunos autores son pesimistas en su análisis sobre la verdadera existencia de una sociedad civil en China. Muchos de ellos sostienen que el surgimiento de una burguesía y una clase media no es garantía de que se pueda producir un proceso de apertura política y democratización. Según señalan, existe evidencia histórica que demuestra que en muchas oportunidades los sectores burgueses se instalan dentro de la burocracia, y mientras su posición en el sistema les brinde seguridad y estabilidad, no se sienten estimulados a luchar por una mayor participación política, aunque el régimen de gobierno sea autoritario.⁹ De hecho, en la mayoría de los Estados capitalistas, la burguesía ve con mejores ojos a un sistema liberal oligárquico que a uno plenamente democrático.¹⁰

Sin embargo, hay ciertos miembros de la burguesía que pueden llegar a constituir un grupo pro reformas políticas. Este sector está formado principalmente por aquellos que han logrado una mejor posición social por sí

⁹ Tony Saich. "Negotiation the state: the development of social organizations in China". *China Quarterly*, 2000

¹⁰ *Ibíd.*

mismos. Estos individuos normalmente han conseguido el éxito comercial en las primeras etapas del proceso de transición económica, gracias a la ausencia de regulaciones y a la existencia de nichos en los que resulta más fácil ejercer posiciones dominantes en el mercado. Pero una vez que han alcanzado sus objetivos y se han convertido en importantes agentes del sistema, buscan que el Estado reglamente y ordene el mercado, otorgándole prioridad al denominado "*rule of law*", es decir, a un sistema de normas estable y no discrecional.

La participación política, como es entendida en Occidente, supone una contradicción entre los intereses privados de las personas y el interés de los legisladores y autoridades gubernamentales, conflicto que es normalmente resuelto mediante transacciones y negociaciones. En otras palabras, la contradicción de intereses forma parte esencial del modelo político y social capitalista, así como la relación no jerárquica que existe entre quienes elaboran las leyes y los particulares. En China, en cambio, debido al rol paternalista que ha adoptado el Estado a través de su historia, la relación entre los legisladores y los individuos se estructura en base a un modelo jerarquizado en el que las autoridades del Partido asumen una posición superior. Los conflictos de intereses entre el Estado y los ciudadanos son vistos, en ocasiones, más como un obstáculo para la armonía política que como un elemento que contribuye al progreso social. Mientras en las sociedades occidentales la pugna de intereses genera la desafección política de importantes sectores de la población, en China la actitud de los individuos frente a las autoridades públicas se caracteriza por un alto grado de aceptación.

Pese a lo expuesto, la sociedad civil China puede emerger a través de mecanismos no convencionales y puede utilizar instrumentos muy diversos para alcanzar su objetivo de contrapesar el enorme poder del Partido. Por ese motivo, para encontrar evidencias sobre el surgimiento de una sociedad civil en China no sólo se debe recurrir al análisis de las formas de expresión política, sino que también debe indagarse en otras áreas, que a primera vista parecen estar lejos de lo que tradicionalmente se entiende como manifestaciones del colectivo social.

En definitiva, por lo pronto todo parece indicar que el proceso de reformas económicas ha generado un cambio importante en el modelo político. Se observa que la clase media urbana es cada vez más numerosa y su influencia será determinante en los próximos decenios. En paralelo, el Partido Comunista chino sigue manteniendo el control político del país y es quien establece la profundidad y velocidad de las reformas. En este contexto, la nueva burguesía china está desarrollando, de a poco, un espíritu político reformista y es posible encontrar similitud con otros colectivos sociales de

Occidente en el plano económico. Desde ese punto de vista, para Latinoamérica este grupo social emergente constituye un mercado de consumo muy relevante para la demanda de productos que forman parte de la canasta exportadora de los países de la región.

La inserción de China en el mercado global

El acceso de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2001 constituye un verdadero punto de inflexión para dicho país y para el planeta.¹¹ Existe casi total unanimidad en que el ingreso de la nación asiática a dicha organización fue conveniente para el comercio internacional, ya que incorporó a uno de los grandes actores económicos del mundo en el esquema de normas y regulaciones que reglan las relaciones entre los Estados en materia de libre comercio.

Sin embargo, en diversos sectores aún existe la pregunta sobre la manera en que una economía que todavía en gran parte es regulada por el Estado puede afectar el rumbo del proceso de liberalización del comercio mundial que se está llevando a cabo en el seno de la OMC. Para algunos autores el ingreso de China al órgano rector del comercio internacional puede tensionar los paradigmas en que se fundamenta esta institución y sostienen que la influencia de este país en el desarrollo de las futuras negociaciones podría significar un retroceso en los logros alcanzados hasta la fecha. Además, existe la posibilidad de que la incorporación de China como miembro produzca una distorsión en el proceso de la OMC y que este país no juegue bajo las reglas del libre comercio. El fundamento de esta preocupación dice relación con cuál es el verdadero grado de compromiso del gobierno chino respecto a las obligaciones contraídas en materia de desregulación y transparencia en su mercado interno y en sus operaciones de comercio exterior. Más aún, suponiendo que realmente existe la voluntad política de observar los acuerdos, se plantean dudas sobre si las autoridades del país tienen realmente la capacidad de implementar las medidas necesarias para ceñirse a los compromisos adquiridos. Sin embargo, otros sectores de analistas observan con enorme satisfacción y confianza el enorme paso dado por China al ingresar a la OMC y auguran un beneficio general derivado de esta opción.

La plena inserción de China en los mercados mundiales ha generado cambios en el diseño y ejecución de su política exterior, pero no en sus objetivos. Estos fueron establecidos en su día por Deng Xiaoping: la consolida-

¹¹ Joseph P. Quinlan. "América Latina: A la sombra de China". *Foreign Affairs* en español, julio-septiembre 2003.

ción del Estado chino, un objetivo que implica el mantenimiento del régimen comunista; la integridad territorial, que se refiere básicamente a la recuperación de Taiwán; y la búsqueda de un mayor prestigio y poder en la escena internacional. La prioridad del crecimiento económico y la realidad de la interdependencia han determinado un nuevo enfoque en la relación de China con el exterior y su percepción del mundo. La posición internacional del gigante asiático ha evolucionado a lo largo de los años noventa en la dirección de una creciente moderación y responsabilidad. Desde finales de la última década, Beijing ha mostrado una llamativa mejora en sus relaciones con Washington, en el acercamiento a otros países asiáticos y en la defensa de unos procesos multilaterales en los que anteriormente no creía.¹²

La modernización económica y militar en la era posmaoísta y la consecución de símbolos de poder y estatus –miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, adhesión a la OMC, anfitrión de la cumbre del foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (APEC) en 2001 y de los Juegos Olímpicos en 2008– han dado a Beijing una mayor confianza y seguridad en los asuntos internacionales.

China hoy más que nunca percibe que debe jugar un rol de liderazgo en Asia, asumiendo una mayor responsabilidad en la mantención de la estabilidad regional. Durante los últimos años los países asiáticos han observado cómo el crecimiento chino ha ido muy por delante del resto de la región. Una economía que en 1980 era veinte veces menor que la japonesa –la segunda mayor del mundo– representa hoy su cuarta parte. De seguir las actuales cifras de crecimiento de ambos países, en menos de veinte años el PIB chino habrá alcanzado al de Japón. Aunque sólo sea por su población, es cuestión de tiempo que China se convierta en la principal economía de Asia y, por tanto, en un socio prioritario para otras naciones del Pacífico.¹³

Es en el sureste asiático donde se ha producido la evolución más significativa en la creciente influencia china en Asia. A través de diversas iniciativas, China está ejerciendo su influencia económica y política sin provocar la formación de alianzas hostiles entre sus vecinos.¹⁴ Beijing ha proporcionado ayuda financiera al desarrollo, impulsado la creación de un área de libre comercio con el Sureste asiático y apoyado los esfuerzos regionales contra el tráfico de drogas y la defensa del medio ambiente. Más significativo aún

¹² Fernando Delage. "La política exterior china en la era de la globalización". Revista *Cidob d'affers internacionals*, 63, septiembre-octubre 2003.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Burstein, Daniel, y De Keijzer, Arne. *Big Dragon. China's Future*. Edit. Simon & Schuster. New York, 1998.

es que, superando sus antiguas reservas hacia los foros multilaterales, haya participado activamente en la creación de ASEAN+3 (junto a Japón y Corea del Sur).

Las consecuencias de la transformación económica que vive China no se extienden sólo al ámbito vecinal. En efecto, no existe región, y probablemente Estado, que no sienta o vaya a sentir los efectos del sorprendente crecimiento de China y su irrupción en los mercados internacionales como un actor de enorme influencia y poder. Entre esas regiones del orbe, una de las que sufrirán mayor impacto será América Latina. Es más, es posible aseverar que cualquier política comercial que en su diseño no contemple al gigante asiático como una de sus variables de mayor relevancia estará condenada al fracaso. Como China hace una sombra tan grande sobre la economía mundial, los dirigentes latinoamericanos, tanto en el sector público como en el privado, deben empezar a formular políticas y estrategias que tomen en cuenta la entrada de este país en la economía del planeta.¹⁵

La relación bilateral entre América Latina y China es aún germinal, pero está creciendo. Por ejemplo, el comercio total entre ambas partes se multiplicó por 10 en el periodo de 1993 a 2001. Aun así, el comercio total, de sólo 13.500 millones de dólares en 2001, apenas superó el comercio total con África y fue una cuarta parte menor que el comercio de China con los países europeos en vías de desarrollo.

Los vínculos de inversión entre América Latina y China han hecho que los flujos comerciales queden a la zaga. Cerca de 50 compañías chinas tienen inversiones directas en Brasil, según cifras gubernamentales, dirigidas sobre todo a sectores como aprovechamiento forestal, procesamiento de alimentos, transporte e industria ligera.

Para China la política de exportaciones tiene un cariz político-social e incluso estratégico. De ahí el ahínco con que el país encaró el ser miembro pleno de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Según los líderes del Partido Comunista, sólo si las exportaciones continúan creciendo a tasas anuales por encima del 25% será posible crear el número de empleos requeridos para absorber los 200 millones de individuos que estarían subempleados o laborando en el sector informal.¹⁶

Esta verdadera cruzada nacional que está realizando China en pos de incrementar su crecimiento económico a través del comercio exterior, la

¹⁵ Joseph P. Quinlan. "América Latina: A la sombra de China". *Foreign Affairs* en español, julio-septiembre 2003.

¹⁶ Sebastián Edwards. "El desafío que nos plantea China". *La Tercera*, 23 noviembre 2003.

convierte en un competidor temible en una multitud de sectores globales –sobre todo en industrias de artículos de bajo valor como textiles, juguetes y electrónica– debido a sus bajos costos en materia de salarios, que son una fracción de los de muchas partes de América Latina.

Aquellos países que compiten con China en el mercado global –México y, hasta cierto punto, Centroamérica– vivirán días difíciles. Sus productos –manufacturas livianas y prendas de vestir– experimentarán fuertes caídas de precios y los inversionistas extranjeros preferirán instalarse en China para así aprovechar los bajos costos de mano de obra (los costos laborales por hora en México son cuatro veces más altos que en China). Como consecuencia de ello, los tipos de cambio en estos países sufrirán fuertes presiones y sus monedas tendrán que devaluarse fuertemente en un esfuerzo por revivir su competitividad. Contrarrestar la preponderancia de China en las manufacturas implica que América Latina debe elevar la competitividad de su sector agrícola, incrementar sus niveles de productividad en sectores primarios tan importantes como la minería y la pesca, y fomentar el crecimiento en actividades críticas de servicios, como el turismo.¹⁷

Pero China continental es más que una mera fuente de oferta global; también es una enorme fuente de demanda global. En 2001 importó más de 250.000 millones de dólares del resto del mundo. Una gran porción de las importaciones totales (un poco más de la mitad) se relacionó con el comercio de reprocesamiento de China, o con la importación de partes y componentes de bienes que luego se exportaron. Aun si se excluyen las importaciones para el reprocesamiento, las importaciones chinas fueron de más de 100.000 millones de dólares en 2001, cosa que hace de esa nación uno de los mayores importadores del mundo.

La demanda de China de materias primas e insumos para su industria de exportación se incrementará en forma progresiva, a la par del crecimiento de su sector exportador, lo cual constituye una excelente oportunidad de negocios para naciones ricas en recursos energéticos, minerales y agrícolas. En la actualidad China es uno de los mayores consumidores del mundo de mercancías agrícolas (como la soja) y de metales (como el cobre y el aluminio). Aunque es un fuerte productor de acero, China es también un importador neto dada el alza de su demanda en las últimas décadas. En efecto, la demanda de acero en China creció a más del cuádruple desde 1980. La nación consumió más de 130 millones de toneladas en 2000, poniéndose por arriba de Estados Unidos y convirtiéndose en el mayor mercado del planeta. En cuanto al petróleo, el consumo chino todavía es

¹⁷ Joseph P. Quinlan. "América Latina: A la sombra de China". *Foreign Affairs* en español, julio-septiembre 2003.

bajo en comparación con el resto del mundo, pero tiende a incrementarse conforme más chinos compren automóviles y los pongan en circulación.

Dentro del privilegiado grupo de países capaces de satisfacer las demandas de China se encuentra Chile, así como también otras naciones latinoamericanas como Brasil y Argentina. Estos Estados se beneficiarán de la rápida tasa de crecimiento del gigante asiático, ya que podrán aumentar sus volúmenes de exportaciones hacia esa región. Más aún, la creciente demanda de China por *commodities* hará que sus precios aumenten, beneficiando a los países productores.

A primera vista la mayor demanda por productos que constituyen el principal componente de la oferta exportadora de Chile es un enorme beneficio para dicha economía. Sin embargo, un análisis más profundo del proceso que hoy vive China y su relación con naciones como Chile permite concluir que el verdadero beneficio se encuentra en atraer el capital de este país a la región, o seducir a las multinacionales chinas más grandes para que inviertan en el campo local, ya sea en la industria y la agricultura o en los proyectos de extracción de recursos. No es muy sabido que China es un importante exportador de capitales. Pero la inversión en el exterior por parte de las compañías de China ha sido muy agresiva en la década pasada.

Junto a lo anterior, los países exportadores de productos primarios se enfrentan al desafío de no verse obligados a depender en forma permanente de la explotación de sus recursos naturales. El hecho de que China se esté transformando en "la fábrica del mundo", copando casi todos los espacios del mercado global en el sector de industrias livianas e intermedias, impedirá que Chile y otros Estados de Latinoamérica incursionen en dichas áreas, con el consiguiente perjuicio que ello provocará en el desarrollo tecnológico y la constante presión a que estarán expuestas sus riquezas naturales. La respuesta a este dilema está en ascender en la cadena de valor de las mercancías, o producir bienes con más valor agregado.

El desafío de Latinoamérica es transformar la potencial amenaza comercial que representa China para las naciones de la región en una oportunidad. Así lo han entendido los vecinos del gigante asiático, quienes se han organizado para negociar con una sola voz y un mismo proyecto. La ASEAN, organización que reúne a 10 miembros del Sureste de Asia, ha alcanzado importantes niveles de cohesión económica y política que ya están reportando dividendos en su acercamiento a China. Si culminan con éxito las negociaciones, la integración entre las economías de ASEAN y el mercado chino puede formar el área del libre comercio más grande del planeta, cuyas repercusiones se dejarán sentir en todo el comercio internacional.

Fragmentadas y carentes de cohesión, las economías latinoamericanas contrastan con la realidad de la región asiática. Las dificultades políticas y económicas que viven la mayor parte de los países del continente han frenado los esfuerzos dirigidos a fortalecer los distintos esquemas de cooperación e integración comercial. Esta realidad, además de restar poder político y capacidad de negociación, se traduce también en que no es posible aprovechar las economías de escala de un solo mercado (a diferencia de la ASEAN), factor que ha disuadido a las corporaciones chinas de invertir grandes montos en la región.

Para contrarrestar estas debilidades, las economías latinoamericanas que integran el Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC) –México, Chile y Perú– deben dar la máxima prioridad a la tarea de contraer compromisos con el organismo comercial regional más importante de Asia. Una estrategia así intensificaría los vínculos multilaterales de la región con China y el resto de Asia, y facilitaría que fueran más amplios el diálogo y la consulta sobre diversos temas.

Referencias

- Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview. Estados Unidos, 1992, 1998.
- Campusano, Raul F. "Chile y el Foro Económico Asia Pacífico, APEC". *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Coquimbo, 2001
- Campusano, Raul F. *Estudio Comparado de Ordenamientos Jurídicos en Economías APEC: Derecho del Medio Ambiente y la Actividad Minera en Australia, Canadá, China y Japón*. Colaboradora: Emilia Bolocco. Ministerio de Minería, 1999.
- Comisión Chilena del Cobre. *Mercado del cobre y desarrollo sustentable de la economía*. Recopilación de trabajos. "Mercados de Asia Pacífico: India, Corea, China y Japón". Santiago de Chile, 2003.
- Bowring, Philip. "Post-Deng China: The Next Phase". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview. Estados Unidos, 1992, 1998.
- Delage, Fernando. "La política exterior china en la era de la globalización". *Revista Cidob d'afers internacionals*, 63, septiembre-octubre 2003.
- Dernberger, Robert F. "The Chinese Economic System Today". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview. Estados Unidos, 1992, 1998.
- Levy, Richard. "Corruption, economic crime and social transformation since the reform: the debate in China". *Australian Journal of Chinese Affairs* 33. January 1995

- Lavelly, William. "Demographic and Social Change". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.
- Lizhi, Fang. "The Chinese Amnesia". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.
- MacFarquhar, Roderick. "The End of Chinese Revolution". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.
- Quinlan, Joseph P. "América Latina: A la sombra de China". *Foreign Affairs* en español, julio-septiembre 2003
- Rozman, Gilbert. "The Confucian Faces of Capitalism". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.
- Saich, Tony. "Negotiation the state: the development of social organizations in China". *China Quarterly*, 2000
- Saich, Tony. "The search of civil society and democracy in China". *Current History*, september 1992.
- Thomson, C. James. "Americans and the 'Loss' of China". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.
- Toro Mendoza, Sergio. "2001 Annus Admirabilis: La Política Exterior de China. De la Guerra del Opio a la Globalización". Revista *Diplomacia*, Santiago, N° 88, julio-septiembre 2001.
- Wang, Shaogunag. "The Social and Political Implications of China's WTO Membership". *Journal of Contemporary China*, abril 2000.
- Wilhelmy, Manfred. "El proceso de reformas de China y su Política Exterior". *Estudios Públicos*, N° 78, 2000.
- Whyte, Martin. "Mao's Revolution and Chinese Culture". En Bortthwick, Mark. *Pacific Century*. Edit. Westview, Estados Unidos, 1992, 1998.

Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas

Patricio Oyaneder Davies

Ex Profesor Ayudante de Derecho Penal I
y Derecho Penal Económico
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Autonomía de la voluntad y contrato

La autonomía de la voluntad de los particulares en la determinación de su interés ha sido la piedra angular del sistema de derecho privado a partir de las conquistas producidas tras la Revolución Francesa. A partir de ese momento el individuo pasó a ser considerado plenamente libre para escoger la forma y términos en que se obligaría para satisfacer sus necesidades. Se hablaba, entonces, de una libre e igualitaria discusión de los términos en que se produciría el vínculo jurídico cuya fuente sería el contrato que lo sustentara y le diera el amparo del derecho. Si bien estas ideas fueron efectivamente plasmadas en las legislaciones surgidas al alero de los postulados de la revolución francesa, no puede dejar de establecerse que ello no ha sido, siquiera desde sus inicios, más que una mera aspiración, pues, en la realidad, ello fue y será plenamente imposible dada la diferencia de poder que ostentan en la práctica cada una de las partes que intervienen en la formación del contrato. Habrá, por tanto, siempre una parte más “fuerte” y una más “débil”; y aquella estará en condiciones de imponer sus términos, generalmente por la necesidad de contratar en que se encuentra la más débil (v. gr. crédito de consumo, compra de un bien al que siempre ha aspirado, necesidad de obtener una determinada prestación en situación de emergencia, etc.). El contrato, en consecuencia, si bien ha cumplido –y seguirá haciéndolo por cierto– un rol fundamental como instrumento que posibilita el intercambio de bienes y servicios amparado por el derecho, ha llegado a un estadio en el que los postulados que lo fundaron –tal como hemos venido entendiéndolos– han entrado en una “crisis” que proviene del develamiento de la inoperabilidad fáctica de dichos principios.

A develar este mito han contribuido indudablemente las profundas transformaciones socioeconómicas que tuvieron lugar en los albores del siglo XIX y la expansión de la actividad industrial, al amparo de la cual se formaron los grandes conglomerados de empresas que, para hacer frente a requerimientos que la celeridad en el intercambio de bienes y servicios demandó, comenzaron a forjar lo que actualmente se ha venido en denominar contratación en masa. En ella se prescinde en absoluto de las tratativas previas a la celebración del contrato que regirá los intereses de las partes, por resultar inoficioso para la empresa, la que se sitúa en una posición en que ofrece sus bienes o servicios en las mismas condiciones a unos mismos grupos de clientes. De modo que el oferente (empresario por regla general) ya no vislumbra la necesidad de recurrir a la negociación de los contratos que implican "prestaciones tipo", con lo cual se optimizan sus recursos evitando pérdidas de tiempo estériles al desterrar del *iter constitutivo* del contrato el estadio en el que tenían lugar las tratativas.

Lo apuntado ha significado un real avance al destrabar el forjamiento de las relaciones jurídicas tipo a que nos venimos refiriendo; empero, cabe advertir, que esta técnica de contratación, como todo, puede ser bien utilizada o no. Esto último tiene lugar cuando el más "fuerte" (predisponente diremos en adelante) abusa de su posición para imponer cláusulas vejatorias (o abusivas) al más débil. La práctica ha demostrado que esto es de usual ocurrencia, pues, por regla general, uno de los contratantes se encuentra en la necesidad de procurarse dicho bien o servicio al coste que sea.

Adicionalmente, como se habrá advertido, la forma en que se manifiesta el consentimiento en estos contratos, dado el modo en que ellos son perfeccionados, se opera por la mera adhesión de quien precisa de un bien o servicio; de modo que esta parte del acuerdo no tiene posibilidad de discutir los términos del contrato, lo que es una lógica consecuencia de lo expuesto.

No es extraño, entonces, que en un sistema de derecho privado de inspiración francesa se sostenga que una de las máximas expresiones de la autonomía de la voluntad radica en la libre discusión de las cláusulas que conformarán el marco jurídico de acuerdo al cual habrán de desenvolverse los contratantes una vez prestado su consentimiento para obligarse. No se ha reparado, empero, en que la realidad ha dado por superada esta forma de regulación de los propios intereses y ha cedido ante la imperiosa necesidad de "optimizar" la celeridad del tráfico mercantil a través de la celebración de contratos en los que una de las partes es la que ha preredactado el contrato y la otra se circunscribe a aceptarlo o no.

2. Contratos por adhesión

A modo de introducción a este tópico es de provecho recordar lo apuntado por Saleilles acerca de los contratos por adhesión, quien expresaba que en pleno auge de la revolución industrial y contratación en masa: "Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer (...); se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de ese acuerdo ya creado por él mismo".¹

En nuestro ordenamiento jurídico los contratos de adhesión se encuentran regulados en la Ley de Protección al Consumidor, Ley N° 19.496, publicada en el Diario Oficial de 7 de marzo de 1997. El N° 6 del artículo 1° de la citada ley define el "Contrato de adhesión" como *aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.*

Antes de entrar de lleno en esta materia resulta imprescindible hacer una precisión conceptual. Como se habrá advertido, nuestro legislador se refiere a los "contratos de adhesión", lo que francamente es un desacierto. En efecto, hablar de contrato de adhesión conduce al equívoco de entender que estamos en presencia de un tipo contractual especial (de contenido propio), siendo que lo que se opera en el contrato por adhesión es que en él la aceptación se manifiesta de dicha forma, es decir, por adhesión. En consecuencia, en el contrato por adhesión, como bien ha puntualizado Videla Escalada, "sólo se encuentra en juego, y asume características especiales, uno de los elementos esenciales del contrato: el consentimiento".² Es por ello que cualquiera de las figuras contractuales, sea ésta típica o no, es susceptible de ser celebrada de esta manera (v. gr. contrato de compraventa, arrendamiento, comodato, seguro, leasing, garaje, etc.). Hay, entonces, en estos casos una manifestación de voluntad libremente expresada, pues –obviamente– la obligación de contratar no existe; cuestión que es distinta de la falta de discusión del contrato. En

¹ Citado por García Amigo, Manuel, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Ed. Mc Graw Gill, Buenos Aires, 1995, pág. 211.

² Videla Escalada, "Contratos por Adhesión", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, 1968, pág. 718.

suma, estamos ante otra forma más de manifestar la voluntad que se agrega a las ya previstas en el resto del plexo jurídico. Por lo mismo, insistimos, se trata de un contrato celebrado por adhesión y no de adhesión.

Ahora bien, las consecuencias que de ordinario pueden derivarse de la presencia en la formación del contrato de esta “peculiar” modalidad de manifestación de la voluntad, más precisamente de la aceptación de la oferta, han llevado al legislador a otorgarle una tutela especial, imponiendo resguardos adicionales a los que existen en los contratos que –teóricamente las más de las veces– se celebran tras un proceso de “libre discusión” (contratos discrecionales o paritarios, como algún sector de la doctrina prefiere llamarlos). Y ello es lógico que así sea, pues de un lado se posibilita que el intercambio de bienes y servicios se efectúe con la celeridad que impone el correcto funcionamiento de los mercados y, de otro, se protege a la parte más débil de los abusos de que puede ser objeto al contratar de esta forma. Se suma a ello, para nosotros, otra razón también de índole práctica que amerita la señalada protección al contratante más débil, ya que si bien una libre discusión de los contratos hace presumir una igualdad de condiciones de las partes en la determinación de sus intereses, no es menos cierto que no existe una efectiva posibilidad de que el contratante más débil cuente con los mismos conocimientos y recursos que el más fuerte de la relación jurídica proyectada, quien, de ordinario, está constantemente asistido por equipos multidisciplinarios de profesionales versados en las materias involucradas en la operación propuesta. De donde no es artificioso colegir que siempre existirá el riesgo de que el contrato, celebrado por adhesión o no, lo deje sometido a *condiciones vejatorias*, ya sea abierta o encubiertamente. Por lo mismo, nos parece adecuado que el peso de ceñirse al respeto de los derechos de la contraparte ha de estar a cargo de quien cuente con mayores medios y conocimientos, vale decir, de quien sea presumible que está en mejores condiciones de velar por el acatamiento al orden jurídico y, por lo mismo, de dictar una ley particular de conformidad a él.

En suma, como apuntan los profesores argentinos Jorge Garrido y Roque Zago, lo determinante en los contratos por adhesión “es la falta de libre debate entre las partes para la celebración del contrato”,³ de modo que el rol del aceptante en la formación del contrato queda limitado a aceptarlo o no tal como se le propone, sin posibilidad de discutir su contenido (*take or leave it*, o sea, tómelo o déjelo). Esta es, precisamente, la idea que receptó el Código Civil peruano de 1984, cuyo artículo 1390 dispone que

³ Garrido, Jorge, y Zago, Roque, *Contratos Civiles y Comerciales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, pág. 133.

el contrato es celebrado por adhesión “cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

El Anteproyecto de Código Unificado Argentino (Civil y Comercial) de 1998, emanado de la Comisión creada por Decreto 685/95, integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, contempla de modo más íntegro los tópicos involucrados en la llamada contratación moderna al incluir las siguientes definiciones en su artículo 899: “Se denomina a) *Contrato*, al acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. b) *Contrato discrecional*, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. c) *Contrato predispuerto*, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y *cláusula predispuerta*, a la cláusula del contrato en iguales circunstancias. d) *Condiciones generales*, a las cláusulas predispuertas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. e) *Contrato celebrado por adhesión*, al contrato predispuerto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”. Los artículos 890 y siguientes del proyecto acotan los alcances de estas definiciones.

Nos parece atinada la distinción que hace el proyecto argentino entre prerredacción, condiciones generales de contratación y la celebración de contratos por adhesión, pues como bien puntualiza sobre el particular el profesor Atilio Alterini: “No deben ser confundidas la *prerredacción* y la sujeción a *condiciones generales de contratación* con la *celebración por adhesión*: en el contrato tipo hay un plan o programa de contratación masiva, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo, y esto subjetivo”.⁴

Por último, hemos de hacer hincapié en que nuestro ordenamiento jurídico vigente no contempla una regulación de aplicación general respecto de los contratos celebrados por adhesión, pues, como ha quedado dicho, sólo en lo que a los contratos así concluidos relativos a las relaciones de consumo se encuentra tratado este trascendente tópico.

⁴ Alterini, Atilio, Ameal, Oscar y Lopez Cabana, Roberto, *Derecho de Obligaciones, Civiles y Comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 686.

3. Contratos predispuestos y condiciones generales de contratación.

La utilización de las condiciones generales de contratación no es un fenómeno nuevo o propio de nuestro tiempo, pues, como bien ha puntualizado Atilio Alterini: "Seguramente, en los contratos de empresa, las condiciones generales y las cláusulas abusivas tuvieron su primera expresión en las pólizas de seguros, que fueron usadas por lo menos desde el siglo XVI".⁵ A partir de allí, claro está, su uso se extendió a una inimaginable cantidad de operaciones, que en la actualidad comprenden la contratación de transporte terrestre, marítimo y aéreo, la contratación bancaria, las compraventas en masa, los contratos de suministro de servicios básicos (luz, agua, telecomunicaciones), los contratos de hospedaje y de turismo, los contratos de depósito en almacenes generales, los contratos de publicidad y de espectáculos públicos, entre otros muchos.

Resulta de sumo interés para ilustrar lo que venimos explicando lo apuntado por el catedrático español Manuel García Amigo, quien destaca que la utilización de las condiciones generales de los contratos "realmente tiene sentido cuando una empresa realiza servicios o produce bienes de una manera sistemática y regular para el gran público, para una clientela indeterminada y actuando un tráfico en gran escala. Es evidente que el nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo: ellas representan un paso más en la evolución técnica de dicho instrumento jurídico y corresponden a las necesidades económicas y sociales de nuestra época, de la que representan un medio técnico-jurídico inseparable (...). En resumen, la utilización de condiciones generales representa la racionalización de la técnica contractual, como manifestación concreta del proceso racionalizador de la total actividad de la empresa".⁶

En el ámbito legislativo cabe destacar lo preceptuado en el Código Civil italiano de 1942, cuyos artículos 1341 y 1342 establecían que las condiciones generales son válidas si al momento de la conclusión del contrato eran conocidas o podían serlo con diligencia ordinaria, exigiéndose su expresa aprobación de diversas cláusulas, como por ejemplo de las que establecen a favor de quien las ha predispuesto limitaciones de respon-

⁵ Alterini, Atilio, *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁶ García Amigo, Manuel, *Condiciones Generales de los Contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 13.

sabilidad, facultades de rescindir el contrato o bien sancionan a cargo del otro contratante plazos de caducidad o de suspender el ejercicio del contrato, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.⁷ Esta normativa, meritoria en su época por cierto, no ataca el fondo del asunto, pues, en definitiva, permite la existencia de dichas cláusulas a condición de que hayan sido conocidas y aceptadas por la parte más débil, cuestión que, como sabemos, de ordinario ocurrirá por las razones expuestas *supra*. En consecuencia, no se ataca efectivamente la existencia de estas disposiciones, sino la forma en que ellas pueden insertarse en el contrato que dará origen a la relación jurídica obligacional particular para que sean válidas. Por ello, lleva la razón González cuando advierte que con ello se obtiene una suerte de “sadismo jurídico”, en el sentido de que la víctima sólo obtendrá una mayor y mejor información de los abusos de que será objeto.⁸

En atención a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley alemana de Condiciones Generales de Contratación, de 1º abril 1977, y en el artículo 1392 del Código Civil peruano, podemos afirmar con Alterini que las condiciones generales son las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. La citada disposición del Código Civil de Perú define las condiciones generales como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

Otra interesante definición de las condiciones generales de contratación la encontramos en la Ley de Condiciones Generales de España, Ley 7/1998, cuyo artículo 1º es del siguiente tenor: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

⁷ Cabe hacer presente que la citada normativa italiana ha sido modificada para adecuarla a las disposiciones de la directiva 93-13 de la Unión Europea.

⁸ Citado por Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, en *Defensa del Consumidor*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 199.

Por lo tanto, lo que se predispone, o sea, lo que se dispone anticipadamente es el contenido del contrato, constituido por cláusulas predispuestas o condiciones generales.⁹

A la luz de cuanto llevamos dicho, cabe advertir, antes de cerrar este apartado, que no se debe confundir una forma de confección del contrato (prerredacción) con una forma en que éste puede perfeccionarse (adhesión).

Lo preocupante es cuando el predisponente hace abuso de su posición dominante o monopolística para imponer al adherente cláusulas abiertamente contrarias a la moral, las buenas costumbres o la buena fe, que generan una descompensación entre los derechos y obligaciones de las partes, como cuando se ponen del lado del adherente penalidades excesivas por retardo en el cumplimiento, y del lado del predisponente, en cambio, exoneraciones o limitaciones de responsabilidades cuyos hechos constitutivos rayan en el libre albedrío.

La misión del legislador ante la existencia de las condiciones predispuestas es dotar al orden jurídico de un arsenal jurídico que tutele los derechos de los más débiles a fin de evitar que su utilización se convierta en el medio para que el más fuerte ejerza en perjuicio de la otra parte su poder. Por ello, la doctrina actual está conteste en que en esta materia debe primar una interpretación tuitiva del más débil.

Lo importante, para nosotros, frente a esta irrefutable realidad del tráfico actual es encontrar la forma de asegurar la mantención de la equivalencia negocial e impedir el desequilibrio en desmedro del más débil, lo que para muchos se logra, entre otros medios, a través acentuación de la responsabilidad por daños. Para ello, como bien han puesto de manifiesto los profesores argentinos Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz, "son necesarias precauciones legislativas, cuyo propósito no es afectar sino restaurar la libertad del lado donde es amenazada, en función de la tutela del débil jurídico, que nada tiene que ver con una supuesta "imbecilias del consumidor".¹⁰ Todo ello, demás debiera estar decirlo, teniendo siempre en cuenta la celeridad que requiere el intercambio de bienes y servicios; por lo que ambos aspectos deben ser tutelados sin fortalecer uno en desmedro del otro, sino sólo a efectos de mantener los equilibrios.

⁹ En igual sentido, Stiglitz, Rubén, y Stiglitz, Gabriel, "Control de las Cláusulas Predispuestas", en *Revista Jurídica La Ley*, 1987.

¹⁰ Alterini, Atilio, López Cabana, Roberto, y Stiglitz, Gabriel, "La protección del Consumidor en el Marco de un Proyecto de Ley", en *Revista de La Ley*, tomo 1989-B, pág. 1002.

4. Cláusulas abusivas

La Directiva 93-13 de la Unión Europea, de 5 de abril de 1993, relativa a los contratos de consumo, define las cláusulas abusivas como aquellas que no se han negociado individualmente, y con independencia de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. A tal efecto, se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos de contratos por adhesión.

Cabe observar que lo abusivo no necesariamente va a surgir únicamente de lo estipulado en una cláusula en particular, sino que puede emerger encubiertamente del contexto del contrato, es decir, del conjunto de sus cláusulas.

Para hacer frente a este tipo de cláusulas, que no son exclusivas del ámbito del derecho del consumidor, el orden jurídico dispone de un conjunto de recaudos destinados a poner coto a los abusos que a su alero pretendan fraguarse. Así, en el Código Civil encontramos diversas normas que tienden a ese fin, como son las que impiden la condonación anticipada de dolo (y de la culpa grave, conforme lo sostienen doctrina y jurisprudencia dominantes), la prohibición de reducción convencional del plazo de prescripción, la cláusula penal enorme y la lesión enorme, entre otras. A ello naturalmente deben sumarse como criterios rectores la buena fe, la moral y las buenas costumbres, todos llamados a cumplir un rol fundamental en la materia en atención a su carácter de principios generales del derecho.

Por último, cabe advertir, como acertadamente lo hace Jorge Mosset Iturraspe, que "si bien es verdad que las cláusulas abusivas pueden darse aun en contratos celebrados 'por la discusión' o 'igualitarios', y que no siempre el acuerdo por la adhesión implica la presencia de cláusulas semejantes, la realidad comercial muestra que la vinculación es íntima o estrecha: el predisponente del contenido comercial, quien redacta las cláusulas, suele caer o incurrir en abusos o aprovechamientos".¹¹

¹¹ Mosset Iturraspe, Jorge. "Las Cláusulas Abusivas en la Contratación (Informe del Derecho Argentino)", en *Revista de Derecho Comparado*, N° 1, Cláusulas Abusivas I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 38.

5. Contratos de consumo y cláusulas abusivas

Conforme lo hasta acá expuesto, es dable sostener que el mayor campo de aplicación de los contratos predispuestos, de los contratos celebrados por adhesión y de las cláusulas abusivas tiene lugar en el ámbito de los contratos de consumo. Es, precisamente, en este punto en el que se mezclan con mayor fuerza todas las materias reseñadas. Por lo mismo, en la medida que el tratamiento de la materia nos lo ha permitido, hasta este punto sólo hemos hecho mención a la protección que el derecho confiere al adherente en cualquier clase de contrato que éste concluya de esa forma. Empero la cuestión no se agota allí, sino que por el contrario, entre nosotros, dicha protección surge de un modo especial a raíz de la celebración de los contratos de esa forma sólo a condición de que estemos frente a un contrato de consumo, conforme se dispone en el ya transcrito N° 6 del artículo 1º de la Ley N° 19.496 (Sobre Protección al Consumidor). Ello, insistimos, no quiere decir que dicha forma de perfeccionamiento de los contratos no sea aplicable fuera de las relaciones de consumo, mas si respecto de ellas no existe un marco jurídico específico.

Para ilustrar el estado actual de lo que se entiende por cláusulas abusivas, creemos de provecho hacer una breve remisión a lo que el derecho comparado y el nacional han entendido que son las mismas.

A. Cláusulas abusivas en la legislación paraguaya

La Ley paraguaya N° 1334/98, sobre Protección al Consumidor y Usuario, se refiere en su artículo 28 a las cláusulas abusivas, entre las que menciona:

- a. Las que desnaturalicen las obligaciones o eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños;
- b. Las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c. Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- d. Las que impongan la utilización obligatoria del arbitraje;
- e. Las que permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato;
- f. Las que violen o infrinjan normas medioambientales;

g. Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y

h. Las que impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor o causen su indefensión.

B. Cláusulas abusivas en la legislación argentina

La Ley argentina N° 24.240, en su Capítulo IX, titulado "De los Términos Abusivos y Cláusulas Ineficaces" (artículos 37 a 39), trata el tema en comentario. Particular interés reviste a los efectos de este apartado lo dispuesto en el artículo 37 de esta ley, que es del siguiente tenor: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

– Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

– Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y

– Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la Etapa Previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

En comentario a la letra a) del artículo 37 de esta ley, que inspiró la antes transcrita letra a) del artículo 28 de la Ley paraguaya, el profesor Lorenzetti hace una interesante observación: "En este caso pueden haber dos situaciones principales. En el camino de acceso al bien o al servicio, el empresario suele imponer condiciones que desequilibran el resultado final. Por ejemplo, la prórroga de la competencia o la rescindibilidad unilateral sin contrapartida. No es la sola renuncia, sino el resultado al que ésta lleva lo que resulta abusivo". Agrega este autor que también hay otras renunciaciones que

se refieren a bienes extrapatrimoniales, en cuyo caso “el acto es ineficaz, porque el bien está protegido por normas extracontractuales e imperativas. No se trata entonces de que el consumidor no pueda renunciar a nada, sino que no pueden imponérsele renunciaciones en el camino de acceso al bien o servicio, o que afecten aspectos no patrimoniales o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato”.¹²

Comentando el mismo precepto, Juan M. Farina considera que en él quedan comprendidos, entre otros, los siguientes supuestos: a) cuando el comerciante se reserva la facultad de desistir del contrato a su simple arbitrio; b) cuando el cumplimiento por parte de la empresa no está sujeto a plazo determinado; c) cuando el precio no está determinado; d) cuando falta la reciprocidad en el trato, lo que puede tener lugar cuando la resolución por incumplimiento aparece fácil para el empresario y extremadamente sujeta a trabas para el consumidor, tornándola –en definitiva– difícil o imposible de ejercer.¹³

En síntesis, como afirma Alterini, siguiendo a Lorenzetti y a Puig Brutau, la hipótesis de desnaturalización de las obligaciones “permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia de la relación negocial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso. De alguna manera se relaciona con la noción de *causa final* (LORENZETTI), que en el derecho moderno sirve para saber en qué casos un contrato no será válido o eficaz (PUIG BRUTAU), y a la que el derecho argentino regula exigiéndole que satisfaga los recaudos de moralidad, licitud y congruencia”.¹⁴

C. Las cláusulas abusivas en la legislación nacional

Actualmente se encuentra en tramitación en el Honorable Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a introducir modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor. En lo que a nosotros interesa, el mencionado proyecto de ley “tipifica” una importante cláusula abusiva mediante la incorporación al artículo 16 de una letra g), con lo cual el texto de dicha norma quedaría de la siguiente manera: “Artículo 16. No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

¹² Lorenzetti, Ricardo, en Mosset Iturraspe y Lorenzetti, Ricardo, obra citada, págs. 247 y 248.

¹³ Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Ed. Astera, Buenos Aires, 1995, págs. 291 y siguientes.

¹⁴ Alterini, Atílio, Ameal, Oscar, y López Cabana, Roberto, *Derecho de Obligaciones*, obra citada, pág. 688.

- a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan;
- b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;
- f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato. Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales, y
- g) En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

Más allá de algunas consideraciones de técnica legislativa que pudiera merecer la proyectada letra g) a agregar al artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor, es del caso destacar su finalidad. Si bien se mira, ella contempla los elementos esenciales que son necesarios para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva, fijando para ello criterios sumamente acertados. Se incorpora, a este efecto, como principio rector la buena fe objetiva, vale decir, “la lealtad, la honestidad, la probidad y

confianza en el comportamiento de cada uno de los contratantes".¹⁵ De modo que toda cláusula que sea predispuesta sin sujeción a estos deberes de conducta (o *stantard* como algunos prefieren llamarlo) y que, además, en perjuicio del consumidor cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan para las partes del contrato, no producirá efecto alguno. Adicionalmente, creemos que resulta plenamente aplicable al análisis de esta disposición lo dicho precedentemente al comentar lo preceptuado en la letra a) del artículo 37 de la Ley de Protección al Consumidor de la República Argentina, toda vez que la existencia del "desequilibrio importante en los derechos y obligaciones" de las partes importa *per se* una desnaturalización de las obligaciones. Más aún, si bien se mira, los supuestos contemplados en las letras a) a f) del artículo 16 de la ley en comento constituyen claros ejemplos de lo que ahora se quiere establecer mediante una cláusula abierta en la reseñada letra g) el artículo 16.

Con la citada disposición proyectada se cierra, a juicio nuestro, el ámbito que realmente cabe a la buena fe en materia de obligaciones de fuente contractual, ya que se deja expresamente establecido que ella está presente desde la etapa de negociación del contrato hasta la fase de ejecución de las obligaciones que de él dimanar, conforme lo dispone el artículo 1546 del Código de Bello.

Por último, debemos consignar que conforme lo dispone el artículo 4° de la Ley de Protección al Consumidor, los derechos en ella establecidos son irrenunciables anticipadamente.

6. A modo de conclusión

A lo largo de estas líneas ha quedado de manifiesto lo difícil que resulta el estudio de las materias tratadas en ellas, pues unas y otras se cruzan y hasta confunden. Por ello, un estudioso del tema, como es el maestro Mosset Iturraspe, ha reconocido que en la actualidad "La enorme fuerza de atracción y de expansión del tema contrato de consumo hace que las categorías, algo más antiguas, de la contratación por adhesión y de las condiciones generales se opaquen; no es que desaparezcan, sino que las absorbe o las comprende en una denominación más fresca y actual".¹⁶ Más aún, es al alero del derecho del consumidor que se han establecido los recaudos tendientes a mantener el equilibrio entre las partes de la relación jurídica.

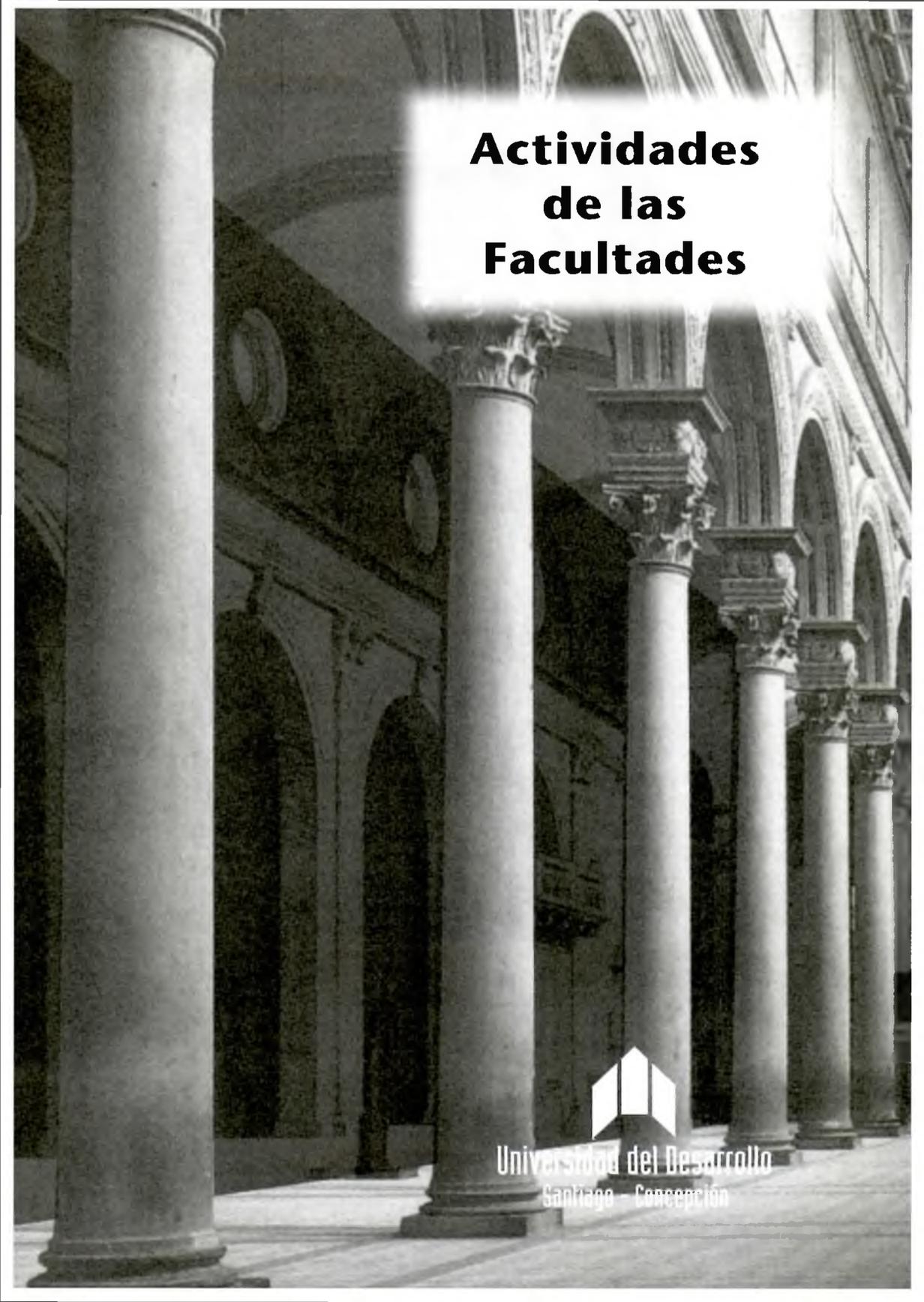
¹⁵ Larroza, Ricardo Osvaldo, en *Contratos, Parte General*, Tomo II, Rubén Stiglitz director, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 251.

¹⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, obra citada, pág. 34.

Pero, obviamente, esta protección para un sector específico no es suficiente, ya que como certeramente expone Alterini, con cita a Bercovitz, "si bien puede considerarse que la protección del consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular en el mercado, no puede agotarse ahí", pues, "de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del *individuo particular*". Por lo demás, agregamos nosotros, no existe razón alguna que justifique la exclusión de la aplicación de estas normas a toda clase de contratos.

En respuesta a estos requerimientos han sido varias las legislaciones que han regulado en normas de carácter general las condiciones generales de contratación, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, se ha establecido en los Proyectos de Unificación de Legislación Civil y Comercial de la Argentina de 1987, de 1993 y en el de 1998, en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil paraguayo (inspirado en la legislación italiana).

Con todo, más allá de la certeza que para algunos podría conllevar la consagración en normas positivas de los principios a los que hemos remitido en este trabajo, somos de la idea que ellos, unidos a una recta interpretación de la ley, se bastan para dar respuestas satisfactorias a los requerimientos de la contratación moderna y, muy en especial, a la determinación del alcance que debe darse a las obligaciones que nacen o se pretenden que nazcan a su amparo, como efectos de ellos que son.



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Seminario “La judicialización de la medicina”

Exposición del Ministro de Salud,
Dr. Pedro García Aspillaga.
Universidad del Desarrollo.
Santiago, lunes 8 de septiembre de 2003.

Introducción

Ya de antaño, el legislador nacional consideraba a los profesionales sanitarios responsables ante la ley de sus actos en el ejercicio de su actividad, pero aun cuando tanto el Código Civil como el Penal permitían la persecución judicial, es a fines del siglo pasado cuando cobra importancia; cuestión que es, aunque menos dramática, similar a lo que sucede en la mayoría de los países de Occidente.

Las reformas estructurales que el régimen militar impulsó sentaron las bases de nuevas relaciones entre los individuos; se puso fin a la tutela ética de los colegios profesionales sobre sus asociados, se acabó con la asociación obligatoria a dichos colegios, y se les transformó en simples asociaciones gremiales; en la práctica ello ha significado la absoluta carencia de tutela ética sobre el ejercicio profesional, cuestión que afecta a todas las profesiones liberales.

Por otra parte, el sistema jurídico chileno ha experimentado un cambio notable, de la mano del desarrollo de los derechos humanos en el campo del derecho internacional; los derechos de las personas, la dignidad humana y el principio de responsabilidad del Estado han venido a configurar un nuevo escenario, que ha levantado a los tribunales de justicia, especialmente a sus Cortes Superiores, como defensores de los derechos ciudadanos, frente a los abusos, omisiones o errores perjudiciales del Estado, de grandes corporaciones o de cualquier otro poder, económico, religioso o político.

Es así que no podemos hablar de la responsabilidad médica hoy en Chile sin mencionar que el auge que ella ha experimentado. Lo que se ha dado en denominar "judicialización de la medicina" ha estado asociado a un fenómeno mucho mayor, cual es la judicialización en general de casi todas las relaciones humanas; fenómeno que, si se sigue el modelo norteamericano, puede tener nefastas consecuencias para la convivencia social.

Asimismo, diariamente somos testigos de la espectacularidad con que los medios de comunicación festinan dramáticos casos de personas que se sienten impotentes frente al fracaso que el sistema tuvo en su situación particular; muchas personas se ven entre medio de un sistema que no entienden y que pareciera no tener compasión por su desesperación.

La curva ascendente de las demandas penales y civiles fundadas en supuestas negligencias médicas representa un fenómeno preocupante que urge ser enfrentado; la manera de hacerlo debe **armonizar** el problema del *financiamiento del sistema*, con el *derecho de las personas a obtener reparación* por los perjuicios injustos sufridos; y con plena conciencia que la actividad médica contiene en su esencia la raíz de este problema: *es una actividad riesgosa* cuyos eventos adversos son parte de su desarrollo.

El Ministerio de Salud está empeñado en enfrentar este problema desde sus distintas aristas, el énfasis debe estar puesto en la prevención de los riesgos, el manejo de los conflictos y en el control de los costos. Debemos impulsar políticas de prevención de riesgos, fomentar la educación en las escuelas y facultades de la ética profesional y de la prevención, y, asimismo, caminar hacia una cultura ciudadana que fomente la solución pacífica de los conflictos.

Posición del Ministerio de Salud en torno a la regulación de la responsabilidad civil y penal por actuaciones asistenciales

El Ministerio de Salud, en el marco del proceso de reforma del sector, se encuentra interesado en regular la responsabilidad derivada de la actividad profesional sanitaria.

Problema de la responsabilidad penal

No se considera adecuado modificar el régimen de responsabilidad penal de los profesionales de la salud; pero dado su escaso efecto disuasivo, la casi nula eficiencia en materia de política criminal, y la penosa carga que significa un proceso penal (cuya tasa de condena es ínfima) se hace nece-

sario fomentar mecanismos de solución alternativos de los conflictos. El *cuasidelito de negligencia culpable* está dentro de los supuestos de acuerdos reparatorios; un mecanismo especial que permita la solución de estos conflictos debe ser reconocido por la normativa procesal penal como mecanismo equivalente a los que el nuevo proceso penal contempla.

Problema de la responsabilidad patrimonial

El problema afecta a todos los sectores, tanto públicos como privados.

Para la administración pública sanitaria el problema de la responsabilidad patrimonial resulta sumamente complejo atendida la recepción que en nuestros tribunales superiores de justicia ha tenido la tesis doctrinal que ve en la consagración de la "falta de servicio" un sistema autónomo de responsabilidad objetiva del Estado.

En el sector privado, si bien se siguen rigiendo por las normas comunes de responsabilidad extracontractual subjetiva, tesis doctrinales modernas buscan "objetivarla" mediante creaciones dogmáticas basadas en la doctrina del "riesgo creado" o de la "culpa en la elección".

El objetivo de ambos fenómenos es propender a una mayor y mejor garantía de las personas frente a los actos de la Administración o de grandes corporaciones privadas. El problema es que la actividad sanitaria es esencialmente riesgosa, y eminentemente imprevisible en sus resultados; moderar los criterios de imputación, limitar los supuestos de indemnización a faltas graves o a resultados graves es imperativo para el legislador, pues de no enfrentarse este problema se pueden seguir situaciones que en suma también son profundamente inequitativas:

1. Colapso del sistema sanitario, encarecimiento exponencial de los costos en salud.
2. Variación de criterios jurisprudenciales que pueden terminar dependiendo de las pericias forenses de los abogados, más que de los méritos reales de los asuntos involucrados.
3. Un sistema de responsabilidad objetiva del Estado en materia sanitaria se transformaría en un sistema de seguridad social o seguro universal de carácter público; el que además tendría un fuerte componente de redistribución del ingreso regresivo *perverso*: "indemniza al pobre en su pobreza y al rico en su riqueza".

Propuesta del Ministerio de Salud

Estudiar la posibilidad de generar un proyecto de ley específico que regule el problema de la responsabilidad patrimonial de la actividad sanitaria; que regule procedimientos alternativos de solución de controversias de carácter pacífico y no controversial, basados en mecanismos de mediación, con consecuencias penales en cuanto sus resultados puedan tener efectos como acuerdos reparatorios de aquellos que ponen fin a la persecución penal por cuasidelitos.

En materia civil pudiera ser recomendable establecer un sistema especial de responsabilidad patrimonial de los establecimientos de salud públicos, vinculando la imputación a la "falta de servicio" caracterizada por mecanismos claros de apreciación (*lex artis*, cumplimiento de protocolos, prestadores acreditados o certificados, consentimiento informado, etc.). Asimismo, creemos que la responsabilidad de los prestadores institucionales privados debería utilizar mecanismos similares de imputación.

En segundo término, debemos estudiar la posibilidad de establecer regulaciones a la indemnización por daño moral, pues la tendencia de las demandas es a aumentar los montos por dicho concepto, superando largamente los montos de indemnización por el daño efectivo y el lucro cesante. Un ejemplo de ello son demandas que en EE.UU. ha llegado a lograr 100 millones de dólares de indemnización por concepto de daño moral

Por último, entendemos que para buscar la solución que sea técnicamente más adecuada es necesario también generar un consenso social en torno a ella, por ello debemos convocar a actores relevantes de la sociedad civil (colegios profesionales, sectores académicos, el CDE, etc.) y proponer al país, en el marco de la Reforma a la Salud que hemos impulsado, una alternativa a la situación actual, que sin ser aún dramática, podría tener consecuencias nefastas de perpetuarse ciertas tendencias observadas durante la última década.

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Segundo semestre 2003

Rafael Cruz F.

Coordinador Postítulos

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Este apartado contiene las actividades más destacadas desarrolladas por nuestra Facultad durante el segundo semestre del 2003:

Actividades de extensión

- Durante el mes de julio se desarrolló un curso taller sobre la Reforma Procesal Penal: "Habilidades y Destrezas en el Nuevo Proceso Penal". El curso estuvo a cargo de los profesores Sres. Raúl Tavolari Oliveros; Patricio Martínez Sandoval, Ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; Patricia Pérez Goldberg y Marta Herrera Seguel.
- Con fecha 29 de agosto se desarrolló el seminario "Efectos de la Reforma Procesal Penal. Actualización de la Legislación. Análisis de la Ley 19.806". El seminario estuvo a cargo en los aspectos penales del profesor Sr. Luis Bates Hidalgo, Ministro de Justicia; en sus aspectos constitucionales y administrativos, a cargo del profesor Jaime Silva Mac Iver; en los aspectos tributarios, a cargo del profesor Sr. Jaime García Escobar; y en los aspectos procesales, a cargo del profesor Sr. Raúl Tavolari Oliveros.
- Con fecha 8 de septiembre, se desarrolló el seminario "La Judicialización de la Medicina. ¿Problema o Avance Jurídico?". El seminario estuvo a cargo de los expositores Sres. Hugo Rivera Villalobos, abogado; Hugo Rosende Alvarez, abogado; Alberto Faraggi W., abogado; Dr. Juan Pablo Beca Infante; Sra. Paulina Milos Hurtado, abogado; Sr. Gustavo Cuevas Manríquez, abogado; Dr. Gustavo Rencoret Silva; Dra. May Chomalí Garib; Sr. Adelio Misseroni Raddatz, abogado del Colegio Médico.

- Los profesores de Derecho Civil de nuestra Facultad, Sres. Pedro Pablo Vergara y Hugo Rosende Alvarez, dictaron una conferencia sobre la Responsabilidad Civil en el Congreso de Jueces de Policía Local, celebrado en la ciudad de Punta Arenas, entre los días 7 y 10 de octubre.

Alumnos en Programa de Intercambio con Universidades Extranjeras

Durante el segundo semestre recibimos a 2 alumnos de nacionalidad francesa, procedentes de la Universite Pantheon-Assas (París II). Concluyeron exitosamente su estadía.

Programa de Postgrado

Durante el segundo semestre terminó el período lectivo del Magíster “Los Desafíos Actuales del Derecho de la Empresa”. El programa se desarrolla hasta junio de 2004 con la presentación y defensa de la correspondiente tesis.

Para el año 2004, se ofrecerá el Programa del Magíster de Derecho de la Empresa “La Empresa en la Sociedad Global Contemporánea” y 2 Diplomados en “Nuevo Proceso Penal” y “Transporte Terrestre”.

Estas actividades se desarrollarán entre los meses de abril a noviembre.

Encuestas

En el mes de noviembre de 2003, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo realizó la cuarta encuesta de opinión pública sobre la realidad nacional, esta vez acerca de sus aspectos fundamentales (políticos, económicos, derechos humanos, moral, delincuencia y corrupción).

Las 4 encuestas realizadas hasta este momento (sobre la tarea judicial, el ejercicio de la profesión de abogado, la cultura cívica de los chilenos y los aspectos fundamentales de la realidad nacional) permiten formarse un panorama más o menos preciso de la problemática que enfrenta el país y, lo que es más importante, de las debilidades jurídicas e institucionales que influyen en el juicio público. Creemos que esta radiografía tiene una especial connotación, porque se asienta en un enfoque técnico y confiable que habrá de servir de base a proyectos y proposiciones futuros.

De esta manera, nuestra Facultad cree contribuir a la superación y perfeccionamiento del Estado de Derecho, condición ineludible para quienes aspiran al perfeccionamiento de la democracia en Chile.

Actividades académicas

- Más de 20 alumnos de la Facultad de Derecho-Santiago asistieron en Talca a una audiencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal. El grupo de la cátedra de Derecho Procesal III de la Facultad tuvo la oportunidad de conocer el funcionamiento en la práctica de la nueva Reforma Procesal Penal.

La actividad contó con la colaboración del Ministro de la Corte de Apelaciones de Talca Sr. Luis Dalberto Carrasco y de los magistrados Sres. Rodrigo Cerda San Martín, Gretchen Demandes Wois y María Isabel González Rodríguez.

- Con fecha 29 de octubre se presentó el Taller de Teatro "Juicio a Bruto", como trabajo de los alumnos de la profesora de Derecho Romano Sra. Angela Cattan Atala. En el taller los alumnos estudian y analizan los aspectos históricos y luego preparan la acusación y defensa en conformidad con los procedimientos que establece el nuevo proceso penal chileno.

- Asistencia a Congresos Internacionales: Entre el 26 y 29 de noviembre de 2003, la Directora del Departamento de Ciencias del Derecho, Sra. Ximena Pulgar Núñez, y la profesora Sra. Angela Cattan Atala participaron en el Congreso Internacional "América Mundo Nuevo, Sistema Jurídico Latinoamericano", que se celebró en Roma, con el patrocinio del Ministerio de Justicia, Ministerio de Educación, Cámara de Diputados y otras entidades públicas italianas.

Entre el 8 y el 12 de septiembre de 2003, la Directora de la Carrera, Sra. Cecily Halpern Montesino, y el Director del Departamento de Derecho de la Empresa, Sr. Héctor Humeres Noguera, participaron en el Decimotercer Congreso Mundial de Relaciones Internacionales del Trabajo, organizado por la Asociación Internacional de Relaciones Industriales en la ciudad de Berlín, Alemania. El trabajo presentado fue "Las stockoptions, una nueva forma de participación de los trabajadores en la empresa".

- El profesor Sr. Joaquín Morales Godoy, resultó favorecido en el Concurso de Fondos de Investigación de la Universidad del Desarrollo, con el proyecto titulado "Divergencias y Convergencias de los Mecanismos Internacionales de Solución de Controversias en Materia de Inversión Extranjera".

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Segundo semestre 2003

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En esta sección resumiremos las actividades de extensión desarrolladas por la Facultad de Derecho durante el segundo semestre de este año, así como las actividades docentes del mismo período.

I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2003

Las actividades de extensión del segundo semestre del año 2003 estuvieron orientadas al tratamiento de la reforma procesal penal, que entró en vigor en la Octava Región el 16 de diciembre del 2003, así como al análisis de leyes dictadas durante este período, según se infiere del detalle que sigue:

1. Conferencia "Nuevas tendencias en la flexibilidad del mercado laboral"

Las actividades de extensión del segundo semestre se iniciaron con la conferencia que dictó la Dra. Aranzazu Roldán Martínez, profesora de la Universidad Europea de Madrid, quien visitó la Facultad de Derecho en virtud de un convenio de intercambio entre ambas casas de estudios superiores.

2. Seminario "Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres"

La Dra. Aranzazu Roldán Martínez, en conjunto con el Sr. Carlos Almanza Latorre, dictaron el 3 de julio un seminario en que abordaron la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en materia laboral, refiriéndose al estado de las legislaciones española y chilena en esta materia.

3. Conferencia "Nueva Ley de Bases de Procedimientos Administrativos"

El 11 de julio el profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don Ramiro Mendoza Zúñiga, dictó una conferencia en que abordó la Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos admi-

nistrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

4. Seminario “Nueva Ley de Arrendamiento”

No cabe duda que la Ley 19.866, que modernizó la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos, motivó el interés de los juristas, lo que explica la masiva asistencia al seminario que dictaron los profesores de derecho civil y procesal el día 12 de septiembre, Sres. Hugo Rosende Álvarez y Gonzalo Cortez Matcovich.

5. Diplomado de Especialización: “Sistema Probatorio en el Nuevo Proceso Penal”

En el marco de la formación para la aplicación del nuevo proceso penal, los profesores Marcelo Torres Duffau, Hernán Fernández Rojas, Carlos Veloso Schlie, Carolina Navarro Medel, Sissi Vidal Chávez y Luis Emilio Rojas Aguirre dictaron un diplomado de especialización orientado al sistema probatorio en el nuevo proceso penal, actividad que se desarrolló los días 3 de octubre y 6 de diciembre del año 2003.

6. Diplomado: “Reforma Procesal Penal 2ª Versión”

A instancias de los abogados que, por haberse agotado las vacantes, no pudieron matricularse en la primera versión del curso sobre Reforma Procesal Penal, la Facultad dictó una segunda versión, la que estuvo a cargo de los profesores Rafael Blanco Suárez, Mauricio Decap Fernández, Leonardo Moreno Holman, Mario Rojas Sepúlveda y Héctor Hernández Basualto. Este curso tuvo una duración de un mes y medio, desde el 10 de octubre al 29 de noviembre de 2003.

7. Seminario “Nueva Tramitación de Posesiones Efectivas”

El profesor Andrés Kuncar Oneto y el Director Regional Metropolitano del Registro Civil, Sr. Peter Sharp Vargas, abordaron el contenido y los alcances de la Ley 19.903, sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria, sobre la materia. Este seminario tuvo lugar el 21 de noviembre de 2003.

8. Seminario: “El Retorno del Rey y su Autor”

El 27 de noviembre pasado, los profesores Sres. Gonzalo Larios Mengotti, Felipe Vicencio Eyzaguirre y Eduardo Andrades Rivas expusieron respectivamente sobre “J.R.R. Tolkien y William Morris, Dos Vidas, Un Paralelo”, “Raíces Celtas en la Obra de Tolkien” y “Apostillas al Retorno del Rey”. En la ocasión se presentó también una sinopsis de la película.

II. Alumnos en programas de intercambio con universidades extranjeras

En el marco de los programas de intercambio estudiantil que promueve la Universidad, el alumno Pablo Galarce Almendras cursó el segundo semestre del año 2003 en la Universidad Europea de Madrid. Debemos destacar que, hasta la hora, existen ocho alumnos que, durante el año 2004, cursarán estudios en el extranjero. Los destinos preferidos son la Universidad Internacional de Catalunya, la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Europea de Madrid.

III. Actividades de los alumnos

1. Viaje de estudios

Los alumnos de tercer año, acompañados por el profesor Javier Molina G., desarrollaron un interesante viaje formativo los días 14 al 16 de julio, que les permitió interiorizarse del funcionamiento de la Corte Suprema, el Congreso, La Moneda y la Academia Diplomática.

2. Celebración de Fiestas Patrias de alumnos y profesores

El martes 16 de septiembre el Centro de Alumnos de la Facultad organizó una celebración de las Fiestas Patrias, que congregó a profesores y alumnos, en un ambiente de sana convivencia.

3. Semana de la Facultad

La semana de la Facultad se celebró entre los días 13 al 17 de octubre de 2003. Además de las tradicionales competencias deportivas y de la fiesta de clausura, los alumnos organizaron acciones de caridad, entre ellas, la visita al hogar de la Sociedad Protectora de la Infancia.

IV Alejamiento del profesor Javier Molina Gómez

Con gran alegría la Facultad despide al profesor Javier Molina Gómez, quien ingresará en enero del año 2004 al noviciado del Instituto Secular Padres de Schoenstatt, con sede en Paraguay. Las cualidades personales y profesionales de Javier, que conoció estas aulas primero como alumno y luego como profesor, nos motivan a felicitarle por su respuesta a este llamado vocacional y a desearle una plena realización espiritual.

V. Programas de postgrado de la Facultad

El año 2003 la Facultad de Derecho reestructuró los programas de postgrado que dictaba desde el año 1997 e impartió 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

El Magíster en Derecho de la Empresa contó con 22 alumnos, los diplomados tuvieron 25 alumnos y los cursos de perfeccionamiento fueron seguidos por un total de 49 alumnos.

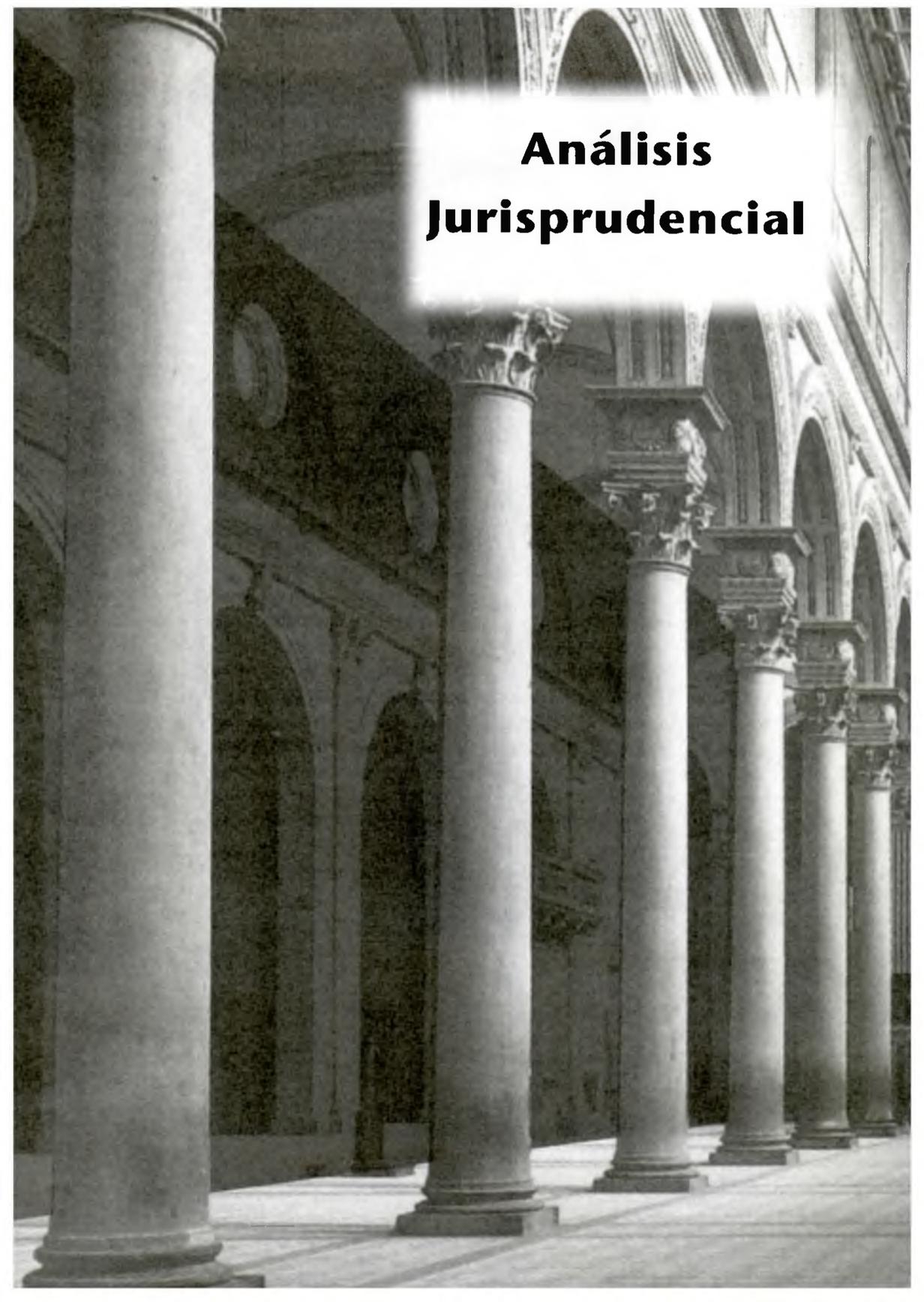
Durante el tercer y cuarto bimestre se impartieron los siguientes cursos: Derecho de la libre competencia y derecho del consumo; Derecho procesal penal; Aspectos patrimoniales del derecho de familia y sucesorio; Fiscalización tributaria y aplicación práctica del IVA; Litigación y destrezas en el juicio oral; Temas actuales del derecho laboral; Derecho pesquero, forestal y de aguas.

La ceremonia de finalización de los programas de postgrado tuvo lugar el 12 de diciembre de 2003. En esa ocasión se entregaron los diplomas que reconocen el grado académico a los alumnos que cursaron el Magíster en Derecho de la Empresa, así como los certificados de aprobación a quienes cursaron el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, los diplomados y los cursos de perfeccionamiento jurídico.

VI. Presentación del tercer volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa

Durante el mes de diciembre del año 2003 tuvo lugar la presentación del tercer volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa, destinada a la difusión del resultado de las investigaciones desarrolladas por sus alumnos de postgrado. En este número se contiene una selección de las tesis presentadas por los alumnos de la tercera promoción del magíster, a saber:

1. Rodrigo Daniel Rivas Martínez: "Dimensión Jurídica de la Biotecnología".
2. Francisco Javier Rojo Olavarría: "La Responsabilidad Jurídica del Empleador ante el Daño por Repercusión Derivado de Accidentes del Trabajo".
3. Marcelo Alberto Cevas Fuentes: "Elementos para una Aplicación Integral de la Teoría del Fraude a la Ley en el Derecho Chileno".



Análisis Jurisprudencial

Sentencia Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.

Rol 4.005-02

Corte Suprema de Justicia

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino
Héctor Humeres Noguera

Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
del Magíster en Derecho de la Empresa

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. La sentencia

Santiago, trece de agosto de dos mil tres. Vistos: En los autos Rol N° 7661-1999 del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, por sentencia del 2 de abril de 2001, escrita a fs. 274 y siguientes, el juez de primer grado acogió la demanda, declarando que las sociedades demandadas Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda. son responsables solidariamente del pago de las remuneraciones adeudadas a los trabajadores demandantes, correspondientes al período octubre de 1999 hasta la fecha de término de la relación laboral, menos los abonos efectuados, con costas. Apelada dicha sentencia, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó, con declaración que cada una de las sociedades ya mencionadas queda condenada al pago de las prestaciones indicadas en la sentencia de primer grado, deben responder únicamente de aquella deuda a sus respectivos trabajadores, individualizados en los fundamentos segundo y tercero de esta sentencia, desestimándose la solidaridad, por no haberse establecido que las citadas empresas configuren un solo todo o sean coligadas bajo una misma organización y con un giro único. En contra de esta última, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo. Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando: **Primero:** Que el recurrente ha denunciado la infracción a la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, sostiene que dicha norma establece responsabilidad solidaria de los derechos de los trabajadores, no sólo cuando ocurre un cambio material de

empleador, por venta o cesión de la empresa, sino que también cuando un conjunto de empresas relacionadas que constituyen un holding representan una sola unidad económica y conforme al principio de la realidad representan una sola entidad y deben responder indistintamente por las prestaciones respectivas, adeudadas a los actores que aparecen contratados por cada una de las sociedades integrantes del holding. **Segundo:** Que para resolver adecuadamente la materia sometida al conocimiento de esta Corte, es necesario tener presente los siguientes antecedentes y hechos de la causa: Que los actores han deducido su acción en contra de las sociedades Comditex Ltda., Servitex Ltda., Bordatex Ltda. e Invertex Limitada, ya que, afirman, tienen una gestión común, los trabajadores son traspasados de una empresa a la otra, y los activos son los mismos. Que la representación legal de las sociedades demandadas, con excepción de Invertex Ltda., la tiene don Rodolfo Valdivieso Brieva, quien ha actuado en tal calidad en autos y ante la Inspección del Trabajo. **Tercero:** Que el artículo 3° del Código del Trabajo contiene el concepto de empresa y al efecto señala... se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. **Cuarto:** Que el último requisito establecido en la norma citada, según lo ha resuelto esta Corte, no debe entenderse el atributo de la personalidad jurídica. Basta un ser jurídico. **Quinto:** Que es un derecho del ser humano producir y tal derecho emana de su naturaleza. La ley sólo tiene que reconocerlo y ampararlo. Tal facultad del ser humano ha ido variando en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos. Uno de ellos es el denominado holding o conjunto de empresas relacionadas, las que en general presentan un patrimonio común o parte de éste es compartido. Atento a tales cambios, en la especie, ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean. **Sexto:** Que en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 3° y 4° del Código del Trabajo en examen y lo razonado, se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un holding. En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica. **Séptimo:** Que, al concluir de un modo diverso, la sentencia infringe, desde luego, los citados artículos 3° y 4° del Código del Trabajo, configurándose –así– un error de derecho que involucra una equivocada decisión del asunto planteado, lo que lleva a acoger el recurso interpuesto. Por estos fundamentos y de conformidad con lo previsto en los artículos 463 del Código del Trabajo, 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se **acoge** el recurso de casación en

el fondo interpuesto en lo principal de fojas 311 y, por ende, **se anula** la sentencia de treinta de agosto de dos mil dos, escrita a fojas 308 y siguientes, la que se reemplaza por la que, separadamente, se dicta a continuación. Regístrese. N° 4.005-02. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Libedinsky, Benquis, Alvarez, Marín y Medina.

Santiago, trece de agosto de dos mil tres. En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo. Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada y los fundamentos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del fallo de casación que antecede. Y teniendo, además, presente: Que en lo referido a la demandante María Josefina Saieg Garrido, ha de desestimarse la demanda por constar de documento suscrito con fecha 1º de marzo de 2000, acompañado a los autos, que la actora finiquitó la relación laboral en aquella fecha. Dicho instrumento se otorgó con los requisitos legales exigidos; se confirma el fallo de dos de abril de dos mil uno, escrito a fojas 274 y siguientes, con declaración que respecto de doña María Josefina Saieg Garrido se rechaza la demanda. Regístrese y devuélvase con sus agregados. N° 4.005-02. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., José Benquis C., Orlando Alvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. Santiago, 13 de agosto de 2003.

II. Comentario

La controversia sobre la cual recae la sentencia que se comenta dice relación con una realidad frecuente y de extraordinaria relevancia en el actual mundo de los negocios, en el cual se privilegia la flexibilidad y el dinamismo en la ejecución de las tareas productivas, la adaptación a las emergentes orientaciones económicas y a las nuevas tecnologías: la existencia de empresas coligadas o también llamadas "holding".

La característica fundamental de estas empresas radica en que los propietarios del patrimonio involucrado se encuentran vinculados o relacionados, lo cual trae como consecuencia –muchas veces– que ellas sean representadas legalmente por una misma persona o por personas ligadas a los mismos intereses.

Esta situación en el ámbito comercial no presenta mayores dificultades. En efecto, se acepta que, en uso de la libertad de emprender garantizada por la Constitución Política de la República, las personas y las organizaciones puedan darse las formas societarias y las estructuras operativas que mejor estimen, siem-

pre que no atenten contra la moral y el orden público (Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, y Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas).

Por tanto, desde el punto de vista del derecho común, y sin perjuicio de las restricciones legales establecidas en diferentes cuerpos legales, cada empresa integrante de un holding constituye una persona jurídica distinta e independiente de la otra y ejerce sus derechos y obligaciones de un modo separado, aun cuando los dueños del capital sean los mismos o que dichas empresas actúen jurídicamente representadas por la misma persona.

Estimamos de interés considerar que el Ministerio de Economía de nuestro país ha elaborado el siguiente concepto de holding:

“Empresa que, teniendo su activo formado en su totalidad o en su mayor parte por acciones de otras sociedades, realiza actividades financieras de control y gestión del grupo de empresas en el que ejerce su dominio. Son sociedades que no ejercen por sí la industria ni el comercio, sino que su objeto es la posesión de acciones de otras empresas, teniendo así el control de las mismas”.

En el ámbito laboral, que es el que nos preocupa en este trabajo, la sentencia que comentamos establece una premisa diferente en relación con los holding e innova, en forma sustantiva en la materia, abriendo un nuevo cauce de responsabilidad solidaria entre estos entes jurídicos.

En efecto, fundada en los artículos 3° y 4° del Código del Trabajo y en el principio de interpretación conocido como el de la “Primacía de la realidad”, esto es, “la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean”, el fallo resolvió que las empresas relacionadas, que se ordenan bajo una misma dirección, que actúan de esa forma ante terceros y que tienen un giro único constituyen una unidad económica (Semejante predicamento se ha elaborado en el derecho civil a través de la teoría de “descorrer el velo”, aplicable a los intereses que subyacen tras la persona jurídica).

En razón de lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema determinó que dichas empresas responden solidariamente del pago de las prestaciones respecto de todos los trabajadores que ellas, en su conjunto, han contratado y no únicamente de aquella deuda de sus respectivos trabajadores. De esta manera se ha sacrificado el principio de la relatividad de las convenciones, haciéndolas extensivas a personas jurídicas distintas del empleador.

En este sentido, el Tribunal Supremo compartió el criterio del juez de la

primera instancia (Segundo Juzgado del Trabajo, rol 7661-1999), el que, por sentencia de 2 de abril de 2001, acogió la demanda de los trabajadores, declarando que las sociedades demandadas son responsables solidariamente del pago de las remuneraciones adeudadas a los trabajadores demandantes. El considerando 12° de dicho fallo expresa que “los trabajadores laboraban indistintamente para cualquiera de las tres antedichas sociedades, cuyo representante legal y socio era la misma persona y tenían igual domicilio, por lo que procede concluir que *todas tienen responsabilidad solidaria en las prestaciones que se ordenan pagar*”.

El fallo de la Excelentísima Corte Suprema recae sobre una materia que con anterioridad había tratado la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 3644/188, de fecha 5 de noviembre de 2002. En efecto, este órgano administrativo, no obstante referirse a un asunto netamente sindical, se pronunció sobre el tema de las empresas relacionadas, aceptando la existencia de un nuevo tipo de sindicatos sobre la base “un grupo de empresas o holding”, esto es, una nueva clase de organizaciones sindicales, distinta de aquellas “clásicas” que regula el Código del Trabajo en forma expresa.

En el dictamen indicado, la Dirección del Trabajo señaló que los dirigentes sindicales de esas entidades gozan –en general– de los mismos beneficios que el resto de los sindicatos, salvo ciertas limitaciones que el mismo dictamen establece.

No obstante, dispone que los directores sólo tienen derecho a invocar el fuero laboral frente a cada una de las empresas que constituyen el holding; lo mismo ocurre con los permisos sindicales a los que tienen derecho en su calidad de dirigentes. Esta prerrogativa deberá ejercerse frente al respectivo empleador.

Este mismo dictamen sostiene que la cesión de las horas de permiso sindical sólo es posible entre los directores que pertenecen a un mismo empleador, pues de otro modo importaría imponer a este último una carga, por concepto de horas de permiso, superior al legal, por el sólo acuerdo de voluntades de los dirigentes, pacto que sería inoponible al empleador.

Como puede advertirse, en lo que particularmente nos interesa destacar en esta líneas, la citada jurisprudencia administrativa da por establecido que una organización sindical puede tener por base un holding de empresas, esto es, empresas vinculadas o relacionadas respecto de las cuales ostentan la calidad de afiliados a dicha organización. Sin embargo, limita la exigibilidad de los beneficios sindicales al empleador a cuya dependencia está adscrito el trabajador.

El fallo de la Excelentísima Corte Suprema que comentamos se preocupa del mismo tema de fondo, las empresas holding, pero va más lejos que la interpretación que efectúa la Dirección del Trabajo en el dictamen examinado.

En efecto, la Excelentísima Corte acogió un recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandantes en contra de la sentencia de una Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (rol N° 4570-2001).

Esta última rechazó la demanda de los trabajadores, la cual habían fundamentado principalmente en el artículo 4° del Código del Trabajo, por cuanto *"dicha norma no regula la situación planteada, ni establece solidaridad entre empresas relacionadas, limitándose a consagrar el principio de continuidad de la empresa con el objeto de proteger al trabajador de las sucesivas modificaciones totales o parciales en el dominio, posesión o mera tenencia de la misma, permitiéndole de este modo mantener la vigencia de su contrato con los nuevos empleadores y conservar sus derechos y obligaciones emanados de sus primitivos contratos"*. Dispuso que la obligación al pago de las prestaciones procedía únicamente respecto de los trabajadores de cada empresa, puesto que no da por establecido que estas empresas configuren un solo todo.

A su turno, la Excelentísima Corte Suprema resolvió, en definitiva, que la responsabilidad de las empresas que conforman un holding es solidaria respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de cualquiera de ellas.

En nuestra opinión, este fallo yerra al exceder el texto expreso de la norma del Código del Trabajo en la cual se fundamenta y al apartarse de las reglas civiles pertinentes.

Esta afirmación se basa en los siguientes antecedentes:

1. Concepto de empresa

El artículo 3° contiene en su inciso tercero un amplio concepto de empresa, aplicable a todo el ámbito laboral.

Dice así: "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

Como puede advertirse, se trata de un concepto amplio, el cual, sin embargo, contiene elementos ciertos que permiten calificar las situaciones en las cuales nos encontramos frente a una empresa.

No obstante, el fallo comentado amplía aun más este concepto –en virtud del principio de la realidad– aplicándolo a modo de sanción a las empresas que conforman un holding, disponiendo que ellas constituyen una unidad económica y, por tanto, son una sola empresa.

De acuerdo con dicho razonamiento, si todas las empresas conforman un solo todo, el fallo no tuvo necesidad de recurrir al concepto de responsabilidad solidaria, ya que en opinión de la Excelentísima Corte Suprema se trataría de una unidad económica afecta al cumplimiento de sus propias obligaciones.

2. Principio de continuidad de la relación laboral

Uno de los objetivos del Derecho del Trabajo es mantener la fuente de empleo de los trabajadores, por ser ésta el origen de sus ingresos por excelencia. Muchas de sus normas se inspiran en dicho principio; una de ellas es el inciso 2° del artículo 4°.

Para lograr el efecto de mantener la estabilidad en el empleo, esta disposición precisa que, frente a diversas situaciones que pueden afectar a la empresa, que dicen relación fundamentalmente con el cambio en el dominio de la misma, los contratos individuales y colectivos permanecen vigentes con los nuevos empleadores. Como puede advertirse, la situación descrita por la norma obedece a una realidad diversa de la planteada por la Excelentísima Corte.

En efecto, en el caso sub-lite no hubo cambios en el dominio ni en la mera tenencia de la empresa. La situación planteada es justamente la inversa: las empresas siguen existiendo, con los mismos dueños del capital, razón por la cual no es posible aplicar esta regla a casos que no obedecen a la descripción legal o tipo.

3. La responsabilidad solidaria

Las normas en las que se fundamenta el fallo no establecen una responsabilidad solidaria.

Para que exista solidaridad debe haber una fuente que la disponga. Así aparece en forma inequívoca en el artículo 1511 del Código Civil. Sólo en

virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda.

Por tanto, ella es excepcional y no se presume. Como tal, es de derecho estricto y de interpretación restringida. Así lo ha reconocido en forma reiterada la jurisprudencia en conformidad con lo dispuesto por el artículo 1526 del Código Civil.

De lo anterior se concluye que no cabe que se declare la solidaridad por sentencia judicial.

Si lo que la Excma. Corte pretendió sancionar fue una simulación y la infracción al artículo 3° del Código del Trabajo, el fallo debió fundarse en la norma específica que contiene tal figura, cual es el artículo 478 del Código del Trabajo.

Dicha disposición, en su inciso primero, establece textualmente lo siguiente:

“Se sancionará con una multa fiscal de 5 a 100 UTM al empleador que simula la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se registrará por lo dispuesto en el art. 474. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador y los terceros deberán responder solidariamente por los derechos laborales y previsionales que correspondan al trabajador”.

Como se puede advertir, si la Corte pretendió imponer la responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes del holding, debió fundamentar el fallo en dicha norma del Código del Trabajo, la cual, en su inciso primero, contiene la figura de la simulación y la sanción de solidaridad para quienes participan en ella.

No obstante, para que la figura a la que alude dicha norma laboral sea aplicable, debió comprobarse fehacientemente la existencia de los elementos de la simulación ilícita, esto es, que la voluntad real no corresponde a la voluntad declarada y que ello provocó perjuicio o daño a los trabajadores, lo que en la especie no se acreditó.

Por lo tanto, esta sentencia nos parece errada en cuanto a su fundamentación jurídica, por aplicar directamente una sanción a una conducta cuya ilicitud no ha sido comprobada, como también por darle el carácter de solidaria a una obligación sin que los elementos de la simulación se hayan establecido en el proceso.

El fallo comentado, a pesar de declarar que la figura de empresas holding es legítima (considerando 5°), impone una suerte de sanción a su existencia (considerando 1°).

En efecto, en una de sus partes reconoce que es un derecho del ser humano producir y tal derecho emana de su naturaleza. Agrega que la ley sólo tiene que reconocerlo y ampararlo; que *tal facultad del ser humano ha ido variando, en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos. Uno de ellos es el denominado holding o conjunto de empresas relacionadas, las que en general presentan un patrimonio común o parte de éste es compartido.*

No obstante, en manifiesta contradicción con dicha reflexión, en el considerando 1°, al recoger el planteamiento de la parte recurrente, sostiene la responsabilidad solidaria respecto de los derechos de los trabajadores, no sólo cuando ocurre un cambio material de empleador, por venta o cesión de la empresa, sino que también cuando un conjunto de empresas relacionadas que constituyen un holding representan una sola unidad económica y conforme al principio de la realidad representan una sola entidad, debiendo, por consiguiente, responder indistintamente por las prestaciones respectivas, adeudadas a los actores que aparecen contratados por cada una de las sociedades integrantes del holding.

Por dicha vía, lo que se está presumiendo es que la empresa holding representa un modelo que siempre coloca en alto riesgo al trabajador, careciendo éste de la seguridad jurídica necesaria en su empleo.

En nuestra opinión, el modelo de empresa holding no conduce necesariamente a colocar en riesgo el respeto y la estabilidad de los derechos de los trabajadores, salvo que, en situaciones particulares, se trate de encubrir o simular situaciones para perjudicarlos. La experiencia práctica demuestra que esta clase de empresas suelen tener respaldo y garantías bastante más amplias que aquellas que no están conformadas bajo este modelo.

La sentencia pudo llegar al mismo resultado de protección de los derechos de los trabajadores, recurriendo a la noción de simulación ilícita o encubrimiento de la calidad de empleador, contenido en el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, si había base suficiente para ello.

El artículo 478 del Código Laboral contiene una típica figura de fraude laboral, mediante una conducta aparente que disimula un acto de distin-

ta naturaleza con resultado elusivo de la legislación laboral y de la figura del empleador, quien es el que debe responder por las obligaciones laborales, supuesto fundamental de la aplicación de todo el resto de la normativa laboral. Por ello establece la responsabilidad solidaria de los participantes en la figura.

Al no hacerlo así, este fallo puede sentar un precedente que cercene el quehacer de las empresas holding e inhiba el aporte que estos conglomerados puedan hacer al desarrollo nacional y al empleo de muchos trabajadores. En efecto, el fallo que comentamos genera una gran incertidumbre acerca del futuro tratamiento jurisprudencial de este tipo de entidades, las que dadas las actuales condiciones económicas, son cada vez más frecuentes.

La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada

Casación en el fondo, 16 de marzo de 2000

Revista de Derecho y Jurisprudencia,
tomo 97, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 66

COMENTARIO:

Emilio Rioseco E.

Ex profesor de Derecho Civil

Doctrina

Si el inmueble fue adquirido por la mujer dentro de su patrimonio reservado, le pertenece a ella, pudiendo ejercer la acción de precario contra el marido que lo ocupa por mera tolerancia de aquélla y del cual se encuentra separada de hecho hace siete años.

Voto disidente:

Para que prospere la acción de precario es menester que la actora tenga un dominio indiscutido del predio sin estar sujeto a una condición de la que puede sobrevenir su pérdida. En este caso, encontrándose la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, tal dominio ingresará plenamente a su patrimonio sólo en el evento de que, al disolverse ésta, renuncie a los gananciales y opte por dicha propiedad.

Comentario

La cuestión que suscita esta sentencia reviste un interés no sólo teórico, sino también práctico, ya que por una parte significa precisar quién es el titular del dominio del bien reservado, antes y después de disuelta la sociedad conyugal, y por otra, establecer cuál de los cónyuges en caso de separación de hecho puede ocupar el inmueble reservado, siendo o no aplicable el art. 2195 inc. 2º del C. Civil relativo a la acción de precario.

En este caso se trata de un bien social, durante la vigencia de la sociedad conyugal, porque se origina en el trabajo separado de la mujer (art. 1725,

Nº 1º del C. Civil) o en una adquisición onerosa con bienes reservados (art. 1725, Nº 5º del mismo Código), pero, sujeto no obstante a un régimen de administración, disposición y pasivo separado por la mujer sin intervención del marido (A. Alessandri R., *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*. Ed. 1935. Nº 1059, pág. 642).

Esto significa que el dominio –que el art. 1750 del C. Civil atribuye al marido sobre los bienes sociales y respecto de terceros– no tiene el mismo carácter y alcance respecto de la mujer con patrimonio reservado, puesto que la limitante consiste en negarle intervención directa al marido en cuanto a la administración y al pasivo, precisamente por tratarse de dicho patrimonio (art. 150 incisos 2º, 5º y 6º del C. Civil).

Por consiguiente, durante la vigencia de la sociedad conyugal, el marido no es titular, frente a la mujer, de un dominio efectivo sobre el bien reservado, sino que lo tiene limitado y carente de las facultades de uso, goce y disposición. La razón de esto radica en que, conforme al art. 150 inciso 7º del C. Civil, prevalece un dominio “latente”, pero efectivo, que corresponde a la mujer, ya que al disolverse la sociedad conyugal ésta podrá optar entre renunciar o aceptar los gananciales, opción que pasará a reconocerla como dueña exclusiva o como comunera en aquel bien. En todo caso: dueña.

Luego, no se trata de que la mujer con patrimonio reservado tenga antes de disolverse la sociedad conyugal un dominio “discutido” sobre el predio, porque lo que tiene es un dominio latente, que no está sujeto a ninguna condición extintiva o resolutoria ulterior.

En efecto, si al disolverse la sociedad conyugal ella renuncia a los gananciales, pasará a consolidar un dominio exclusivo y si los acepta pasará a ser dueña-comunera con el marido en el mismo bien.

En ambos casos resulta que la mujer ha sido y será titular indiscutida del derecho de dominio sobre el bien reservado y la acción de precario dirigida contra el marido, único ocupante del inmueble, será procedente antes y después de disuelta la sociedad conyugal. Aun en su calidad de comunera le corresponde a ella la acción de precario a favor de la comunidad y contra el marido, que es ocupante exclusivo (C. Suprema. Queja, 30 de noviembre de 1990. *RDJ*. Tomo 87, sec. 1ª, pág. 211; Casación, 4 de enero 2000. *RDJ*. Tomo 98, sec. 1ª, pág. 19).

También se alegó en el juicio por el demandado que él había aportado dineros para el pago del precio del inmueble y que por lo tanto tenía derecho de recompensa, situación que en concepto del Juez disidente implicaría que, si hubiese aceptación de gananciales por la mujer, el hecho de poder hacerse valer esta recompensa sobre los bienes sociales significaría que el dominio no se encuentra total y absolutamente radicado en el patrimonio de la cónyuge.

Pero este planteamiento no contradice la conclusión a que hemos llegado en los párrafos anteriores, toda vez que tratándose de precisar quién es el titular del dominio del predio reservado, para configurar así la procedencia de la acción de precario, no tiene relevancia que haya o no derecho de recompensa, el cual sería en todo caso un crédito que no afectaría la titularidad del dominio.

Sobre esta misma materia, la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme, ya que un fallo de la Corte de Santiago del año 1983 resolvió –con voto disidente fundado– que si los cónyuges están unidos en matrimonio no disuelto y conforme al art. 133 del C. Civil, el marido tiene título suficiente y eficaz para oponerse a la acción de precario interpuesta en contra suya por la mujer (C. de Santiago, 30 de mayo 1983. *RDJ*. Tomo 80, sec. 2^a, pág. 47). Mientras que por sentencia de la Corte Suprema del año 1993, se decidió que la relación matrimonial y filial no es título válido para ocupar el inmueble propio de la mujer cuya restitución se pide por ésta mediante una demanda de precario dirigida contra el marido y el hijo, que la ocupan por mera tolerancia de ella (Casación, 14 de julio de 1993. *Fallos del Mes*, N° 416, pág. 454).

Nos parece que el fundamento del art. 133 del Código Civil, en cuanto dispone que los cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, no recibe aplicación en los casos en que existe una separación de hecho, puesto que al no haberse producido una convivencia y al no haber declaración judicial sobre el cumplimiento o incumplimiento de los deberes recíprocos relativos a la misma, carece el marido de título para la tenencia de un inmueble propio de la cónyuge y que ocupa por mera tolerancia de ésta (art. 2195, inc. 2° del C. Civil).

Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa

COMENTARIO:

Rodrigo Ugalde Prieto

Profesor de Derecho Tributario
del Magister en Derecho de la Empresa
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Doctrina

"2°) Que la empresa reclamante, en virtud del contrato de administración de la cartera hipotecaria del SERVIU, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, se limitaba a la entrega de datos que, previamente, se encargaba de recoger, en un proceso de acopio de los mismos, los que posteriormente eran procesados por la entidad primeramente señalada. El proceso de acopio de datos no puede ser calificado de "procesamiento automático de datos", sin perjuicio de merecer la denominación de "proceso", pues quien realizaba la función de procesar los que se proporcionaban por la reclamante era el Serviu. De este modo, no corresponde calificar a I.C.C.A. S.A. como empresa de procesamiento de datos, y por tanto, incluirla en los números 3 y 4 del artículo 20 de la ley de la Renta, para efectos de liquidarle el impuesto establecido en el D.L. 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios".

"3°) Que, por otro lado, no corresponde tampoco calificar a la empresa de que se trata, como de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, a que se refiere el numeral 7 del artículo 3° del Código de Comercio, pues, como anteriormente se precisó, su labor se limitaba a entregar datos que posteriormente eran analizados y procesados por la empresa que, a través de un contrato, se los había encargado, todo lo cual resulta ajeno por completo al de las empresas a que se refiere el artículo 3° del señalado código" (Considerandos 2º y 3º sentencia reemplazo dictada por la Exma. Corte Suprema con fecha 29 de junio de 2000, rol 4349-1999; el texto íntegro del fallo puede consultarse en www.poderjudicial.cl).

La sentencia de la Excm. Corte Suprema, cuya doctrina se ha reseñado, constituye –a nuestro parecer– una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa, esto es, al margen de la ley, que es la única fuente de la obligación

tributaria, de acuerdo a lo dispuesto en el N° 1 del inciso 4º del artículo 62, en relación con el N° 14 del artículo 60, ambos de la Constitución Política de 1980, y reafirmado ello por el número 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En efecto, se ha hecho común que el Servicio de Impuestos Internos proceda a crear por la vía administrativa hechos gravados y practique liquidaciones de impuestos a las empresas que no han seguido las interpretaciones administrativas del organismo fiscalizador. El caso que se resolvió por la Excm. Corte Suprema en los autos rol 4349-99 es un buen ejemplo de esta situación.

En la especie una empresa que por años había administrado en todo el país la cartera hipotecaria de una relevante institución estatal mediante un contrato de prestación de servicios de Administración de Cartera Hipotecaria, no gravado con IVA (aprobado por la Contraloría General de la República) por tratarse de prestaciones clasificadas en el N° 5 del artículo 23 del D.L. 825, es revisada por el Servicio de Impuestos Internos.

Fruto de la revisión el Sr. Fiscalizador (que no es abogado ni experto en temas computacionales) estima que la incorporación de datos por parte de la empresa prestadora del servicio en el computador central del organismo estatal, mediante su digitación en terminales del mismo organismo, para que la propia institución estatal realice todo el proceso computacional de los datos ingresados y emita los respectivos listados de deudores, determina que la empresa realizaba **procesamiento automático de datos**. Por ende, según el criterio del funcionario, ello implica que **todo** el contrato queda afecto con IVA.

Esto de acuerdo a los criterios de la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, para la cual la **digitación** era lo mismo que el **procesamiento automático de datos** (Oficio 238 de 18 de enero de 1993).

Se tuvo presente, además, para cobrar los impuestos respectivos, que la empresa podía ser clasificada como una empresa de "provisiones o suministros", conforme al N° 7 del artículo 3º del Código de Comercio.

Lo primero era totalmente errado, ya que jamás la **digitación** (actividad manual) y el **procesamiento automático de datos** (proceso aritmético-lógico) han sido lo mismo. Ello no solamente es errado desde el punto de vista técnico, sino que también de acuerdo al sentido natural y obvio de los términos en juego y basta leer el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia para comprobarlo.

Así lo establece claramente la sentencia transcrita en la parte final del considerando 20º.

Sin embargo, lo más ilegal de toda esta situación era que para sustentar su

tesis el Servicio de Impuestos Internos excede –con mucho– sus atribuciones legales, dando a la empresa –por sí y ante sí– la naturaleza de empresa de “provisiones y suministros” de aquellas previstas en el N° 7 del artículo 3° del Código de Comercio, lo que es claramente ilegal.

En efecto, el artículo 6° , letra A), N° 1 autoriza al Director del Servicio de Impuestos Internos para “interpretar administrativamente las disposiciones tributarias”.

Esta interpretación es obligatoria sólo para los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos y no para los contribuyentes, los que si voluntariamente la siguen se ven amparados en su cumplimiento tributario por lo dispuesto en el artículo 26 del Código Tributario, esto es, no pueden ser objeto de cobros con efecto retroactivo cuando se han ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sostenida por la Dirección del Servicio de Impuestos Internos.

Obviamente que tampoco esta interpretación obliga a los Tribunales Superiores de Justicia.

Como se observa, la norma autoriza al Sr. Director para interpretar las leyes tributarias. No lo autoriza para interpretar normas legales ajenas a lo meramente tributario, como lo es el Código de Comercio.

En el caso que se comenta ocurría que la interpretación de la Dirección del Servicio de Impuestos Internos aplicada por el sentenciador de primera instancia –y desechada por la Excma. Corte Suprema– se sostenía en gran medida en la interpretación de normas ajenas a lo tributario, ya que se basaba en que la empresa realizaba un acto de comercio de aquellos señalados en el N° 7 del artículo 3° del Código de Comercio. Según Impuestos Internos, ello era así por cuanto se trataría de una empresa de “provisiones o suministros”, ya que suministraba servicios y, por lo tanto, al estar en dicho numeral su actividad se clasificaba en el N° 3 del artículo 20 de la Ley de la Renta y, por consiguiente, encuadraba dentro del concepto de “servicio” dado –a su vez– por el número 2° del artículo 2° del D.L. 825.

Con categóricos argumentos, la Excma. Corte Suprema desecha esta tesis.

En los considerandos 18°, 19° y 20° la Excma. Corte deja claramente establecido que, cuando el Código de Comercio se refiere a este tipo de empresas se refiere a aquellas que suministran productos destinados al uso o consumo humano, generalmente alimenticios, como se desprende de la propia definición dada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.

Cabe preguntarse –entonces– qué pasó luego de este fallo.

Desde luego, la empresa afectada por las millonarias liquidaciones pudo recuperar los bienes embargados por el Fisco-Tesorería. Sin embargo, desde que comenzó el juicio no volvió a adjudicarse la administración de la cartera hipotecaria de que se trataba (Tenía juicio con Impuestos Internos). O sea, se perdió –y para siempre– toda su experiencia en la materia, a pesar de que tenía la razón en sus tesis.

Desde un punto de vista general, luego de este y otros fallos en el mismo sentido el organismo fiscalizador abandonó esta tesis de empresas de “provisiones y suministros”, seguramente por cuanto tenía claro que ella no iba a poder prosperar ante los Tribunales Superiores de Justicia, atendidos los categóricos argumentos de la Excma. Corte Suprema. Recordemos que en el considerando 21º, la Excma. Corte Suprema señala que clasificar estos servicios como gravado con el IVA por la vía de tratar a la empresa como aquellas de “provisiones y suministros” es una vía indudablemente forzada.

Sin embargo, y aquí lo más grave, no ha cesado el Servicio de Impuestos Internos de crear hechos gravados por la vía administrativa y de valerse para ello de la interpretación de normas ajenas a lo tributario.

Así ha ocurrido en el último tiempo con las empresas de **outsourcing** (empresas de suministro y de selección de personal).

En efecto, el organismo fiscalizador está sosteniendo que estos servicios se encuentran gravados con IVA, puesto que corresponden a prestaciones remuneradas y que provienen del ejercicio de actividades comprendidas en el art. 20 N° 3 de la Ley de la Renta, conforme lo dispone el art. 2º N° 2 del D.L. 825 de 1974. Como consecuencia de ello está practicando millonarios cobros de impuestos a las empresas que no habían aplicado el IVA en las facturas emitidas para documentar tales prestaciones

Ello nuevamente no es efectivo, ya que la acción o prestación consistente en el **suministro de personal** y la acción o prestación consistente en la **selección de personal** no provienen del ejercicio de las actividades comprendidas en los N°s 3 y 4 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta contenida en el D.L. 824, que es uno de los requisitos copulativos para quedar afecto al IVA.

Desde luego, está claro que dichas acciones o prestaciones no provienen de las actividades comprendidas en el N° 4 del artículo 20 de la Ley de la Renta. Tanto es así que ni el propio organismo fiscalizador lo sostiene.

Tampoco tales prestaciones provienen del ejercicio de las actividades comprendidas en el Art. 20 N° 3 de la Ley de la Renta.

Sostenerlo –como lo hace Impuestos Internos– es un error de proporciones y la transcripción de la referida norma legal lo confirma.

El N° 3 del artículo 20 de la Ley de la Renta es del siguiente tenor:

“Las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, de los bancos, asociaciones de ahorro y préstamos, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades de inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga, constructora, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones”.

Desde luego las rentas provenientes de servicios de **suministro de personal** y de **selección de personal** no son rentas de la **industria**, dado que conforme al artículo 6° del Reglamento del D.L. 825: “Para los efectos de la aplicación de la Ley, se considera “Industria” el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armaduría, confección, envasamiento de substancias, productos o artículos en estado natural o ya elaborados o para la prestación de servicios, tales como molienda, tintorerías, acabado o terminación de artículos”.

Tampoco las rentas provenientes de servicios de **suministro de personal** y de **selección de personal** son rentas del **comercio**, puesto que en nuestro derecho son actos de comercio aquellos señalados por la ley. Dicha ley es el Código de Comercio, en cuyo artículo 3° se consignan los actos de comercio.

En el artículo 3° del Código de Comercio se contiene una enumeración de 20 casos en que, de acuerdo a la ley, nos encontramos frente a “actos de comercio”.

La lectura de tales casos deja en evidencia que los servicios de **suministro de personal** y de **selección de personal** no encuadran con **ninguno de ellos**.

Ahora bien, para que exista un acto de comercio se requiere un **texto expreso de ley** que le otorgue dicha calidad a un acto determinado y **no existe ninguna ley que le otorgue la calidad de acto de comercio a los servicios de suministro de personal y/o de selección de personal**. Por lo tanto, no cabe duda de que tales servicios son **negocios civiles** y, por lo tanto, que no caen dentro del concepto de comercio, siendo ello necesario para clasificarlos en el N° 3 citado.

Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos en interpretaciones de su Dirección Nacional –ilegales y arbitrarias– ha señalado que la prestación de este

tipo de servicios determina que el contribuyente que los presta se califica como "agencia de negocios", de aquellas clasificadas en el N° 7 del artículo 3º del Código de Comercio.

Así consta, por ejemplo, en el Oficio 3028, de 26 de agosto del año 2002.

Independientemente de la ilegalidad de esta interpretación, pues el Director de Impuestos Internos está facultado para interpretar la Ley Tributaria y no el **Código de Comercio**, lo cierto es que en tal calificación existe un error de proporciones, puesto que las **agencias de negocios (no definidas por el legislador)** son organizaciones empresariales que: "realizan una labor dirigida a concluir negocios ajenos o a facilitar su conclusión. Cumplen, pues, una actividad de intermediación poniendo en contacto la oferta y la demanda. Sin embargo, no se limitan a informar sobre la demanda existente, sino que su función va más allá; el agente debe crear una nueva demanda o, por lo menos, mantener la existente. Realiza una labor de promoción y lo hace en forma interesada, porque, por regla general, su remuneración depende de los contratos que logre promover, es decir, del éxito de su gestión. No es un intermediario imparcial, porque está inclinado a favor del agenciado por cuya cuenta obra".

Así las define el autor colombiano **Juan Pablo Cárdenas** en la página 17 de su obra *El Contrato de Agencia Mercantil*. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia, 1984.

Como se observa, la agencia de negocios realiza una labor de **intermediación** dirigida a **concluir negocios ajenos** o a **facilitar su conclusión** y para ello **pone en contacto a la oferta con la demanda**.

Nada más ajeno aquello a los servicios de **suministro de personal**.

En el mismo sentido define el contrato de agencia el autor argentino don **Roberto Fontanarrosa**, el que lo señala como un contrato bilateral, oneroso, en virtud del cual el agente se compromete a prestar en forma duradera y continuada su actividad a un comerciante o industrial mediante el pago de una retribución, **a fin de obtener, para su comitente, la concertación de negocios dentro de la zona establecida en el contrato**. Así consta en la obra *Derecho Comercial Argentino*. Tomo I, página 571. Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1976.

Si recurrimos a la legislación extranjera, confirmamos –sin ninguna duda– lo absurdo del criterio de calificar a dichas empresas como **agencias de negocios**.

En efecto, el Código de Comercio de Colombia, en su artículo 1317, señala:

“Por medio del contrato de agencia un comerciante asume, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

El Código Civil italiano, en su artículo 1742, lo define así:

“Por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover por cuenta de otro, mediante retribución, la conclusión de un negocio en una zona determinada”.

La legislación francesa (decreto 58-1345 de 1958) señala que el agente comercial: “es el mandatario que a título de profesión habitual e independiente, sin estar ligado por un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos, prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes”.

Si alguna duda quedare, ella se despeja con una nueva cita de la obra del Sr. **Cárdenas**, la que en su página 19 señala:

“El empresario recurre a la figura del agente cuando sus negocios requieren en determinado lugar una gestión estable, en tal forma que ya no es satisfactoria la figura del viajante o agente viajero; pero no quiere asumir los gastos de un empleado permanente, bien sea porque apenas se trata de conquistar un mercado, o por el escaso volumen de negocios”.

Así las cosas, el **suministro de personal** constituye clara y evidentemente el **suministro de un servicio no gravado con IVA**, pues al no estar dentro de las actividades previstas en los N°s 3 y 4 del artículo 20 de la Ley de la Renta, necesariamente se clasifica en el N° 5 del artículo 20 **precitado**.

El N° 5 del artículo 20 señala que se clasifican en la **Primera Categoría del Impuesto a la Renta**:

“Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas”.

O sea, todas aquellas rentas que no se puedan clasificar en los anteriores números del artículo 20 de la Ley de la Renta y que no estén gravadas en la **Segunda Categoría** del artículo 42 de la misma ley y que **no se encuentren exentas** del Impuesto a la Renta, se clasifican en el N° 5 del artículo 20 y, por consecuencia, las acciones y prestaciones que de ellas se deriven **no se afectan con el IVA**.

Esto es, precisamente, lo que ocurre con los servicios de **suministro de personal** y de **selección de personal**.

Ello es así por cuanto las actividades clasificadas en el N° 5 del artículo 20 de la Ley de la Renta **no se encuentran dentro del hecho gravado "servicio"** definido por el N° 2 del artículo 2° del D.L. 825. Por lo tanto, es evidente que no se puede afectar con el IVA al **suministro de personal** y tampoco el servicio de **selección de personal**.

A este efecto es pertinente destacar que jamás una empresa que suministra servicios puede ser clasificada dentro de las empresas denominadas como de "provisiones o suministros" señaladas en el N° 7 del artículo 3° del D.L. 825, pues como bien lo ha señalado en numerosas oportunidades la Excm. Corte Suprema, aquellas empresas son las que suministran **bienes**. Así consta en el considerando 19° de la sentencia transcrita.

Por otra parte, el servicio de **selección de personal** constituye una **asesoría** que se concreta en un **informe** en el que se señala al cliente a qué persona de las entrevistadas se le sugiere seleccionar para ocupar un cargo determinado. Dicha asesoría, también indudablemente, se encuentra clasificada en el N° 5 del artículo 20 del D.L. 824 y, por lo tanto, no gravada con IVA.

Es pertinente destacar que el propio S.I.I., en múltiples oportunidades, ha señalado que las asesorías de carácter financiero, económico, comercial, administrativo, la prestación de servicios profesionales, tecnológicos y de asesorías técnicas, la elaboración de estudios de mercado, estudios de opinión y asesorías de mercado **no están gravados** con el IVA. Así consta, por ejemplo, en los Oficios N° 1921, de 1997; N° 4554, de 1992; N° 1536, de 1992 y N° 692, de 1989, entre otros.

Ante esta difícil realidad cabe preguntarse:

¿Que pasará con las **empresas de outsourcing**?

¿Cuántas se podrán oponer a la ilegal tesis del organismo fiscalizador?

Las que se opongan ¿lograrán resistir los años que toma un juicio de esta naturaleza o para seguir vivas tendrán que aceptar la tesis del Servicio de Impuestos Internos y aplicar el IVA a prestaciones que claramente no están gravadas con el tributo?

Comentario sobre el impuesto al lujo

COMENTARIO:

Jorge Miguel Otero y Emilio Pohl I.

Abogados

1) Ditec Ltda. importó un automóvil marca Honda, Modelo Acura Mdx, fabricado en Canadá, por la Aduana de Osorno, quien pretendió aplicarle el impuesto del artículo 46 del DL. 825, habiendo resuelto la Excma. Corte Suprema, con fecha 1 de abril de 2003, que dicha conducta es ilegal, por cuanto tal impuesto no es un impuesto interno, sino a la importación y, como tal, constituye arancel aduanero, según la definición de éste que contempla el Tratado de Libre Comercio. Agrega el Máximo Tribunal que, por expresa disposición del Tratado, el Servicio Nacional de Aduanas y el Servicio de Impuestos Internos no pueden ser juez y parte, careciendo de competencia para conocer y resolver conflictos vinculados a la aplicación del Tratado.

2) Apartándose del discurso del Gobierno, en cuanto a que los fallos de los tribunales se cumplen y no se comentan, a los pocos días de conocida la sentencia, el Servicio Nacional de Aduanas y el Servicio de Impuestos Internos comunicaron públicamente que seguirán aplicando el impuesto, reafirmando su competencia en la materia.

3) El Gobierno justificó su posición en que la sentencia de 1 de abril no es vinculante, por el efecto relativo de las sentencias, y, en definitiva, que es legítimo que la autoridad repita una conducta que ha sido calificada como ilegal y que se ha ordenado dejar sin efecto.

4) No es legítimo que la autoridad repita una conducta declarada como ilegal, ya que ello atenta contra los principios básicos en que se funda nuestra institucionalidad:

- **Principio de la legalidad**, la autoridad no tiene más competencia que aquella que le da la ley. Si actúa fuera de ella, sus actos son nulos, de nulidad absoluta (Arts. 6^a y 7^a de la CPE).

Se insiste en repetir un acto administrativo declarado ilegal, haciendo primar su voluntad, haciendo caso omiso al tenor de la ley, contrariando expresamente lo señalado por los otros dos poderes del Estado (Poder Legislativo y Judicial).

- **Principio de la igualdad ante la Ley**, que se traduce en el viejo aforismo jurídico; *“donde existe igual razón debe existir igual disposición”*.

El Gobierno sostiene que en Chile hay un solo automóvil privilegiado. Que un mismo acto administrativo puede ser legal e ilegal a la vez, dependiendo de su mera voluntad.

- **Principio de seguridad jurídica.**

El Gobierno pretende buscar un fallo contradictorio en la Corte Suprema, al extremo de haber preparado un informe en derecho, donde el informante contratado por el mismo Gobierno califica expresamente a este fin como un *“daño”*, ya que no es bueno que, siendo la Corte Suprema una sola, puedan existir interpretaciones de derecho contradictorias.

- **Principio del bien común.**

La autoridad está obligada al bien común, conforme lo dispone la Constitución. El Gobierno actúa en oposición a dicho bien, haciendo primar su voluntad por sobre el derecho:

- Persigue que la Corte Suprema se contradiga y así exista una desigualdad ante la ley y una absoluta inseguridad jurídica.
- Aparece contrariando lo resuelto por la Corte Suprema y lo informado por el Poder Legislativo, creando alarma pública y un enorme desconcierto, que ha llevado a que los principales medios de comunicación hayan tratado este tema en sus editoriales, criticando en duros términos a la autoridad, haciendo presente lo inconveniente de su posición y los altos costos que su voluntarismo está generando al prestigio de nuestro país:

- * El editorial del Diario El Mercurio del día 29 de abril llama al Gobierno a *imponer la cordura* y cumplir con lo resuelto por la Excm. Corte Suprema.

- * El editorial del diario La Tercera del día 16 de mayo la ha calificado como inadecuada y poco conveniente para el país.
 - * El editorial de El Diario del día 13 de junio señala *"llaman la atención varias cosas. Primero, que habiendo dos poderes del Estado que han dado señales de que el impuesto debe ser eliminado..., el tercer poder del Estado haga caso omiso de ello y siga manteniendo un férrea batalla desentendiéndose del mensaje de los otros dos poderes. En segundo lugar, se nota una clara incongruencia, dado que en otros casos donde un particular ha ganado un juicio contra una empresa, ha sido el mismo gobierno a través de sus organismos, el que se las ha jugado porque los fallos se cumplan y se hagan extensivos a todo el mundo. Por último, queda un tercer punto y es cómo explicará el gobierno chileno a sus socios comerciales que un fallo de derecho de la Corte Suprema no puede ser aplicado"*.
 - * El editorial del diario Las Últimas Noticias del día 13 de junio señala lo absurdo de la posición del Gobierno, concluyendo que este impuesto *"en vez de gravar el lujo, impone un tributo a la seguridad de todos"*.
 - * El editorial de El Mercurio del día 22 de junio señala: *"Un gobierno no puede aparecer resistiéndose a los fallos judiciales, tanto menos en materias que afectan el comercio internacional"*.
 - * El editorial del diario El Mercurio del día 19 de julio afirma: *"Desde que la justicia acogió un caso, es natural que todos busquen el mismo trato. El mecanismo del "caso a caso" es difícilmente digerible en materias en que el trato diferenciado produce roces comerciales con aquellos que se sienten menos favorecidos"*.
 - * Finalmente, el historiador Adolfo Ibáñez, en el diario Estrategia de 29 de abril de 2003, señaló: *"Recientemente los Tribunales determinaron que Aduanas no podía gravar con el impuesto al lujo a los automóviles canadienses. Los Tribunales funcionaron dando su veredicto, pero Aduanas afirmó a continuación que insistiría en dicha cobranza, enervando el fallo de la justicia". "Nada ganamos con que "funcionen" los Tribunales y Congreso, dos poderes del Estado, si los servicios administrativos del Poder Ejecutivo no reconocen la soberanía de los otros poderes del Estado. Allegar recursos de esta manera a la caja fiscal es tiranía"*.
- Aparece manteniendo vigente en forma ilegal un impuesto que, en opinión de nuestro Poder Legislativo, *"atenta contra la vida, la descon-*

taminación, el acceso a la tecnología y la igualdad ante la ley” (Acuerdo del Pleno de la Cámara de Diputados de 7/01/2003, donde deja constancia que el impuesto se derogó con la aprobación de los Tratados con México y Canadá).

- Afecta nuestras relaciones internacionales, generando reclamos de nuestros socios comerciales, como ya ha ocurrido con Canadá y Alemania.
- 5) El fallo de primero de abril produce efectos, tanto respecto de las partes como de terceros.

Si bien es cierto que, conforme lo ha resuelto la Corte Suprema, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Código Civil, las sentencias tienen fuerza obligatoria en las causas en que se dictaron, por lo que no es posible que dicha Corte extendiera los efectos de la sentencia dentro del mismo proceso, ello no implica que la autoridad quede facultada para seguir incurriendo nuevamente en la misma conducta ya calificada como ilegal.

Si lo hace, nuestro ordenamiento jurídico da derecho al afectado a recurrir nuevamente a los tribunales para denunciar, en un nuevo proceso, la reiteración de la conducta. En tal caso, habrá que analizar si el afectado es la misma parte o no y si se trata de la misma conducta.

a) Efectos respecto de las partes

La Jurisprudencia reiteradamente ha señalado que el objeto de la cosa juzgada es impedir las decisiones múltiples sobre un mismo asunto y tiende a evitar la dictación de sentencias contradictorias, dando de este modo estabilidad a los derechos.

Los fundamentos de la cosa juzgada son la seguridad jurídica y el orden público.

La sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema, en la cual se declara respecto del recurso de protección deducido por Ditec Ltda., que el impuesto que grava la importación de los bienes a que se refiere el artículo 46 del Decreto Ley N° 825, de 1974, es un impuesto a la importación y no interno, está efectuando una calificación de derecho y no de hecho y, en consecuencia, no puede ser impugnado a través de otro recurso de protección ni por ningún otro medio, y las conductas que se realizaren en contra de ese pronunciamiento contrarían la eficacia de cosa juzgada que emana de ese fallo.

Por ello, en cuanto la sentencia de protección resuelve materias netamente de derecho y califica una conducta determinada como legal o ilegal –como ocurre con la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 1 de abril de 2003– se está claramente ante una sentencia que, en estas materias, produce efectos de cosa juzgada material.

No debemos olvidar, como nos señala Calamandrei, que la sentencia constituye un juicio lógico, en el cual la aplicación del derecho en que fundamenta la decisión sólo puede variar en la medida en que los hechos que se establecen en un proceso de urgencia puedan variar en relación con aquellos que se hubieren determinado en forma más acabada en un proceso de lato conocimiento posterior. En este caso, los hechos no podrán variar, ya que la sentencia de la Excma. Corte Suprema en cuestión no resolvió una controversia sobre hechos, sino que se pronunció sobre una controversia netamente de derecho, cual es la naturaleza del impuesto del artículo 46 del DL. 825, concluyendo que se trata de un impuesto a la importación y no de un impuesto interno.

La jurisprudencia ha reconocido que, en cuanto a la calificación de la juridicidad de la conducta del recurrido, por tratarse de una cuestión de derecho, la sentencia de protección produce efectos de cosa juzgada material, tal como se consignó en la sentencia recaída en los autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios Rol N° 1260-81, caratulados “Hexagón con Fisco”, del Noveno Juzgado Civil de Santiago, transcrito en la página 202 del libro *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, edición 1989.

La parte pertinente de la sentencia de primera instancia y del fallo de la I. Corte de Santiago que confirmó esta sentencia, señala: *“que como resultado de todo lo actuado en el recurso de protección constitucional tantas veces mencionado en estos autos, la Corte Suprema, en fallo firme, dejó establecida la existencia de “demasías funcionarias graves” en la conducta omisiva del órgano administrativo, lo que importa calificarla de antijurídica –ilegalidad y arbitrariedad– en lo que reside la esencia de la culpabilidad, no puede ser ya puesta en duda jurisdiccionalmente, ni ser aceptable ni contradicha por quien es inferior jerárquico del Tribunal Supremo. En verdad se está frente a un caso en que el recurso de protección produce efecto de cosa juzgada material”.*

Lo anterior es coincidente con el texto del artículo 20 de la Constitución, que dispone:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías

establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Claramente, la frase *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*, se está refiriendo a los derechos que tiene el afectado (recurrente) para recurrir a otras instancias, y no a un supuesto derecho del recurrido u ofensor para tratar de desconocer lo resuelto en un proceso diverso, como malamente se pretende en este caso por el recurrido.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema así lo ha resuelto.

En efecto, en los autos de apelación de sentencia de protección rol 242-02, en sentencia de 30 de enero de 2002, VE señaló: *“Que, en tal sentido, el examen del referido libelo de fojas 33 permite advertir que a través suyo se persigue, en último término, una nueva revisión de la legalidad y racionalidad del mencionado decreto N° 533, en circunstancias que tales aspectos ya fueron materia de pronunciamiento por parte de la magistratura, con motivo de un anterior recurso de protección interpuesto por la misma Sociedad Agrícola y Ganadera El Cardal Limitada. Tal propósito, ciertamente, vulnera la autoridad de cosa juzgada que emana de la sentencia que figura agregada a fojas 60”.*

Incluso más, el propio Fisco, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, ha reconocido que la sentencia definitiva de un recurso de protección produce cosa juzgada material, según se dejó constancia en el considerando 5º de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 9 de abril de 2002, recaída en los autos de protección Rol N° 2.538-2001, confirmada por la Excm. Corte Suprema con fecha 3 de junio de 2002, rol 1347-2002.

En dicho considerando se consignó: *“5º) Que, informando a fs. 118, el Sr. Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción –a cuyos dichos se adhirió el otro recurrido– pide el rechazo del recurso, planteando primeramente la improcedencia del mismo por cosa juzgada material, pues incide en una cuestión de protección ya conocida y fallada, incluso por la Excm. Corte Suprema”.*

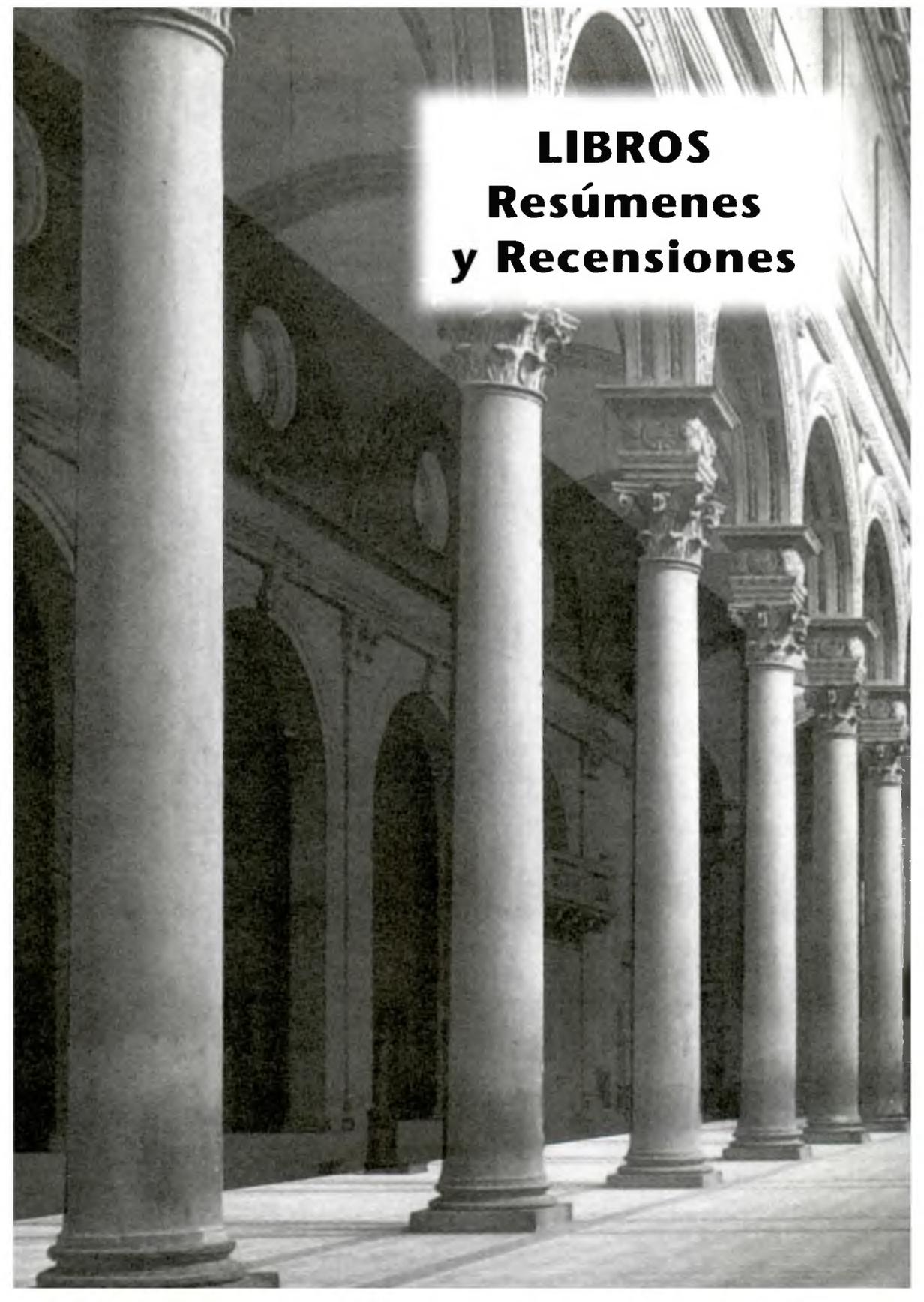
b) Efectos respecto de terceros

En un caso similar, habiéndose dictado una sentencia de protección a favor del recurrente, el recurrido se negó a hacer extensivo el fallo a terceros que se encontraban en la misma situación (*Osorio Verdugo y otros con Dirección General de Carabineros*, Corte Suprema 12.12.2000 (Rol N° 3.281-00), confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 14.8.2000 (Rol N° 5.881-99), en RDJ t. 97 (2000) 2.5, 207-214).

En dicho fallo, la Excma. Corte Suprema señaló: *“si bien bajo el amparo del señalado principio de la relatividad de las sentencias judiciales no podrían extenderse a otros beneficiarios no litigantes los efectos de un fallo en que los recurrentes de este actual recurso [de protección] no han sido partes, no es menos cierto que la situación de hecho de éstos se halla amparada por las mismas normas de derecho entonces aplicables, de manera que no ha habido causa legítima para que la Dirección reclamada [la recurrida] no haya dictado la resolución que le ha sido requerida por los recurrentes de autos”*.

Luego agregó: *“se incurre en una discriminación arbitraria al omitir la dictación de una resolución reconociendo beneficios legales a los recurrentes, en circunstancia que se encuentran en idéntica situación jurídica que otros que sí los han percibido”, privándoseles de beneficios económicos a los que tienen derecho”*.

En igual sentido ver: **Corte Suprema, 19 de abril de 2001** (E. Ministros Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S. y Humberto Espejo Z. y el Abogado Integrante señor Arnaldo Gorziglia B) Otero Cano, María Asunción, y Otros, Apelación Protección Civil, Rol N° 390-01; **Corte Suprema, 20 de junio de 2000** (E. Ministros Osvaldo Faúndez V., Orlando Álvarez H. y Domingo Yurac S. y los Abogados Integrantes señores Arnaldo Gorziglia B. y Manuel Daniel) Álvarez Vidal, Ana María, y Otras, Apelación Protección Civil, Rol N° 981-00; **Corte Suprema, 9 de octubre de 2001**, (E. Ministros Srs. Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S. y Humberto Espejo Z y el Abogado Integrante señor Arnaldo Gorziglia), Aguayo Domínguez, Waldo, y Otros, Apelación Protección Civil, Rol N° 3.492-01.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones

Esquema del Derecho de Familia Indiano

De **Antonio Dougnac Rodríguez**

Academia Chilena de la Historia
del Instituto de Chile.

Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra,
Santiago de Chile, 2003

COMENTARIO DE
Eduardo Andrades Rivas

Profesor Titular de Historia del Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

Con esta obra, presentada a inicios del mes de noviembre de 2003, en la ciudad de Concepción, nuevamente el profesor Antonio Dougnac Rodríguez, uno de los más preclaros autores de la historiografía jurídica chilena contemporánea, ofrece a la comunidad académica nacional su siempre documentado e interesante trabajo científico. Esta vez con un sólido y, nos atrevemos a decir, definitorio texto sobre una de las materias acerca de las que menos se ha tratado en la doctrina del derecho indiano: la familia y su organización jurídica y circunstancias.

Sabido es que el derecho indiano, como corpus normativo, fue un sistema fundamentalmente público. La monarquía universal hispánica diseñó aquel sistema con el objeto de regir a un mundo en donde el afán habría ser el de permanencia. Sin embargo, a ello contribuyó muy especialmente, desde el punto de vista de la organización social indiana, el gozar de un rico ordenamiento jurídico privado primero trasplantado y luego supletorio como fue el Código Alfonsino de Las Partidas y el completísimo sistema bajo-medieval que lo complementa. Gracias al mismo no era necesario establecer un corpus privado enteramente nuevo en las Indias Occidentales, pues podíamos recurrir a su enorme riqueza para organizar la sociedad familiar. Sin él difícilmente la sociedad indiana habría gozado de la señalada estabilidad y desarrollo que logró en tres siglos de dominio hispánico.

Dicha sociedad indiana es el fundamento de nuestra propia nacionalidad, y por ello todo lo que pueda descubrirse, estudiarse, escribirse y difundirse

sobre ella nos permite conocer más de nosotros mismos, pues conociendo las fortalezas y debilidades de nuestros mayores aprendemos más de nuestro propio mundo.

En esta perspectiva un estudio como el del profesor Dougnac está llamado a constituirse en fuente de muchísimos trabajos epigonales que surgirán a partir de su lectura, que junto con la erudición de que hacen gala todas sus secciones, nos presenta una reconstrucción muy fidedigna de lo que fue la sociedad y específicamente la familia indiana.

La obra está estructurada en tres partes, cada una de ellas compuesta por capítulos que abordan los diversos aspectos de cada materia tratada.

La primera parte trata sobre el matrimonio y los esponsales. Es encabezada por un muy cuidado capítulo introductorio en donde se estudia el concepto del matrimonio y los caracteres de la familia indiana. Enseguida se analizan los esponsales y el matrimonio propiamente tal, es decir, sus clasificaciones, características, requisitos, la institución del divorcio, y el derecho matrimonial patrio de la precodificación. En todos los temas resalta la fuerte influencia que, sobre la sociedad del mundo hispánico, tuvo el derecho canónico bajo-medieval. Se destaca por ello la influencia de la Iglesia Católica en la constitución de la familia.

La segunda parte está dedicada a la vida matrimonial. Se tratan la tradicional institución de la potestad marital y los derechos de la mujer casada, asimismo se contiene un interesante análisis del tema del domicilio conyugal con una sección dedicada al estatuto indígena y de los esclavos y el régimen económico matrimonial, para finalizar con el estudio de las relaciones económicas entre los cónyuges en el derecho patrio de transición y en la codificación. Yendo más allá de los mitos de origen civilista que han sostenido tan persistentemente la influencia del código francés sobre Bello en materia matrimonial, el profesor Dougnac describe con lucidez la falsedad del aserto y logra establecer que en materia matrimonial nuestro legislador siguió en gran medida el derecho preexistente, desempeñando más bien el papel de un recopilador con razonamientos originales que el de mero adaptador del código napoleónico, como durante tanto tiempo se ha sostenido.

En la tercera parte se trata de la filiación legítima e ilegítima, las normas aplicables a los expósitos, las guardas y la adopción y otras formas de custodia legítima de menores de edad. En estas materias el autor nos muestra cómo las instituciones más formalistas eran muchas veces reemplazadas por otras más adecuadas a la realidad de las Indias.

El poderoso aparato erudito consistente en la completísima bibliografía y los cuerpos de índices sirven para orientar en la lectura del libro tanto al neófito como al especialista que busca el dato exacto para ilustrar un punto del texto. No es poco mérito en nuestro medio, que con tanta frecuencia descuida este tipo de imprescindibles instrumentos complementarios de la investigación.

Finalmente, bástenos con animar al público a la lectura de esta valiosa obra. Desde el joven estudiante que desee explicarse de mejor forma las instituciones familiares durante el periodo indiano y el medieval, del que el primero es tributario, como tan claramente surge de la lectura del libro del profesor Dougnac, hasta el investigador especialista que pretenda obtener nuevas fuentes de información para su tarea, ninguno quedará defraudado. La obra de Dougnac se lee con agrado y uno puede, sin gran esfuerzo de imaginación, hacerse una idea bastante fiel de la época en la que dichas instituciones representaban el alma de la sociedad de nuestros bisabuelos. A ello contribuye una edición sobria y elegante, de cuidada factura y atractivo diseño, que caracteriza a las publicaciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra.

Solo queda, pues, felicitar al profesor Dougnac por esta magnífica obra que enriquece el patrimonio histórico jurídico de Chile y de todo el mundo jurídico hispanoamericano y recomendar ampliamente su lectura.

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.



R0007 15



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción