

R E V I S T A

Diké

DIKÉ

Vol 4, N° 1, 2012

ISSN: Derechos Reservados

Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Comité Editorial

Victoria Martínez Placencia
Young Park Rojas
Gabriela Solís Valenzuela
Karen Tapia Villa

Relaciones Públicas

| Katherine Hyde Estrada

Comité Asesor

| Hugo Rojas Corral
María Paz Valdivieso Ruiz-Tagle

Dirección

| Cienfuegos 41, Santiago de Chile
www.uahurtado.cl

Diseño y diagramación

| Revista Mensaje,
Mercedes Lincoñir H.

Impreso en GraficaAndes®

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

Comentarios y observaciones: dikerevista@gmail.com

ÍNDICE GENERAL

MENSAJE DE LA EDITORA	7
------------------------------	----------

1. Las leyes de transparencia y la idea del “gobierno abierto”	11
---	-----------

Enrique Rajevic Moslerd

1. Presentación	11
2. La irrupción de las Leyes de Transparencia en el mundo y en los países de América Latina y el Caribe	11
2.1 De la Ley sueca de 1766 a las Leyes americanas de inicios del siglo XXI	11
2.2 Las claves de estas reformas: un marco sustantivo que favorece la transparencia y una institucionalidad de apoyo autónoma del Gobierno y cercana a los ciudadanos	14
3. La sinergia entre Transparencia Activa y Gobierno Abierto	15
3.1 La Transparencia Activa como una nueva faceta del acceso a la información	15
3.2 El Gobierno Abierto como una profundización de la Transparencia Activa	20
4. Algunas cautelas respecto del Gobierno Abierto	21
4.1 La Protección de Datos Personales	21
4.2 La ausencia de controles eficaces y autónomos: entre el marketing y el gobierno abierto	22
4.3 La brecha digital	25
4.4 La difícil pero necesaria reforma de la Administración Pública	26
5. Conclusiones	27

2. Las cauciones a la luz del Análisis Económico del Derecho.	
Algunas cuestiones	29

Reinaldo Cuadra Folle

1. Presentación	29
2. Análisis económico del derecho y contratos. Breves reflexiones vinculadas a las cauciones	31
3. Análisis económico del derecho y cauciones. Algunos temas relevantes	33
3.1 Asignación de derechos y eficiencia económica del sistema de garantías. Caso de las cauciones reales y personales. Las garantías autónomas	33
3.2 Aplicación de las cauciones en las actitudes frente al riesgo. Una variante para aquellos que sienten aversión al riesgo	35

3.3 La confianza, el aseguramiento de las promesas contractuales y los remedios	37
3.4 El pacto comisorio y los remedios	39
4. Conclusiones	40

3. La posesión, estabilizadora de la propiedad y el mercado **41**

Ignacio Rostión Casas

1. Las dos posesiones en el derecho civil chileno	41
1.1 El contexto de la discusión	42
1.2 Nuestro sistema registral	46
1.3 Las soluciones a las inconsistencias del sistema	46
1.4 Breve visión comparada	49
2. La gran disputa. Posesión material contra posesión inscrita	50
2.1 Contexto histórico del surgimiento de las normas sobre posesión material en la regularización de la propiedad inmueble	51
3. La influencia del mercado y el desarrollo económico en la generación de las reglas posesorias. El deseo de incentivar la producción	54
3.1 Influencias de otras disciplinas	55
3.2 Acogiendo otras miradas	56
3.3 La importancia de un sistema coherente	59
4. Conclusiones	60

4. Nuevas tendencias en el derecho de daños: la inclusión de la imputación objetiva **61**

Felipe Oyarzún Vargas

1. Introducción	61
2. La causalidad como elemento de la responsabilidad	62
3. Teorías de causalidad	64
3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones	64
3.2 La teoría de la causalidad adecuada	66
4. Casos problemáticos	67
4.1 Causalidad concurrente	68
4.2 Causalidad alternativa	68
4.3 Situaciones de causalidades hipotéticas o potenciales	69
5. La irrupción de la imputación objetiva	71
5.1 Antecedentes generales	71
5.2 Causalidad material y causalidad jurídica	72
5.3 Criterios de imputación objetiva	75
5.3.1 Criterios de imputación objetiva	75
5.3.2 Criterio de la norma fundamentadora de responsabilidad	76
5.3.3 Criterio de la adecuación	77
5.4 Críticas a la imputación objetiva	78
6. Conclusiones	79

5. Aplicación de la doctrina ultra vires a las sociedades mercantiles chilenas de personas y de capital. Implicancias prácticas **81**

Katherine Hyde Estrada

1. Introducción	81
2. El objeto o giro social	82
2.1 El interés social y objeto social	82
3. La doctrina ultra vires o teoría de la especialidad del giro	86
3.1 Antecedentes históricos	86
3.2 La Doctrina Ultra-vires en las sociedades comerciales	86
3.3 El decaimiento de la doctrina ultra-vires	88
4. Determinación de la capacidad de las personas jurídicas	90
4.1 Presupuestos y excepciones de la capacidad	90
4.2 La capacidad general de las personas morales	92
5. Aspectos Normativos	95
6. Implicancias prácticas	98
6.1 Facultades y responsabilidades de los administradores	99
7. Conclusiones	102

6. El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: entre la dignidad e integridad humana y el derecho a procrear **105**

Cristóbal Santander Santander

1. Introducción	105
2. ¿Qué entendemos cuando hablamos del contrato de maternidad subrogada?	106
3. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico cuando aborda la maternidad?	108
4. ¿Existe en Chile un derecho a procrear que permita admitir la celebración del contrato de maternidad subrogada?	111
5. Importancia de la dignidad humana en el debate sobre el contrato de maternidad subrogada. La experiencia regulada española	115
6. Alcance del concepto de dignidad humana tras una eventual admisión del contrato de maternidad subrogada en Chile	118
7. Dignidad de la persona humana y Derecho a procrear. Análisis de la maternidad subrogada desde la experiencia regulada española	122
8. Conclusiones, críticas y comentarios	125

7. Algunos comentarios sobre la Ley "Súper 8": ¿debe el Estado regular la alimentación de los/las niños/as? **129**

Constanza Aliste Requena

1. Antecedentes	129
2. Razones que se han dado para regular y cuáles para no regular	131
2.1 ¿Son las razones a favor suficientes para justificar la regulación del mercado de la comida, en particular, prohibir la venta de ciertos alimentos en ciertos establecimientos educacionales?	133
3. Aspectos más relevantes del proyecto de Ley. Fortalezas y Debilidades	134

8. El secreto empresarial. Implicancias para la transparencia y acceso a la información pública en Chile 137

Francisco Contreras Arce

- | | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 137 |
| 2. Secreto Empresarial y Acceso a la Información Pública en Chile | 138 |
| 3. El secreto empresarial. Experiencia en Estados Unidos | 141 |
| 4. ¿Cómo se han resuelto estos casos en los Estados Unidos? | 143 |
| 5. Conclusiones | 144 |

9. Los mármoles de Elgin en el British Museum: orígenes de una controversia actual 147

Valeria Riedemann Lorca

MENSAJE DE LA EDITORA

La verdad es hija del tiempo, no de la autoridad.

Francis Bacon

Desde tiempos pretéritos, los pensadores de cada época se han hecho cargo de analizar los sistemas de gobierno. Platón ya constataba que eran imperfectos, y que en todos ellos, el principio de origen y constitución va a transformarse en el principio de corrupción y de declinación de dichas formas de gobierno. Al referirse al origen de la democracia, señalaba que como en el *demos* se ha generado un resentimiento en la mayoría debido a los abusos de la oligarquía, termina rebelándose bajo los principios de la igualdad y de libertad principalmente, configurando así la democracia. Pero ésta posteriormente, debido a su degeneramiento, terminaría pavimentando el camino hacia una tiranía, verificando así que los mismos principios que posibilitaron su nacimiento, derivarán en principios de corrupción y de término de dicho sistema.

Es en este sentido, que Jorge Millas (se sigue el lineamiento de Maximiliano Figueroa en *La democracia como construcción moral de la sociedad. Ideas políticas de Jorge Millas*), plantea a la democracia como un *concepto límite y, por lo tanto, un desiderátum*. La democracia sería un proceso, su realidad es del todo concreta, consiste en la *realidad de un esfuerzo, de un afán, de un movimiento humano de aproximación a una idea*. Es una búsqueda, que permanentemente tiende a la rectificación propia, busca condiciones de mejor concreción, es un sistema susceptible de ser perfectible en su realización. La inquietud la define, la no perpetuación del statu quo. Su coherencia radica en lo que es: *ser aproximación rectificadora hacia el ideal de un mundo de convivencia integral entre personas*. El aceptar que la democracia es un desiderátum, implica postular que ella debe existir como un deseo, con una voluntad democrática, un querer práctico que la anima y la impulsa. Esta voluntad democrática debe ser cultivada, educada.

De acuerdo a la crítica platónica, los principios de igualdad y de libertad van a derivar en un igualitarismo y en un libertinaje, respectivamente. En el ámbito de la igualdad, la democracia terminaría en un *igualitarismo*: hay que escuchar todas las opiniones (la *doxa*), todas tienen valor, o sea, se escucha tanto al ignorante como al sabio. La controversia de opiniones se resuelve por votación, y ésta posibilita el que lo cuantitativo sobrepase al criterio cualitativo (para Platón, la muerte de Sócrates refleja esa crisis de Atenas). Existe la posibilidad permanente de que opere

el error, de que **opere lo injusto**. Es un sistema vulnerable a la retórica, al discurso persuasivo, a la demagogia. Cualquiera podría gobernar, sólo se necesitarían votos. Existe la posibilidad de que triunfe el *demagogo*. No existe criterio absoluto para distinguir entre las opiniones, y puede haber grupos que tengan la tentación de imponerse por la fuerza, al no contar con los votos necesarios para una decisión. La democracia producirá un estilo de vida placentero, que concederá indistintamente un estado de igualdad tanto a los que son iguales como a los que no lo son.

Respecto del ámbito de la libertad, en la crítica platónica, el pueblo terminaría bebiendo en exceso *-hybris*, como sinónimo de desmesura- del ‘vino de la libertad’, por ende, se convierte en *libertinaje*, va de la mano con el más puro individualismo, y va minando la idea de autoridad. Así el sujeto se sensibiliza más para reivindicar sus derechos, pero desatiende sus deberes, lo que significa la destrucción de la categoría de ciudadano. Incluso podría mencionarse que se perdería la noción del bien común (en términos de Tocqueville). Por último, degeneraría la democracia en un caos, y sería el mismo pueblo el que le pide al hombre más fuerte, al caudillo, que se haga cargo del gobierno para que restablezca el orden. Lleva un caudillo al poder, y permanece allí transitoriamente en principio, pero al final se queda en el poder y se transforma en un tirano.

La figura del caudillo o del eventual ‘héroe’ -autoproclamado o no-, responde a las ideas matrices de un discurso derivado de los *mitos políticos* modernos. Éstos no surgen libremente, son mitos elaborados de acuerdo a un plan establecido por mentes expertas y hábiles. Según *Cassirer*, el político moderno ha tenido que aunar en sí mismo las funciones del ‘homo magus’, es decir, del hombre de la civilización primitiva, y de las funciones del ‘homo faber’, o sea, del artífice y artesano. Es en esta síntesis de este político que se constata una preparación cuidadosa y meticulosa para cada paso que se ha de dar.

Pero en el siglo XX se desarrolló una nueva técnica del mito. Esto implicaba que ellos podían ser elaborados del mismo modo que son creados otras armas modernas. Los mitos políticos modernos no sólo han transmutado los valores, sino que además han operado una transformación en el lenguaje, según *Cassirer*. Esta transformación se produce mediante un cambio en la función del lenguaje, en que la palabra mágica tiene precedencia por sobre la palabra semántica, con la que se alcanzan propósitos de propaganda política, agitando así las emociones humanas y desatando las más violentas pasiones por los medios más simples. Junto a este empleo de la palabra mágica, se unió la introducción del culto al nuevo rito. Cada acción política tiene su rito particular, y los efectos de estos nuevos ritos se manifiestan en general en una ausencia de discernimiento crítico, en una falta de juicio y de responsabilidad personal.

Frente a este punto, *Cassirer* presenta otro rasgo de este nuevo caudillo político: ha de ser el ‘homo divinsans’, esto es, tiene el rol de adivino, de predicción

del futuro. Los políticos modernos usan la profecía como una nueva técnica de mando. Se anuncian promesas improbables y casi imposibles de ser realizadas.

Dadas las últimas informaciones que se han difundido en materia del denominado ‘Caso bombas’, puede considerarse que algunas ideas ya referidas pueden vincularse con la judicialización apresurada y arrogante del caso, provocada por parte de un ex – funcionario del Ministerio Público que posteriormente -y en medio del proceso penal respectivo- renuncia a dicha entidad, para formar parte del personal del Ejecutivo.

Es por todos conocidos que este caso concreto comprende varias aristas que son dables de analizar, desde diversas perspectivas: la eventual intervención del Ministerio del Interior, por el rol que asumió su ministro (actuó como querellante); el rol que jugó el fiscal que acusó a los imputados por asociación ilícita por delitos terroristas; que la tarea de la defensa de los imputados -sin la cual, y sin ninguna duda- se determinó la absolución de éstos; etc.

El ‘Caso bombas’ es una expresión más de aquel discurso que se caracteriza por alcanzar índices de popularidad mayor; de posicionar en el medio social, la idea de que el orden y la seguridad son pilares estructurales de esta sociedad democrática, y de que en cierta medida, existiría un nuevo héroe que desea -no con poco entusiasmo- convertirse en aquél que las masas estarían esperando para la resolución de sus problemas...

Pero las masas aparentemente tienen en su propio discurso otros pilares estructurales de lo que ellas anhelan como sociedad democrática: una colectividad en la que la libertad e igualdad prevalecen frente al orden y la seguridad. Éste es uno de los riesgos de vivir en democracia. Y en estos términos, los que detentan cualquier tipo de poder no pueden marginarse de esa discusión. No es sostenible en el tiempo una discusión basada en *lo que vendrá*.

Siguiendo a *Cassirer*, existiría una lógica del mundo social, donde ciertas leyes no pueden violarse impunemente. Podríamos señalar a este respecto que desde el poder, la primera ley que no puede violarse impunemente es la razonabilidad. No se puede invertir recursos del Estado sólo por razones -*prima facie*- antojadizas y encubiertas por un afán de justicia. La detentación del poder supone que quien lo ejerce posee el *don* de la razonabilidad.

Finalmente, concluyendo con las palabras de Millas, la democracia se nos revela como un **riesgo**, sólo se da en la medida que la propia vida se realiza como posibilidad. La democracia sería el sistema que mejor se acomodaría a la condición humana, porque su esencia es el riesgo, y el riesgo *va siempre implicado por la historicidad y la libertad del hombre*. En la democracia, la condición de posibilidad y de la libertad, es simultáneamente, la fuente de todos sus riesgos. El miedo a enfrentar este riesgo posibilita crueldad y torpezas antihumanas. Al considerar

como bienes máximos el orden y la seguridad, puede llegar a producir temores irracionales a la democracia, pero sólo una vida despierta da valor a la *democracia para afrontarse a sí misma y no perecer por miedo a su franquía.*

Karen Tapia Villa
Presidenta Comité Editorial
Revista Diké

Santiago, 17 de junio de 2012.

LAS LEYES DE TRANSPARENCIA Y LA IDEA DEL “GOBIERNO ABIERTO”

Enrique Rajevic Mosler*

1. Presentación

El presente trabajo procurará relacionar las políticas de gobierno abierto con las políticas de transparencia administrativa que se han difundido con especial intensidad en Iberoamérica durante la última década. Para ello describiremos las normas legales sobre transparencia que se han ido dictando en Latinoamérica para luego comentar cómo se relaciona con ellas el *open government* o gobierno abierto (en adelante, oGov) y terminar apuntando los beneficios y riesgos de esta relación.

2. La irrupción de las Leyes de Transparencia en el mundo y en los países de América Latina y el Caribe

2.1 De la Ley sueca de 1766 a las Leyes americanas de inicios del siglo XXI

La Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa de 1766 dictada en Suecia es el primer cuerpo normativo que declara el derecho de acceso a los documentos oficiales. Recién en 1951 se dictaría otra, en Finlandia: la Ley sobre la naturaleza pública de los documentos oficiales. En 1966 Estados Unidos de Norteamérica promulgaría la Ley de Libertad de Información o *Freedom of Information Act* (también conocida por su sigla FOIA)¹, a la que se sumarían las leyes francesas n°78-753, de 1978, y 2000-321, de 2000², la *Access to Information Act* en Canadá, de 1985³, la Ley de Libertad de Información de 2000 de Reino Unido (en vigor desde 2005)⁴ o la Ley federal alemana reguladora del acceso a la información de la Federación, de 2005⁵, entre muchas otras. En los últimos treinta años la multiplicación de este tipo

* Doctor en Derecho y Máster en Política Territorial y Urbanística, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado. Director Jurídico del Consejo para la Transparencia de Chile.

1 5 USC Chapter 5 § 552.

2 Se trata de la Ley n° 78-753, de 17.07.1978: *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*, y la Ley 2000-321, de 12.04. 2000, *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*.

3 R.S., 1985, c. A-1.

4 Freedom of Information Act 2000 (c. 36).

5 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz - IFG), de 05.09.2005.

de normativas en el mundo ha sido notable⁶, tendencia a la que no ha sido ajeno el entorno latinoamericano como reflejan las siguientes leyes:

- a) La Ley n°57, de 1985, por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales en Colombia;
- b) La Ley n°6, de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública en Panamá;
- c) La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México (o LFTAIP), de 2002, que se ha constituido en un verdadero referente para la Región;
- d) La Ley n°27.806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú, de 2002;
- e) La Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, n°200-04, de República Dominicana, de 2004;
- f) La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Ecuador, de 2004;
- g) La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Honduras, aprobada mediante el Decreto n°170-2006;
- h) La Ley n°621 sobre el Acceso a la Información Pública de Nicaragua, de 2007;
- i) La Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, de 2008, aprobada por el Decreto 57-2008;
- j) La Ley n° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública de Chile, de 2008;
- k) La Ley N° 18.381, de Acceso a la Información Pública de Uruguay, de 2008;
- l) La Ley de Acceso a la Información Pública de El Salvador, de 2010, aprobada por el Decreto 534.
- m) La Ley n° 12.527, de 18 de noviembre de 2011, que regula el acceso a informaciones en Brasil.

En el resto de los países existen algunas iniciativas en proceso. Por ejemplo, el Senado argentino aprobó en 2010 un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, actualmente en la Cámara de Diputados⁷. En Costa Rica existe un proyecto de Ley de 2008. En Venezuela, Bolivia y Paraguay no existe legislación ni proyecto, pero sí disposiciones constitucionales y otras normas que reconocen

6 Cfr. BANISAR, David: *Freedom of Information Around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Information Laws*. Privacy International, 2006, 168 p. Cfr. VILLANUEVA, Ernesto: *Derecho de acceso a la información en el mundo*. Porrúa, México, D.F., 2006, 270 p.

7 Cfr. Argentina, sin Ley de Acceso a la Información Pública. Disponible en «<http://art-19.blogspot.com/2011/08/argentina-sin-ley-de-acceso-la.html>»[última visita: 21 de junio 2012].

el derecho de acceso. Cuba carece de normas en esta materia⁸. En España, que conviene comentar por su influencia en la región, existe un “Anteproyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno” que fue sometido a una consulta pública pero que todavía no inicia su tramitación parlamentaria⁹.

No es casual que tantos países aprueben leyes de contenido semejante en tan corto tiempo. Su irrupción es una respuesta de la clase política a la extendida desconfianza que se ha ido instalando respecto de la gestión pública y a la necesidad de profundizar la democracia en la región, que se ha visto reforzada también por otros estímulos, como el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que incluye dentro de la libertad de pensamiento y de expresión el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones¹⁰. En la sentencia del caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 2006¹¹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que esta norma: (...) *al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones” protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención* (párr. 77). Previamente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción adoptada el 29.03.1996 en Caracas (Venezuela), exigió establecer *Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción* (Artículo III.11). A su turno, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2000, afirmó que *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho* (párr. 27, principio 4º). Sobre estas bases, la OEA aprobó en 2010 una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información¹², que procura establecer

(...) *la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública. La ley se basa en el principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática (párrafo 2).*

8 El panorama específico de Latinoamérica puede consultarse en MENDEL, Toby: *«El Derecho a la Información en América Latina. Comparación Jurídica»*. (EC/2008/CI/PI/13). UNESCO, 2009, 175 p. También puede verse el mapa del Centro Knight para el Periodismo en las Américas de la Universidad de Texas. Disponible en <http://knightcenter.utexas.edu/> [última visita: 21 de junio 2012].

9 Cfr. Disponible en <http://www.leydetransparencia.gob.es/> [última visita: 21 de junio 2012].

10 Su primer apartado señala: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

11 Sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C 151.

12 Aprobada por la 40ª sesión ordinaria de la Asamblea General de la OEA a través de la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10), de junio de 2010.

En consecuencia, la transparencia se ha ido transformando en un requisito para el funcionamiento de las Administraciones Públicas latinoamericanas.

2.2 Las claves de estas reformas: un marco sustantivo que favorece la transparencia y una institucionalidad de apoyo autónoma del Gobierno y cercana a los ciudadanos

Las Leyes que hemos mencionado han generado un marco sustantivo que parte de la base de la publicidad de la información que tienen las Administraciones Públicas y la instrumentalizan a través de dos vías: el derecho a solicitar información a las autoridades y el deber que tienen estas últimas de difundir activamente determinada información, fundamentalmente a través de internet.

Sin embargo, lo anterior sería ilusorio si no existiesen organismos que garanticen a los ciudadanos la operatividad de estos derechos. Como esta tarea supone controlar a la Administración Pública es preciso dotarlos de una autonomía reforzada respecto de ésta, del Gobierno y de la política partidista, cuestión que también ha sido necesaria en otros sectores de la actuación administrativa dando origen a la creación de organismos que cuentan para estos efectos con garantías orgánicas y funcionales que los transforman en verdaderas “Autoridades Administrativas Independientes”¹³ -como los Bancos Centrales, ciertas agencias reguladoras, las Universidades Públicas, etc.-.

Si revisamos las leyes latinoamericanas veremos que algunas han optado por la creación de estos organismos, partiendo por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública también conocido por su sigla IFAI, creado en 2002 por la LFTAIP (y a partir de 2010, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos¹⁴), configurado como un *órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión* que dirigen cinco comisionados nombrados por el Ejecutivo Federal -pero objetables por la mayoría

13 *Este fenómeno, un tanto sorprendente a primera vista, responde a motivaciones bastante diversas en cada uno de los países en los que se ha manifestado. En el Reino Unido, la existencia de estos Organismos, coloquialmente denominados quangos (quasi non governmental organizations), constituye la forma normal y usual de organizarse la Administración de la Corona, cuya estructura departamental centralizada es muy reducida, y en la que múltiples funciones se encomiendan a estos organismos, regidos no por funcionarios ni políticos, sino por profesionales de indiscutido prestigio que, precisamente por hallarse au dessus de la melée, aseguran un desempeño neutral, técnicamente ortodoxo y ajeno a las conveniencias de partido de las citadas funciones. / Una finalidad similar se aprecia, en los Estados Unidos, en la creación de las agencias o comisiones reguladoras (independent regulatory commissions), establecidas por las Cámaras legislativas como organizaciones formalmente separadas de las executive agencies o departamentos directamente dependientes del Presidente; separación que tiene por objeto limitar la influencia presidencial en las mismas (a cuyo fin se limitan los poderes de nombramiento de sus dirigentes, que no pueden pertenecer en su integridad al mismo partido político y cuya designación ha de ser aprobada por el Senado).* SANTA-MARÍA P., Juan: *Principios de Derecho administrativo general*. Iustel, T. I., Madrid, 2004, pp. 727-728.

14 En efecto, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares de 2010 (D.O. 05.07.2010) reformó la LFTAIP en cuanto al nombre y las funciones del IFAI para entregarle explícitamente la potestad de proteger los datos personales.

de la Cámara de Senadores- y que duran 7 años, pudiendo ser sólo removidos *por transgresión grave o reiterada de las disposiciones contenidas en la Constitución y esta Ley, cuando por actos u omisiones se afecten las atribuciones del Instituto, o cuando hayan sido sentenciados por un delito grave que merezca pena corporal* (Artículos 33 y 34).

Esquemas semejantes a éste se han adoptado en otras leyes de la región. El Consejo para la Transparencia de Chile cuenta con un nivel de autonomía incluso más severo, pues para nombrar a sus consejeros -que duran 6 años- el Presidente de la República debe obtener el apoyo de dos tercios de los senadores en ejercicio, y sólo es factible removerlos por la mayoría del pleno de la Corte Suprema *a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones* (Artículo 38 Ley de Transparencia). La renovación por parejas favorece la diversidad política de los consejeros. Tal como en el IFAI, los propios Consejeros eligen a su Presidente. La Ley hondureña emplea una fórmula diversa, pero igualmente eficaz: encarga el nombramiento de los tres comisionados del Instituto para el Acceso a la Información Pública -que duran 5 años- al Congreso (Artículo 9) que, por dos tercios de sus integrantes, debe seleccionarlos de una nómina de 10 candidatos propuesta por el Presidente (2), el Procurador General de la República (2), el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (2), el Foro Nacional de Convergencia (2) y el Tribunal Superior de Cuentas (2). Sólo cabe su remoción por *imposibilidad legal o natural* o cuando sus acciones entren en conflicto con las actividades del Instituto. El Presidente del Instituto es nombrado por el Congreso (Artículo 9, inciso final). El Instituto de Acceso a la Información Pública de El Salvador, por último, tiene una mayor intervención del Poder Ejecutivo pues sus 5 comisionados -que duran 6 años- son designados y removidos por el Presidente de la República, si bien a través de un procedimiento reglado y sobre la base de ternas generadas desde la sociedad civil. También el Presidente de la República nombra al Presidente del Instituto, de entre uno de los comisionados.

Existen otros casos en que el control de la Ley (básicamente, la revisión de las denegaciones de información) le compete al Defensor del Pueblo y/o a los Tribunales de Justicia (*v. gr.*, Colombia, República Dominicana y Perú). Por último, algunas leyes encargan esta tarea a unidades internas del propio gobierno (*v. gr.*, Uruguay, Guatemala y República Dominicana).

3. La sinergia entre Transparencia Activa y Gobierno Abierto

3.1 La Transparencia Activa como una nueva faceta del acceso a la información

Las leyes de transparencia no sólo han regulado el derecho a solicitar información del sector público. Como ya dijimos, también exigen que los organismos

gubernamentales difundan un mínimo de información a través de sus sitios webs u otros mecanismos en lo que la ley chilena ha definido como “transparencia activa”, pues en este caso el Estado no es un sujeto pasivo como cuando proporciona información a los particulares, previa solicitud de éstos (lo que sería un “transparencia pasiva”), sino que disponibiliza información en medios de acceso público cumpliendo un mandato legal o administrativo. Otras leyes se refieren a esta faceta de la transparencia como “información oficiosa” o “información pública de oficio” (así, El Salvador y Guatemala, respectivamente). La Transparencia Activa puede llegar a tener un impacto mayor al del derecho de acceso a la información, pues apunta a la generalidad de las personas (a diferencia del derecho de acceso, en que el solicitante es una persona específica) y a los sectores de la actuación administrativa en que éstos demandan mayor información (subsistiendo el derecho de acceso para las demás cuestiones).

Aunque la transparencia activa o de oficio funciona básicamente a través de la publicación de información en los sitios web del Estado, también puede desarrollarse a través de

(...) instrumentos parcialmente ya utilizados por las Administraciones Públicas, como la institucionalización de horas de consulta sobre los asuntos de interés general, la preparación y la oferta de informaciones explicativas o (...) la organización de reuniones con ciudadanos interesados más allá de las informaciones públicas o modos de participación previstos en las leyes para determinados procedimientos administrativos¹⁵.

La Ley hondureña exige emplear *medios electrónicos o instrumentos computarizados* para cumplir con la transparencia activa y, a falta de éstos, *los medios escritos disponibles* (Artículo 13). En esa línea se sitúa el principio de apertura de la gobernanza europea, que exige a las instituciones de la Unión Europea “trabajar de una forma más abierta”, pues, junto con los Estados miembros, (...) *deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y sobre las decisiones que ésta adopta, [utilizando] (...) un lenguaje (...) accesible para el público en general, [lo que fomentaría la confianza] en unas instituciones de por sí complejas¹⁶.*

Aunque cada ley de transparencia iberoamericana exige publicar en internet un conjunto específico de información existe una relativa homogeneidad en algunas áreas, lo que en buena parte deriva del seguimiento de la Ley mexicana por parte de las legislaciones posteriores. Dentro de los tópicos que se repiten destacan los siguientes:

– Marco Normativo de los organismos públicos: El Artículo 7 XIV de la Ley

15 SOMMERMAN, Karl-Peter: «La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho». En García M., Ricardo (coord.): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 24.

16 «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001], p. 11.

mexicana incluye *El marco normativo aplicable a cada sujeto obligado*, texto que repiten con ligeras variantes el Artículo 10 n°1 de la Ley salvadoreña, el Artículo 10 n°1 de la Ley guatemalteca y el Artículo 7 c) de la Ley chilena. El Artículo 13 n°2 de la Ley hondureña incluye las leyes, reglamentos, circulares y demás disposiciones de observancia general que rigen el funcionamiento de los entes públicos.

– Organización interna: El Artículo 7 de la Ley mexicana en sus apartados I y II exige informar la *estructura orgánica* y las *facultades de cada unidad administrativa*, lo que repite la Ley hondureña en su Artículo 13 n°1 (que habla de “funciones” y “atribuciones” de las unidades administrativas), la Ley guatemalteca en su Artículo 10 n°1, la ley salvadoreña en su Artículo 10 n°2, la Ley uruguaya en su Artículo 5 a) y b) y la Ley chilena en su Artículo 7 b) (habla de *facultades, funciones y atribuciones* de cada una de las *unidades u órganos internos*).

– Personal y sus remuneraciones: Los apartados III y IV del Artículo 7 de la Ley mexicana añaden *El directorio de servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento o sus equivalentes y La remuneración mensual por puesto, incluso el sistema de compensación*. La Ley hondureña es más acotada, pues limita lo publicado a *La remuneración mensual de los servidores públicos por puesto, incluyendo otros pagos asociados al desempeño del puesto* (Artículo 13 n°7) y sólo el nombre de (...) *los servidores públicos encargados de gestionar y resolver las solicitudes de información pública, la dirección, teléfono y dirección electrónica de su centro de trabajo* (Artículo 13 n°11). La Ley guatemalteca es más amplia, pues extiende el directorio a todos los *empleados y servidores públicos, incluyendo números de teléfono y direcciones de correo electrónico oficiales no privados*, y exige informar el *Número y nombre de funcionarios, servidores públicos, empleados y asesores que laboran en el sujeto obligado y todas sus dependencias, incluyendo salarios que corresponden a cada cargo, honorarios, dietas, bonos, viáticos o cualquier otra remuneración económica que perciban por cualquier concepto*. En ambos casos opera como límite la afectación del (...) *sistema nacional de seguridad, la investigación criminal e inteligencia del Estado* (Artículo 10 n°3 y 4). La ley salvadoreña incluye el currículo de los funcionarios, la remuneración por cargo y el listado de asesores y sus funciones (Artículos 10 n°3, 6 y 7). La Ley uruguaya, en cambio, no exige un directorio ni una nómina, restringiendo lo informado a *La estructura de remuneraciones por categoría escalafonaria, funciones de los cargos y sistema de compensación* (Artículo 5 c). La Ley chilena en su Artículo 7 d) publica *La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones*, pero no se refiere a currículos, números de teléfono ni correos electrónicos.

– Servicios a los ciudadanos: la Ley mexicana exige publicar los servicios ofrecidos por el organismo (Artículo 7 VII) y los *trámites, requisitos y formatos* (Artículo 7 VIII), indicación seguida por las leyes hondureña (Artículo 10 n°1), chilena y salvadoreña. En el caso de Chile la exigencia se extiende a *Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano* (Artículo 7 h). En El Salvador, a los servicios ofre-

cidos más (...) *los lugares y horarios en que se brindan, los procedimientos que se siguen ante cada ente obligado y sus correspondientes requisitos, formatos y plazos* (Artículo 10 n° 10).

– Actos administrativos con efectos sobre terceros (concesiones, permisos, etc.): El Artículo 7 XII de la Ley mexicana extiende la transparencia activa a las *concesiones, permisos o autorizaciones otorgados, especificando los titulares de aquéllos*, texto seguido por la Ley uruguaya agregando a los beneficiarios (Artículo 5 e), y por la Ley salvadoreña, que añade *montos, plazos, objeto y finalidad* (Artículo 10 n° 18). La Ley de Guatemala se refiere a los *contratos, licencias o concesiones para el usufructo o explotación de bienes del Estado* (Artículo 10 n° 16); la Ley de Honduras, a las *concesiones* (Artículo 13 n° 9). La Ley chilena generaliza esta categoría como *actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros* (Artículo 7 g).

– Contrataciones de obras, bienes y/o servicios: El Artículo 7 XIII de la Ley mexicana agrega las contrataciones y pide detallar las obras, bienes, arriendos y/o los servicios contratados, el tema específico en el caso de estudios o investigaciones, el monto, el nombre del *proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato* y los *plazos de cumplimiento de los contratos*. Dicha redacción es seguida de cerca por el Artículo 10 n° 19 de la Ley de El Salvador. La Ley de Honduras incluye *Las contrataciones (...) ventas, subastas de obras, convocatorias a concurso, licitación de obras públicas y suministros, los contratos de consultoría, las actas de apertura de ofertas y adjudicación, ampliaciones, prórrogas y declaratorias de compras directas, así como sus resultados* (Artículo 13 n° 9), mientras la Ley chilena consigna *Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso* (Artículo 7 e).

– Diseño, montos asignados y criterios de acceso a subsidios y otros beneficios: El Artículo 7 XI de la Ley mexicana consigna el *diseño, ejecución, montos asignados y criterios de acceso a los programas de subsidio*, así como *los padrones de beneficiarios de los programas sociales que se establezcan por decreto*. La Ley salvadoreña considera *el diseño, ejecución, montos asignados y criterios de acceso a los programas de subsidios e incentivos fiscales, así como el número de los beneficiarios del programa, junto a los montos y destinatarios privados de recursos públicos, así como los informes que éstos rindan sobre el uso de dichos recursos* (Artículo 10 n° 16 y 17). La Ley chilena ordena *informar El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución, advirtiendo que no deben incluirse los datos sensibles* (Artículo 7 i). Agrega, además, *Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a*

personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios (Artículo 7 i).

– Presupuesto asignado e informes y auditorías sobre su ejecución: El Artículo 7 de la Ley mexicana requiere informar (...) *el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos que establezca el Presupuesto de Egresos de la Federación (IX) y Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal de cada sujeto obligado (...)* y, en su caso, *las aclaraciones que correspondan*, texto reproducido por el Artículo 7, literales k) y l), de la Ley chilena. La Ley uruguaya incluye el (...) *presupuesto asignado, su ejecución, con los resultados de las auditorías que en cada caso corresponda* (Artículo 5 d) y la de Honduras, *Los presupuestos, un informe trimestral y otro anual de la ejecución presupuestaria, que incluya el detalle de las transferencias, los gastos, la inversión física y financiera, la deuda y la morosidad* (Artículo 13 n°8).

– Mecanismos de participación ciudadana: El Artículo 7 XVI de la Ley mexicana y el Artículo 7 j) de la Ley chilena incluyen los mecanismos de participación ciudadana que existan. La Ley uruguaya, los *Mecanismos de participación ciudadana, en especial domicilio y unidad a la que deben dirigirse las solicitudes para obtener información* (Artículo 5 g), y la hondureña, *Los mecanismos que permitan la participación ciudadana en la toma de decisiones* (Artículo 13 n°10). La Ley de El Salvador agrega a los mecanismos de participación ciudadana los de (...) *rendición de cuentas (...)* junto a *las modalidades y resultados del uso de dichos mecanismos* (Artículo 10 n°21).

– Cláusula residual: El Artículo 7 XVII de la Ley mexicana se extiende a *Cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante, además de la que con base a la información estadística, responda a las preguntas hechas con más frecuencia por el público*. La Ley uruguaya sigue esta línea con *Toda información estadística de interés general, de acuerdo a los fines de cada organismo* (Artículo 5 f). El punto 8 de la Instrucción General n°4 del Consejo para la Transparencia de Chile, sobre transparencia activa, recomienda añadir la *información frecuentemente solicitada en ejercicio del derecho de acceso a la información, la que haya sido declarada pública por el Consejo para la Transparencia al resolver amparos por denegación de acceso y cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante*¹⁷.

La revisión anterior no es exhaustiva y sólo pretende poner de relieve la enorme cantidad de información que están subiendo los Gobiernos a internet en función de las leyes de transparencia y acceso a la información. Piénsese que, por ejemplo, la Ley mexicana contiene 17 numerales sobre transparencia activa, la de El Salvador 25, la de Guatemala 29, la de Ecuador 21 y la chilena 13.

17 Publicada en el D.O. de 03.02.2010.

3.2 El Gobierno Abierto como una profundización de la Transparencia Activa

El oGov se ha desarrollado a fines de la década pasada e inicios de la presente. Si seguimos la enciclopedia virtual Wikipedia -que en esta materia parece un buen referente- se trata de una doctrina que sostiene la máxima transparencia en los temas de gobierno y Administración Pública unida a la creación de espacios permanentes de participación ciudadana y colaboración ciudadana¹⁸. Otra definición señala que un Gobierno Abierto

(...) es aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente¹⁹.

La transparencia a la que se alude se encuentra ligada al concepto de *open data* o datos abiertos, que supone que los datos de la Administración Pública estén disponibles en la red para todo el mundo, sin restricciones de copyright, patentes u otros mecanismos de control, de una manera asequible, legible, comprensible, estructurada y reutilizable por cualquier persona²⁰.

La manifestación más publicitada del oGov es la que formuló Barak Obama, Presidente de Estados Unidos, al día siguiente de iniciar su mandato (21.01.2009). Mediante un memorándum se comprometió a

(...) crear un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. La apertura va a fortalecer nuestra democracia y promover la eficiencia y la eficacia en el gobierno²¹.

Siguiendo estas directrices, el 08.12.2009 el Director de Presupuesto de la Casa Blanca emitió una Directiva de Gobierno Abierto, en la que afirma que los principios de transparencia, participación y colaboración son la piedra angular de un gobierno abierto:

La transparencia promueve la rendición de cuentas al ofrecer al público información acerca de lo que está haciendo el Gobierno. La participación permite a las personas contribuir con ideas y conocimientos para que el gobierno pueda hacer política con el beneficio de la información que se encuentra dispersa en la sociedad. La colaboración mejora la eficacia del gobierno, fomentando la

18 Cfr. «http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno_abierto» [última visita: 21 de junio 2012].

19 CALDERÓN, César y LORENZO, Sebastián (coords.): *Open Government: Gobierno Abierto*. Algón Editores, Jaén, 2010, p. 11. Disponible en «<http://www.scribd.com/doc/39496858/Open-Government-Gobierno-Abierto>» [última visita: 21 de junio 2012].

20 Cfr. «http://es.wikipedia.org/wiki/Open_Data» [última visita: 20 de junio 2012].

21 Cfr. «http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government/» [última visita: 20 de junio 2012].

asociación y cooperación dentro del Gobierno Federal, a través de los niveles de gobierno y entre el Gobierno y las instituciones privadas.

Este último memorándum exigió a las agencias gubernamentales que, progresivamente, subieran a la red información del gobierno. El primer compromiso era publicar, dentro de 45 días, tres sets de nuevos datos de alto valor en el sitio «<http://www.data.gov/>». Luego, debían crear un sitio web de oGov para luego publicar sus planes oGov. En paralelo, el Gobierno revisaría las políticas de información existentes²².

Esta corriente ha tenido también desarrollos de punta en Reino Unido (de la mano del portal «<http://data.gov.uk/>») y, en el ámbito iberoamericano, el País Vasco (con el portal Irekia, «<http://www.irekia.euskadi.net/>»), extendiéndose cada vez a nuevos países. De hecho, se ha generado una “Alianza para el Gobierno Abierto”, dentro de cuyos promotores están Brasil, México y Estados Unidos («<http://www.opengovpartnership.org/>») y que ya reúne 47 países, sumando en nuestro entorno -además de los ya mencionados- a España, Uruguay, El Salvador, Colombia, Chile (que recientemente inauguró el sitio «<http://datos.gob.cl/>»), Perú, República Dominicana, y Honduras.

Parece evidente que el oGov se ve fortalecido en países que tienen leyes de acceso a la información que contemplan la transparencia activa, y mucho más si cuentan con organismos autónomos de fiscalización, produciéndose una positiva conjunción entre el derecho, la tecnología y la gestión pública²³.

4. Algunas cautelas respecto del Gobierno Abierto

La materialización del gobierno abierto está llena de promesas. Sin embargo, también plantea riesgos de gran calado que es preciso afrontar para evitar que éstas se frustren. Veamos algunos.

4.1 La Protección de Datos Personales

Un primer problema que es indispensable tener en cuenta es el de la protección de los datos personales, esto es, aquéllos que están vinculados a personas individualizadas. El auge de la informática ha llevado a que los legisladores hayan adoptado regulaciones en esta línea, a partir especialmente de la *Privacy Act* estadounidense de 1974 (5 U.S.C. § 552a) y del Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado en 1981 por el Consejo de Europa. Se trata de textos que influirán en todas las normas posteriores²⁴.

22 Cfr. «http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf» [última visita: 20 de junio 2012].

23 RAMÍREZ, Álvaro: «Innovación en la gestión pública y Open Government (Gobierno Abierto): Una vieja nueva idea». En *Buen Gobierno*, nº 9, Julio-Diciembre, 2010, p. 15.

24 Por ejemplo, la definición de datos personales en el Convenio 108 es *cualquier información relativa a una*

Tanto la transparencia activa como el oGov pueden llevar a que estos datos circulen de una manera incontrolada afectando la privacidad de las personas o, como se ha dicho, su autodeterminación informativa. En efecto, las personas entregan datos al Gobierno o permiten que éstos los generen y traten (vale decir, los procesen, transfieren o utilicen) para fines específicos: la protección de su salud, la determinación y cobro de tributos, el pago de pensiones, el otorgamiento de certificados de identidad, etc. Admitir que esos datos sean conocidos por terceros llevaría a que las personas pudieran ser objeto de cuestiones desagradables como ofertas comerciales indeseadas o derechamente atentatorias contra sus derechos fundamentales, como discriminaciones fundadas en su estado de salud, su raza o sus creencias.

A nivel latinoamericano la protección de los datos personales tiene un estándar dispar. Existen países que han alcanzado niveles elevados de protección, como Argentina, Uruguay o México (incluso Argentina ha sido considerado por la UE como un país seguro para el flujo de datos desde sus estados miembros), otros que están dictando nuevas legislaciones, como Colombia, Costa Rica y Perú, y países que están discutiendo la mejora de sus regulaciones, como Chile, o nuevos proyectos de ley, como Brasil. Incluso cabe la opción, como ocurre con el IFAI en México, de entregar la tutela de la transparencia y de la protección de datos personales a un mismo órgano, que pondera directamente los potenciales conflictos entre ambos bienes jurídicos²⁵.

El oGov debe ir, entonces, acompañado de un estándar adecuado de protección de datos personales.

4.2 La ausencia de controles eficaces y autónomos: entre el marketing y el gobierno abierto

El escenario que hemos trazado del oGov está marcado por gobiernos que lo están utilizando como una seña distintiva de su gestión, por la que legítimamente esperan obtener réditos electorales. Sin embargo, la veracidad y calidad de la in-

persona física identificada o identificable (Artículo 2 a). Aunque este convenio no habla de datos sensibles, declara que *Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales* (Artículo 6). La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE L 281, de 23.11.1995), sigue estas mismas definiciones y lo mismo ocurre con las legislaciones iberoamericanas.

25 Cfr. COTINO H., LORENZO: «Del “deber de publicidad” de Brandeis al “Open Government” de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías». 2011, p. 20. Disponible en <<http://goo.gl/br3rs>> [última visita: 20 de junio 2012]. También RAJEVIC M., ENRIQUE: «Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación». En AA.VV. *Reflexiones Sobre el Uso y Abuso de los Datos Personales en Chile*. Expansiva, Santiago de Chile, 2011, pp. 137-158.

formación que se publica debe ser verificada por terceros: no debe ser un ejercicio publicitario sino que, por el contrario, debe constituir un asunto de Estado que incluso lleve a que informaciones que resulten incómodas para un gobierno, y que por lo mismo éste quisiera no difundir, sean comunicadas. Como se ha dicho,

*cualquier agrupación o normalización de información que se haga desde el legislador, en la forma de publicación o disponibilización a través de mecanismos como Transparencia Activa o Acceso a la Información Pública, no representará sino una mirada parcial de los múltiples sentidos que pueda tener y por tanto una subutilización de ellos*²⁶.

El mérito de las políticas de open data y oGov es permitir que los ciudadanos tengan acceso a los datos mismos y puedan trabajar directamente sobre ellos, utilizándolos y procesándolos según sus propias interpretaciones y miradas. Para que ello sea posible es necesario establecer estándares claros y organismos que controlen su cumplimiento con la debida autonomía (idealmente, autoridades independientes)²⁷. De lo contrario, todo puede quedar en un simple ejercicio de marketing político²⁸. De igual manera, es importante que los datos se presenten de una manera que permita su fácil identificación y utilización, lo que es particularmente crítico considerando el creciente volumen de información que se está subiendo a la red en virtud de los deberes de transparencia activa. Si no se considera la perspectiva de los ciudadanos al organizar y publicar esta información puede terminar por ser perfectamente inútil e inservible. En este sentido se ha planteado que la difusión de datos según una política de open data o datos abiertos debe cumplir con los siguientes principios²⁹:

- a) Deben ser datos completos;
- b) Deben ser datos primarios, proviniendo con la mayor proximidad posible de la fuente de producción;
- c) Deben ser datos oportunos, esto es, disponibilizados en un tiempo cercano o inmediato a su elaboración (pues de lo contrario se reduce su valor);
- d) Deben ser datos accesibles para la gama más amplia de usuarios y propósitos;
- e) Los datos deben poder procesarse por medios automatizados;
- f) El acceso a los datos debe ser amplio y no-discriminatorio (no interesa el uso que se les quiera dar, pues son públicos en tanto tales);

26 FERRADA C., Raúl: «Datos Abiertos y los Principios de la Ley de Transparencia 20.285». Disponible en <http://www.consejotransparencia.cl/datos-abiertos-y-los-principios-de-la-ley-de-transparencia-20-285/consejo/2010-11-04/103959.html> [última visita: 20 de junio 2012].

27 Cfr. COTINO H., Lorenzo: Ob. cit., p. 20.

28 Cfr. LASAGABASTER H., Iñaki: «Notas sobre el Derecho Administrativo de la Información». En García M., Ricardo (coord.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 118-119.

29 Cfr. <http://www.opengovdata.org/home/8principles> [última visita: 20 de junio 2012].

- g) Los formatos en que consten los datos deben ser libres (no-propietarios);
y
- h) Los datos deben estar libres de licencias, esto es, no sujetos a restricciones de uso o reserva en razón de patentes, derechos de autor, marcas registradas, etc.

En este punto las leyes de transparencia pueden ser un auxiliar muy eficaz para fijar estándares controlables. Algunos ejemplos de normas latinoamericanas que podemos citar son los siguientes:

– El Artículo 5 de la Ley uruguaya exige a los sujetos obligados que, para difundir de oficio información pública, prevean (...) *la adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, asegurando un amplio y fácil acceso a los interesados.*

– El Artículo 7, inciso final, de la Ley de Ecuador exige que la información que debe publicarse por transparencia activa se organice (...) *por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.*

– La Instrucción General n°4, sobre transparencia activa, del Consejo para la Transparencia de Chile, advierte bajo el acápite 7 (“Usabilidad”) que los organismos administrativos deben publicar la información requerida por la Ley (...) *de manera clara y precisa, bajo un banner especialmente dedicado a Transparencia Activa, incluido en un lugar fácilmente identificable en la página de inicio de sus respectivos sitios web institucionales (...). Añade que La información deberá disponerse de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito, vale decir, utilizando planillas, diseños y sistemas mediante los cuales las personas puedan encontrar y entender la información a que se refiere esta instrucción de manera sencilla y rápida, sin necesidad de invertir una gran cantidad de tiempo y esfuerzo o de tener conocimientos acabados del sector público o del organismo respectivo. Finalmente, el punto 8, párrafo final, advierte que Los órganos o servicios deberán abstenerse de adjuntar información de forma inorgánica o sin una sistematización apropiada, pues el exceso de información o la presentación desordenada de ésta pueden inducir a confusión respecto del real contenido de la información que se contiene en cada uno de los acápite.*

– El proyecto de Ley brasileño recientemente aprobado establece su Artículo 8 § 3 que los organismos públicos deben contemplar herramientas de búsqueda a la información publicada de oficio que permitan un acceso *de forma objetiva, transparente, clara y en lenguaje de fácil comprensión (I), en diversos formatos electrónicos, incluyendo abiertos y no propietarios, tales como hojas de cálculo y texto, de modo de facilitar el análisis de la información (II). Además, deben permitir el acceso automatizado por sistemas externos en formatos abiertos, estructurados y legibles por una máquina (III) divulgándose (...) en detalle los formatos utilizados para estructurar la información (IV).*

En el ámbito europeo puede revisarse a este respecto la Directiva 2003/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público (transpuesta por el Gobierno español a través de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público)³⁰.

4.3 La brecha digital

Uno de los problemas que ha planteado el surgimiento de Internet es que las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación están sólo al alcance de una parte de la población, que avanza vertiginosamente gracias a ellas, mientras el resto no puede aprovecharlas al estar sumido en una especie de “analfabetismo tecnológico”. Se trata de una “brecha digital” que separa a las personas según si acceden o no a Internet, presente en cada sociedad y en la propia comunidad internacional³¹. La OCDE ha señalado que esta brecha se (...) *refiere al desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos con relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades*³².

Hace una década el Banco Mundial advertía que

*(...) la explosión mundial de los conocimientos representa para los países en desarrollo una amenaza y una oportunidad. Si las diferencias aumentan, el mundo quedará todavía más dividido, no sólo en lo que respecta al capital y otros recursos, sino también al conocimiento. En medida creciente, aquellos afluirán a los países que tengan la base de conocimientos más sólida, lo que agravará la desigualdad. También existe el peligro de que las diferencias de conocimientos se intensifiquen dentro de cada nación, sobre todo en los países en desarrollo, donde un pequeño grupo de afortunados puede navegar la World Wide Web mientras que otros son todavía analfabetos. Debemos tener presente, sin embargo, que las amenazas y las oportunidades representan caras opuestas de la misma moneda. Si logramos reducir las diferencias de conocimientos y corregir los problemas de información -quizá en la forma indicada en el presente Informe- tal vez será posible elevar los niveles de ingreso y mejorar las condiciones de vida a un ritmo mucho más rápido de lo que se pensaba antes*³³.

Se trata de un problema importante en Latinoamérica: *Como cabría esperar a partir de los indicadores generales de desarrollo económico y social, la realidad de la brecha digital en las sociedades latinoamericanas es altamente heterogénea.*

30 Cfr. COTINO H., Lorenzo: Ob. cit., pp. 11 y ss.

31 Respecto de este tema, BALLESTERO, Fernando: *La brecha digital*. Fundación Retevisión, Madrid, 2002.

32 OCDE. *Understanding the Digital Divide*. París, 2001, p. 5.

33 BANCO MUNDIAL. *El conocimiento al servicio del desarrollo. Informe sobre el desarrollo mundial 1998/99*. Mundiprensa, Madrid, 1999, p. 14.

*La mayoría de la población de la región todavía sigue padeciendo el analfabetismo digital*³⁴. Por lo mismo, se trata de un problema que exige la decidida intervención redistributiva de los gobiernos para evitar que la tecnología agudice las diferencias existentes y lograr que, por el contrario, las reduzca³⁵, facilitando su acceso.

En lo que respecta al oGov esta brecha es un riesgo relevante, pues puede llevar a que el Estado menoscabe las oportunidades de las personas que no tienen acceso a Internet, lo que atentaría contra las bases mismas de un Estado democrático. Por lo mismo, la opción por el Ogov debe asumir que una parte de los ciudadanos no tienen o los medios (un computador personal con módem y una conexión a Internet) o los conocimientos suficientes para acceder a estas nuevas formas de comunicación, debiendo articularse fórmulas que los incluyan. No puede librarse la profundización de nuestra democracia a medios que no llegan a una parte importante de la población.

4.4 La difícil pero necesaria reforma de la Administración Pública

Por último, la transparencia es sólo una faceta del oGov: la participación y la colaboración requieren de una Administración que valore la participación y quiera escuchar a los ciudadanos, por un lado, y que esté preparada para funcionar en red. En otras palabras, el oGov exige una genuina modernización de la gestión pública. Aunque la cita sea larga vale la pena reproducir lo señalado acá en un reciente artículo:

La complejidad que inunda el quehacer administrativo y organizativo en el sector público plantea grandes interrogantes sobre la suficiencia para soportar la incorporación concreta, y no cosmética, de los pilares que soportan el Ogov. Ello puede resultar sencillo en materia de transparencia o acceso a la información pública pero puede ser absoluta y radicalmente complejo en lo relativo

34 Agrega el mismo estudio: *Un dato auspicioso es que en algunos países de la región la brecha digital medida por el uso de internet es mucho más reducida en las nuevas generaciones que en las generaciones previas. Pero en otros se encuentra un panorama más sombrío donde las mayores brechas digitales se encuentran en los grupos de menor edad, lo que muy posiblemente esté señalando situaciones de primacía del mercado que llevan a que la producción de “nativos digitales” se concentre en los estratos altos, lo que deriva en desigualdades de acceso que todavía no son compensadas por la intervención de las escuelas. Otras dos señales preocupantes son, por un lado, que el acceso a una computadora en el hogar es peor predictor de conexión a internet cuanto más bajo el status socioeconómico y por otro, que la escasa evidencia disponible sobre los diferenciales en los patrones de uso, especialmente de aquellos que por sus características de intensidad y diversidad tienen mayores potencialidades de contribuir al enriquecimiento de las configuraciones personales de activos, muestra una estrecha asociación con los antecedentes socioeconómicos de los hogares.* KAZTMAN, Rubén: «Impacto social de la incorporación de las nuevas tecnologías de información y comunicación en el sistema educativo» (LC/L.3254-P). CEPAL, Serie Políticas Sociales n° 166, 2010, p. 38.

35 El Banco Mundial ha dicho que (...) *debido a las frecuentes deficiencias del mercado de la información, hay fuertes razones a favor de la intervención pública. El Estado se encuentra en una posición singular para reducir las diferencias de conocimientos*. Por lo mismo, el capítulo 10 del Informe trata sobre la *intervención pública* (“¿Qué debe hacer el Estado?”). Banco Mundial, ob. cit., p. 5 y pp. 144-156.

a participación y colaboración. ¿Por qué? Básicamente, una de las posibles razones se sostiene en que el discurso y (las pocas) prácticas que abogan por mayor participación ciudadana desde el Estado hacia la sociedad han sido un tema ampliamente debatido, polémico en su génesis y posturas, que poco de evidencia empírica dispone para respaldar su viabilidad. Entendámonos, nadie afirmaría que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es mala o accesorio, pero una cosa son las declaraciones y buenos deseos y otra muy distinta, los hechos y la concreción de arreglos institucionales dinámicos y sostenibles que favorezcan, potencien y expandan los espacios participativos en las comunidades y sus Estados. Lo anterior, sin siquiera considerar los altos niveles de desafección cívica, la mala evaluación de la clase (elite) política y la indiferencia que la ciudadanía ha venido expresando, cuyo lugar común lo constituye la denominación de “crisis de la política” y de las instituciones que la configuran y sostienen, desde el siglo XX y proyectadas hacia el XXI. Avanzar hacia una Administración Pública Deliberativa (APD) es crucial para revertir este proceso (Brugué, 2009)³⁶.

El mismo autor añade, en lo relativo a la colaboración, que *El ADN de las modernas burocracias públicas, incluso más allá de los innumerables intentos por modernizarlas y aplicar modelos y estrategias de mayor sofisticación, sigue siendo el código genético heredado del weberianismo. Ello condiciona la forma y el fondo de las posibilidades de actuar distinto en un medio donde la complejidad técnica y el núcleo mecanicista tradicional son la regla y no la excepción*³⁷. Esto abre una ardua tarea por delante.

5. Conclusiones

Las políticas de transparencia que se están impulsando en Latinoamérica gracias a las legislaciones que han ido aprobando los Estados son un fuerte impulso para el oGov y constituyen una genuina oportunidad para fortalecer la democracia. Sin embargo, la transparencia y el uso de las tecnologías de la información no bastan: es preciso prevenir los riesgos que se apuntan en este trabajo y, en especial, afrontar el reto de reformar la Administración Pública para adecuarla a las exigencias de una democracia participativa y colaborativa. La realidad ha cambiado y sigue cambiando aceleradamente: si los Estados no lo asumen, adaptándose creativamente para aprovechar las nuevas oportunidades que se abren, perderemos una valiosa posibilidad para mejorar la calidad de nuestras instituciones y permitir que las personas que habitan en esta región puedan ser verdaderos protagonistas de su destino. Una oportunidad para construir una Latinoamérica con menos desigualdad.

36 RAMÍREZ A., Álvaro: «Innovación en la gestión pública y Open Government (Gobierno Abierto): Una vieja nueva idea». En *Buen Gobierno*, nº 9, Julio-Diciembre, 2010, p. 29.

37 RAMÍREZ A., Álvaro: Ob. cit., p. 30.

LAS CAUCIONES A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ALGUNAS CUESTIONES

Reinaldo Cuadra Folle*

1. Presentación

Las obligaciones¹ se definen como *un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinada y susceptible generalmente de estimación pecuniaria*².

Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. las definen como *ese vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad jurídica de dar, hacer, o no hacer algo respecto del acreedor*³.

A su turno el Artículo 46 del Código Civil (en adelante CC) define a las cauciones como *cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena*. Es decir, las cauciones son, huelga decirlo, obligaciones en el sentido antes expuesto. A modo meramente ejemplar, en el mismo artículo antes citado, el CC señala como cauciones a *la fianza, la prenda, la hipoteca*. Se pueden agregar, además, como ejemplos de cauciones, la solidaridad pasiva, la cláusula penal, la anticresis, la indivisibilidad del pago, al derecho legal de retención y las arras.

Las cauciones, por su parte, y en su distinción más común o extendida, son de dos clases, a saber: *reales*, es decir, por medio de cosas o bienes, muebles o inmuebles, que se gravan, se asegura el cumplimiento de una obligación; O *personales*, es decir, aquellas por las cuáles se asegura el cumplimiento de una obligación afectando el patrimonio de un tercero diverso al deudor o al principal obligado.

Del concepto de cauciones regulado por el CC surge que éstas tienen el carácter de ser obligaciones *accesorias*, es decir, las que están vinculadas a una obligación principal con la cual se relacionan y de la cual dependen, ya sea para su nacimiento, su ejercicio o su extinción⁴.

* Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Adolfo Ibáñez.

1 Pothier distinguía a las obligaciones entre “perfectas” e “imperfectas”, indicando que *la palabra obligación, en su sentido más recto y menos amplio, no comprende sino las obligaciones perfectas, aquellas que también se llaman empeños personales, que dan a aquel con quien los hemos contraído el derecho de exigirnos su cumplimiento*. POTHIER, Robert: *Tratado De las Obligaciones*. Imprenta de Fidel Giró, Tomo I, Traducido por S.M.S Barcelona, Sin año, p. 2.

2 CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Volumen V, Santiago, 1979, p. 5.

3 ALESSANDRI R., Arturo y Somarriva U., Manuel: *Curso de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*. Editorial Nascimento, Tomo IV, Santiago, 1942, p. 2.

4 Se afirma que *La obligación principal es la que tiene existencia propia es capaz de subsistir por si sola independiente de otra obligación, por ejemplo, las que nacen del contrato de compraventa. Y obligación*

Si revisamos lo dicho precedentemente, ahora desde un punto de vista práctico, las cauciones que tienen mayor relevancia y aplicación son las cauciones *reales*, por cuanto por éstas se afecta una cosa o bien al cumplimiento de la obligación garantizada por ellas.

De acuerdo con ello, la prenda y la hipoteca, cauciones reales por las que se afecta un bien mueble o un bien inmueble (respectivamente) al cumplimiento de una obligación, son de las cauciones más utilizadas en el tráfico económico.

Como ejemplos de cauciones *personales*, a su turno, encontramos preferentemente a la fianza, a la solidaridad pasiva, y a sus “sub clases”, a saber, la codeuda solidaria, el fiador y codeudor solidario.

No obstante, todas estas garantías han perdido aplicación práctica, precisamente porque requieren que en el patrimonio afecto al cumplimiento de la obligación, es decir, en el patrimonio del garante, haya bienes en los cuáles satisfacer la acreencia en caso de incumplimiento. Por lo mismo es que dichas cauciones se encuentran unidas las más de las veces a garantías reales, es decir, a la prenda en sus diversas clases o a la hipoteca.

Por ejemplo, si analizamos el caso de compraventa de un bien raíz, en que el que adquiere financia el pago del precio mediante un mutuo o préstamo de dinero con garantía hipotecaria, en dicho caso regularmente se afecta el inmueble a favor de la entidad o persona jurídica mutuante para garantizar la devolución del dinero prestado, y se constituye (o se obliga) a constituir a un tercero como fiador, y/o, las más de las veces, se debe constituir un tercero en fiador y codeudor solidario⁵, todo

accesoria es aquella que no puede subsistir por si sola y que supone una obligación principal a la cual accede y garantiza. Se las conoce con el nombre de caución, conforme al artículo 46 del C.c. En realidad esta clasificación se aplica a los contratos, pero dicha distinción se hace extensiva a las obligaciones. Esta clasificación tiene importancia para los siguientes efectos: a) La validez de la obligación accesoria se subordina a la suerte de la obligación principal y no viceversa. b) La extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesoria. BARCIA, Rodrigo (a): Clasificación y Efectos de las Obligaciones: Apuntes para curso Magíster en Derecho, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 2008.

- 5 *Se ha dicho a este respecto que A simple vista, no es fácil apreciar cuáles son los límites entre ambas instituciones, solidaridad y fianza, y sus especies, codeuda y/o fianza solidaria, fuera, claro está, del estricto carácter obligacional de unas y contractual de las otras. Aparentemente, tienen más similitudes que diferencias, por lo que la tarea se torna dificultosa. Dicho esto, la referida labor se puede abordar desde dos puntos de vista. Esto es, podemos referirnos a los límites o diferencias entre estas instituciones, analizándolas desde el prisma del acreedor; Y podemos, a su turno, referirnos a los límites o diferencias de las mismas, desde el punto de vista del deudor o fiador, en su caso. En primer término, y si lo vemos desde el punto de vista del acreedor, un elemento que distingue a las instituciones estudiadas, es el número de acciones con que cuenta el acreedor para satisfacer su respectiva acreencia. En la solidaridad pasiva, fácil es apreciar, el acreedor cuenta con una sola acción, la que puede dirigir a su voluntad en contra de uno cualquiera de los deudores solidarios. Por su parte, en la fianza, según Alessandri y Somarriva, el acreedor tiene dos acciones. Una para dirigirse en contra del deudor principal, en virtud del derecho de prenda general consagrado en el artículo 2465 y siguientes del Código Civil, y la otra, la acción para dirigirse en contra de los bienes del fiador. Al decir de ellos, el acreedor está premunido, en la fianza, de dos derechos de prenda general, uno en los bienes del deudor, y otro en los bienes del fiador. En los casos en que estemos ante la fianza solidaria o la fianza y codeuda solidaria, y según el carácter que se le otorga a una u otras, conforme a lo visto, el acreedor tendrá una o dos acciones o derechos. Por su*

con el objeto de garantizar (o sobre garantizar) el cumplimiento de la obligación contraída ante la institución financiera, bancaria o de crédito.

A su turno, existen variadas formas de sistematizar o clasificar a los contratos.

Así, en una enunciación meramente ejemplar y no taxativa, si nos atenemos a lo dispuesto en los Artículos 1439 a 1443 del CC los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales; gratuitos u onerosos; conmutativos o aleatorios; consensuales, reales o solemnes; principales o accesorios.

Para los efectos de este trabajo, nos detendremos solamente en una de las clases de contratos antes dichos, a saber, los contratos *accesorios o de garantía*, y analizaremos las relaciones que puede haber entre éstos y ciertos conceptos propios del Análisis Económico del Derecho.

2. Análisis económico del derecho y contratos. Breves reflexiones vinculadas a las cauciones

Como sabemos, el Análisis Económico del Derecho estructura el contrato⁶ sobre las expectativas del acreedor, y especialmente sobre las expectativas de las partes. En este sentido, el incumplimiento de una promesa contractual afecta las expectativas que se tuvieron al contratar, las que son la causa de todo contrato.

Asimismo, el Análisis Económico del Derecho puede también centrarse en las expectativas que pueden llevar a aceptar un incumplimiento eficiente del contrato. De esta forma, sería eficiente incumplir el contrato *cada vez que el costo del deudor de cumplir, es decir, el beneficio que obtiene de romper el contrato, son mayores que el beneficio que el cumplimiento representa para el acreedor*⁷.

En este punto hay que ser claros respecto al concepto de quiebre eficiente del contrato antes esbozado. No se está diciendo con él que los contratos o acuerdos se celebran para incumplirse, porque ese precisamente no es el sentido del quiebre eficiente, más aún en un sistema como el chileno en donde el quiebre eficiente entendido en el sentido expuesto no es sustentable en norma legal.

Lo que debe entenderse por quiebre eficiente, entonces, es que por medio de éste el deudor debe tener la alternativa de darle un destino más eficiente a la cosa

parte, si analizamos los límites o diferencias de estas instituciones desde el punto de vista del deudor u obligado pasivamente, podemos advertir que en estos casos las diferencias son patentes. Las mismas están dadas por la concurrencia, en unas u otras instituciones, de ciertos y determinados derechos, denominados genéricamente como beneficios. CUADRA, Reinaldo: «La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria, la fianza y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites». En *Estudios sobre Garantías en Homenaje a Manuel Somarriva U.*, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

6 BARCIA, Rodrigo (b): *Los efectos de las Obligaciones desde la perspectiva del Análisis Económico*. Ediciones UDP, Cuadernos de Análisis Jurídico, Sin Año, p. 136.

7 BARCIA, Rodrigo (b): Ob. cit., p. 143.

debida, negociando con un tercero y/o con el acreedor, en caso que ello (la negociación fuera del acuerdo) sea más eficiente que cumplir.

Lo anterior debe considerarse en todo el análisis que sigue más adelante en este trabajo, pues si en principio fuere posible que los contratos se celebren bajo la latencia de que no se van a cumplir teniendo en consideración la eficiencia o no de su quiebre, se vendría abajo el sistema contractual y su sistema de garantías correlativo, sin perjuicio de las sanciones o derechos que la ley establece para el contratante negligente o diligente en su caso.

De esta suerte, y dicho lo anterior, al afectarse las expectativas de las partes con el incumplimiento de una promesa contractual o negocial se socavan o afectan las bases de la contratación, especialmente la confianza y la esperanza de que las expectativas puestas en el negocio se verán cumplidas, pues es lógico suponer que aquel que ha visto frustradas sus expectativas por el incumplimiento de una promesa contractual, va a meditar si procede a contratar nuevamente la próxima vez que se vea enfrentado a la disyuntiva de celebrar o no un contrato, confiar en el otro contratante, o dar pie a que hayan expectativas propias en un negocio que se puedan ver incumplidas por parte del otro contratante cuando le sea más eficiente quebrar el contrato que cumplirlo⁸.

Asimismo, aquel de los contratantes que ha visto frustradas sus expectativas, va a intentar por cualquier medio que la próxima negociación de la que forme parte sea más “segura” que la anterior, es decir, que en la siguiente negociación, si es que la hay, no se vean frustradas sus expectativas por el incumplimiento del otro contratante. Dichas medidas destinadas a propender que las expectativas de los contratantes no se vean frustradas, sea cuales fueren estas, evidentemente pueden aumentar y las más de las veces van a aumentar los costos de transacción, encareciendo con ello el acto o contrato de que se trate, y dando pie a que aquello que tanto la prestación (el dar, hacer o no hacer) como el costo de velar que la confianza negocial no se afecte y/o que las expectativas de las partes se cumplan, no se vea innecesariamente aumentado o encarecido, cuestión que de producirse se puede reflejar finalmente en el precio que pague o la contraprestación que deba.

Conforme lo anterior, existirían diversas formas por medio de las cuales el contratante puede ver asegurado el cumplimiento de sus expectativas. Ello depende, además, de si el contratante de que se trata es más propenso al riesgo, o menos propenso al riesgo, o el riesgo al fin le es indiferente.

Por lo mismo, la forma como el contratante que no quiere ver frustradas sus expectativas frente al riesgo determinará, en buenas cuentas, el costo que el negocio representa para él.

Algunas de estas materias serán analizadas más adelante dentro de este trabajo⁹.

8 En todos los casos expuestos, se debe tener en cuenta además la existencia de eventuales externalidades, las que pueden afectar, en la forma que conocemos, el resultado de la negociación o relación que se trate.

9 Sin perjuicio de lo antes dicho en relación con los contratos, éstos pueden ser abordados a la luz del Análisis

3. Análisis económico del derecho y cauciones. Algunos temas relevantes

3.1 Asignación de derechos y eficiencia económica del sistema de garantías. Caso de las cauciones reales y personales. Las garantías autónomas

Guido Calabresi y Douglas Melamed¹⁰ proponen la existencia de tres razones para asignar los derechos¹¹ a una persona determinada: (i) Eficiencia Económica; (ii) Preferencias Distributivas y (iii) Consideraciones de Justicia.

En relación con la Eficiencia Económica, estos autores señalan que la razón más simple para asignar un derecho específico a una persona en particular consiste en que mediante dicha asignación se tienden a minimizar los costos, especialmente administrativos, de hacer cumplir el derecho en cuestión. Es decir, siguiendo a los autores antes citados, con la asignación de derechos vinculados a la eficiencia económica se busca permitir u obtener que en esos casos *gane el más fuerte*, es decir, que se asigne al derecho a aquel que tiene una *mejor posición* en la relación determinada, mejor posición que puede estar fundada en diversas consideraciones, ya que tal resultado, tal asignación de recursos, minimiza los costos de una ejecución forzada en el caso que el derecho o situación en cuestión contemple la ejecución forzada, para el supuesto de de contravención al mismo.

Por su parte, la ejecución forzada procede, como sabemos, en los casos en que exista un título ejecutivo que de cuenta de una obligación líquida o liquidable, actualmente exigible y que no se encuentre prescrita, o bien, que se trate de una sentencia judicial que habilite a aquella parte que tenga el mejor derecho, que haya resultado vencedora en el pleito, la ejecución en el mismo procedimiento mediante el cumplimiento incidental de la misma.

De esta forma, si nos detenemos en los postulados expuestos y los revisamos bajo el prisma de las cauciones reguladas en nuestro ordenamiento, y en relación con la forma como el ordenamiento atribuye el derecho a su respecto, es posible

Económico del Derecho, además, y entre otros, desde dos primas o puntos de vista, a saber, desde los puntos de vista positivos o normativos. Del punto de vista positivo, los contratos en cuanto mecanismos permitirían (i) facilitar intercambios de bienes, de tal forma que el que les asigne mayor valor se quede finalmente con ellos, (ii) transferir los riesgos desde los más propensos a los menos propensos al riesgo, (iii) resolver las denominadas asimetrías de información. Del punto de vista normativo, por su parte, los contratos se configuran como un conjunto de reglas que permitirían (i) que se celebren contratos cuando sea eficiente hacerlo, (ii) que se incumpla el contrato cuando sea eficiente incumplirlo, (iii) que se deje sin efecto el contrato si ello es eficiente.

10 Cfr. CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas: «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». En *Harvard Law Review*, Vol. 85, N° 6, año 1972.

11 La "Asignación de Derechos" consiste en aquella decisión determinada a decidir otorgar a una persona o grupo de personas (naturales o jurídicas) el derecho a ejecutar o realizar una actividad, o verse beneficiado por una institución determinada. A estos efectos, los autores citados se preguntan, con toda lógica: *¿Cuáles son las razones para decidir otorgar a las personas el derecho a contaminar, o para decidir otorgarles el derecho a prohibir la contaminación, a tener hijos libremente o a limitar la procreación, o a poseer o compartir la propiedad?* CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas: Ob. cit.

afirmar que nuestro régimen de garantías no contempla en la práctica la asignación del derecho de manera eficiente a aquel que tiene mejor derecho; o a aquel que tiene una más eficiente posición en relación con el derecho o en la relación contractual; o a aquel que es el más fuerte de la relación, precisamente por los vicios propios de nuestro régimen de garantías (el que en la práctica es ineficiente y no propende al cumplimiento del objeto del mismo de asegurar o garantizar el cumplimiento de la obligación caucionada).

En efecto, tal como está configurado nuestro sistema general de garantías, en la mayoría de los casos aquella parte de la situación relacional que en el papel aparece como el “más fuerte”, esto es, el acreedor (especialmente si cuenta con una caución constituida o convenida a su favor), se encuentra las más de las veces desprovisto de una acción eficaz del punto de vista económico¹² para hacer efectiva la asignación del derecho a su favor en el caso concreto; O para la constitución de la garantía a su favor; O así como para que, en el caso de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, pueda obtener conveniente y eficientemente la ejecución forzada de la obligación garantizada; o el pago de lo debido o caucionado mediante la realización de la garantía.

En relación con lo expuesto en el número anterior, si se revisa por ejemplo el sistema hipotecario, ya sea desde la negociación para la constitución de la garantía, pasando para la constitución de la misma mediante la escritura pública pertinente, su inscripción en registros conservatorios, hasta el caso de la ejecución de la misma o desposeimiento del inmueble; o, a su turno, si se analiza el procedimiento ejecutivo hipotecario especial contemplado en la Ley de Bancos; en dichos casos el acreedor debe invertir en diversos costos, ya sea de abogados, notaría, registro conservatorio, y en caso que el deudor no cumpla, gastos de abogados, gastos de administración de justicia de cargo de la comunidad toda, gastos de publicaciones de remates y otros, sin perjuicio de que el resultado de la subasta del inmueble por medio del cumplimiento forzado muchas veces no alcanza a cubrir el total de la deuda, por lo que en esos casos la asignación del derecho, además de ser ineficiente, es eventual, y deja el acreedor en consecuencia insatisfecho, desgastando la administración de justicia, minando el acceso público al crédito, y el consiguiente intercambio económico, influyendo además en un aumento de los costos de transacciones futuras, en la pérdida de la confianza del contratante en las promesas contractuales, y en un aumento o encarecimiento del crédito.

La misma situación ocurre en el caso de la prenda (caución real que afecta a bienes muebles), pues, además de los costos y gastos propios de la constitución de la prenda, en el evento que el deudor no cumpla con la obligación a la que la prenda accede y garantiza, el acreedor debe intentar el cumplimiento forzado de la obligación garantizada (especialmente la realización de la prenda), las más de las veces con los costos y desgastes económicos ya vistos.

12 Eficacia entendida en el sentido que el costo de dicha acción sea menor que el de aquello que obtenga del ejercicio de la misma, o del eventual cumplimiento forzado de la misma.

Similar situación se presenta en el caso del fiador o en el caso de la solidaridad pasiva, en el sentido que esas garantías solo serán eficientes del punto de vista económico si el que garantiza cumple *con bajo o eficiente costo* en caso de que el principal deudor no cumpla, pues, de lo contrario, deberá procederse a la ejecución forzada en el patrimonio del que garantiza, a efectos de obtener la satisfacción de la expectativa del que contrató, en la confianza que la promesa sería cumplida.

Con todo, escaparían de las críticas referidas en los números anteriores la institución de las garantías autónomas¹³, pues, en estos casos, las mismas tienen independencia de negocio causal que garantizan, y con ello, al ser independientes, escapan de eventuales excepciones que se podrían interponer en relación con el negocio que garantizan, lo que redundaría en que permiten que el negocio de que se trata se vea cumplido, las expectativas del acreedor y de las partes se vean debidamente cauteladas; siendo su costo de implementación-transacción distinto (al menos más eficiente) que el de las demás garantías antes revisadas.

Al respecto hay que remitirse a la boleta bancaria de garantía, la que, en su caso a primer requerimiento, permite el cobro en dinero de la cantidad contenida en el mismo¹⁴.

Por su parte, la eficiencia administrativa, referida en parte en los puntos anteriores, es uno de los aspectos de la eficiencia económica. Mediante la eficiencia económica se deben elegir los derechos que produzcan aquella asignación de recursos más eficiente en un sentido paretiano; y, como vimos, siendo altamente dudoso el afirmar que la asignación del derecho al acreedor caucionado (en alguna de las formas antes dichas, salvo excepciones) es eficiente por los diversos costos involucrados en la misma (además del desgaste que se genera de la actividad relacionada a la constitución o ejecución de la garantía y sin perjuicio del costo inmanente que se deriva necesariamente del azar vinculado al incumplimiento de la obligación caucionada para el acreedor) se concluye que el sistema de cauciones del derecho nacional es ineficiente.

En conclusión, dado lo antes expuesto, el sistema de garantías chileno no permite asignar eficientemente el derecho del acreedor y por ello no es eficiente desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho.

3.2 Aplicación de las cauciones en las actitudes frente al riesgo. Una variante para aquellos que sienten aversión al riesgo

Primeramente, se debe considerar que del punto de vista positivo mediante los contratos se permite traspasar los riesgos inherentes del negocio que se trate a la

13 Pese a la existencia de pocas obras que traten la materia, es interesante analizar a estos respectos, las obras de los profesores Bruno Caprile, Sebastián Ríos, Rodrigo Barcia y Gonzalo Ruz.

14 Sin perjuicio de lo antes dicho, es discutible que las garantías autónomas sean garantías, precisamente porque estas no tienen el carácter accesorio que las cauciones presentan. Esta materia, como se puede apreciar, excede el ámbito del presente trabajo, pero no debe dejar de tenerse en cuenta para el correcto entendimiento de lo dicho a su respecto.

persona o personas del otro contratante, considerando para ello si las personas son más o menos propensas al riesgo.

Por otro lado, asilándonos en los postulados de Robert Cooter y Thomas Ulen en su libro “Derecho y Economía”¹⁵, en los casos de toma de decisiones bajo incertidumbre¹⁶ (la que se configura como un mecanismo que *nubla la decisión de las personas*) los individuos tienen tres actitudes frente al riesgo en frente con la búsqueda de la “maximización de la utilidad esperada”.

Las actitudes frente al riesgo son: (i) las personas pueden tener *aversión al riesgo* o *ser aversas al riesgo*, (ii) las personas pueden ser *neutrales hacia el riesgo* o que *el riesgo les sea indiferente*¹⁷, y (iii) las personas pueden *optar por la Búsqueda o preferencia del riesgo*.

Como puede apreciarse, las personas que tienen aversión al riesgo son aquellas que tratarán de evitar por todos los medios posibles a su alcance la existencia de incertidumbre en las decisiones que tomen, no dejando librada al azar el resultado de su negociación.

Por su parte, las personas que prefieren el riesgo sujetarán su decisión con independencia de la eventual pérdida que puedan experimentar en la negociación o transacción que se trate.

Finalmente, en el punto medio entre ambos “extremos” se encuentran aquellos que son neutrales hacia el riesgo.

Lo dicho se relaciona estrechamente con la confianza, pues a mayor confianza menor será la aversión al riesgo, y a menor confianza mayor será la aversión al riesgo. Además, dependiendo de la mayor o menor aversión al riesgo, será más o menos costosa la celebración del acto o contrato en que el riesgo-confianza esté involucrado.

Seguidamente, si nos centramos en aquellos que tienen aversión al riesgo, dichas personas preferirán necesariamente un ingreso cierto mayor a un ingreso incierto mayor, precisamente porque su naturaleza los determina en ese sentido.

Asimismo, las personas que sienten aversión al riesgo podrán convertir un resultado incierto en un resultado cierto, y con ello *confiar* en que percibirán el futuro ingreso o ingreso esperado, mediante alguno de los siguientes mecanismos: (i) el que siente aversión al riesgo podrá comprar a alguien un seguro, que le permita que en caso que no obtenga el ingreso esperado o futuro, los perjuicios causados

15 Cfr. COOTER, Robert y ULEN, Thomas: *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

16 La incertidumbre a la que aluden Cooter y Ulen puede ser de dos clases, a saber, primaria, por la cual algunos eventos futuros que son cruciales para las decisiones tomadas hoy son desconocidos; y secundarias, la que se origina cuando la información acerca de determinados eventos futuros o presentes es conocida por algunos actores económicos, pero no por todos.

17 O en su caso, no tomar en consideración al riesgo en la toma de sus decisiones.

del negocio o transacción efectuados bajo esas condiciones; o (ii) el que siente aversión al riesgo podrá asegurarse a sí misma, o (iii) el que siente aversión al riesgo podrá reducir el precio que esté dispuesta a pagar por el activo riesgoso que desea adquirir.

Considerando lo dicho en los puntos anteriores, y si esos puntos los relacionamos con las cauciones reguladas en nuestro ordenamiento, podemos observar las siguientes consecuencias.

En primer término, se podría agregar como un mecanismo para que todas aquellas personas que sienten aversión al riesgo participen del intercambio económico pese a dicha aversión al riesgo (aumentando la confianza en que sus expectativas no serán rotas y con ello procurar una mayor certidumbre en la ganancia esperada), a través de que el otro contratante o aquel con el cual se vincula en la relación o negociación le garantice, asegure o caucione el cumplimiento de la obligación mediante el otorgamiento de alguna garantía, ya sea real, ya sea personal, ya sea creada por medio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual.

En segundo término, podría discutirse de cargo de cuál de las partes será el costo de la aplicación práctica del mecanismo dicho en el punto anterior, tendiente a asegurar el intercambio para aquel que siente aversión al riesgo, así como también es incierto si este mecanismo es eficiente del punto de vista económico.

De esta forma, el costo de la aplicación práctica de lo antes dicho dependerá de la forma como las partes conciban o valoren la necesidad de asegurar el resultado o de ver aumentada su confianza en que sus expectativas no se verán frustradas.

Las soluciones antes expuestas serán eficiente de un punto de vista económico en la medida que el costo de aquella negociación sea de cargo de aquel que requiera o tenga una necesidad mayor de ver asegurado el resultado de lo esperado, es decir, cubierta su expectativa, y no del que tiene confianza o no teme al riesgo. Lo anterior dependerá de diversos factores, las más de las veces económicos, y los mismos exceden la extensión del presente trabajo.

3.3 La confianza, el aseguramiento de las promesas contractuales y los remedios

Cooter y Ulen¹⁸ señalan que el cumplimiento o la posibilidad del cumplimiento forzoso de las promesas hacen que se genere una confianza óptima entre quienes negocian, lo que favorece el intercambio negocial, y disminuye o disminuiría la mayoría de las veces los costos de transacción, pues a mayor confianza, menor necesidad de buscar alternativas que suplan la falta de ésta.

Por su parte, la confianza entre quienes negocian puede concretizarse mediante la existencia de elementos externos, de cualquier orden pero principalmente jurídicos,

18 COOTER, Robert y ULEN, Thomas: Ob. cit.

que permitan que las partes se sientan resguardadas en el sentido que el acto que están llevando a cabo puede ser ejecutable, y que por medio de esa ejecutabilidad sus expectativas pueden verse cumplidas.

De esta forma los contratantes (y ciertos terceros afectados indirectamente por el contrato) invierten en actividades que presuponen un cierto nivel de confianza esperada en que dará cumplimiento del acto o contrato respectivo.

Sin perjuicio de ello, precisamente porque existe la confianza en que un acto o contrato puede celebrarse o cumplirse, también, como lógica contrapartida, existe la posibilidad de que el contrato no pueda celebrarse o llevarse a la práctica, y con ello, se ven afectadas las expectativas de los contratantes; lo que se puede entender, además y sin perjuicio de que debiese existir, cuando corresponda, la posibilidad de que se verifique el quiebre eficiente del contrato en el sentido antes explicado en este trabajo.

De ahí, como se indicó, es que en ciertos casos es necesario provocar un incentivo que determine o medie para el cumplimiento de la promesa.

En este sentido, el mejor remedio para el incumplimiento, al decir de Cooter y Ulen, asegura un compromiso óptimo con el contrato, lo que causa un desempeño y una confianza eficientes en que el contrato en si será cumplido, y que en caso de ser incumplido se podrá obtener de la autoridad su cumplimiento, lo que aumenta la eficiencia.

Pese a lo anterior, es decir, pese a la existencia de incentivos o acicates al cumplimiento, en caso que haya un incumplimiento a un contrato, la víctima del incumplimiento puede pedir un *remedio* al tribunal para que subsane el incumplimiento, y con ello la expectativa puesta en el negocio no se vea afectada.

Por ello, y en relación a la forma como se presentan los diversos remedios para el incumplimiento, los autores antes citados han explicado que: (i) el contrato puede estipular un remedio, es decir, el contrato, o acto de que se trate, establece una solución para el caso del incumplimiento, prescribiendo de manera explícita qué se debe hacer en caso de que alguna de las partes incumpla, o bien (ii) el contrato puede estimular un proceso correctivo, es decir, el contrato puede establecer un mecanismo para que el incumplimiento de que se trate sea subsanado, y de cargo de quien y de beneficio de quien es el ejercicio de dicho proceso, o, finalmente, (iii) en caso que el contrato omita un remedio, o que el contrato no contemple un mecanismo correctivo, es el tribunal el que debe proveerlos.

En este sentido el régimen de cauciones, sea cual fuere aquella que se acuerde o que exista entre las partes, se constituye necesariamente como uno o más remedios para el incumplimiento en el sentido antes expuesto, por cuanto por medio de ellas se concreta una forma de asegurar que se preste cumplimiento a la obligación principal a la que acceden, en el contrato o acuerdo respectivo.

De ello, por medio de una caución, cualquiera que esta sea¹⁹, se asegura el cumplimiento de la obligación, o bien establece una pena para el caso de incumplimiento, o bien establece el cumplimiento de una obligación diversa destinada a asegurar que la obligación principal se vea satisfecha, y todo ello para lograr que la confianza negocial y la expectativa de los contratantes no se vea burlada por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto, facilitando en buenas cuentas el intercambio económico.

3.4 El pacto comisorio y los remedios

El pacto comisorio se define como *una estipulación negocial en la que las partes hacen explícita la condición resolutoria tácita*²⁰.

Por su parte la condición resolutoria tácita consiste *en el incumplimiento de una de las obligaciones de un contrato bilateral, que provoca la extinción de la relación jurídica entre las partes*²¹.

Como sabemos, el pacto comisorio se trata por el legislador a propósito de la compraventa, pero no hay dudas de que se puede aplicar de manera general a otros actos o contratos.

Asimismo, el pacto comisorio puede ser simple o calificado, circunstancia de la que depende si el contrato se resuelve o no de inmediato por el hecho del incumplimiento. Se discute a este último respecto, si la resolución es efectivamente automática, o existe uno o más plazos en los que el deudor puede enervar dicha resolución.

Como vimos anteriormente, un contrato del punto de vista del Análisis Económico del Derecho puede estipular un remedio, prescribiendo de manera explícita qué se debe hacer en caso de que alguna de las partes incumpla; o bien puede estimular un proceso correctivo; o finalmente, en caso que el contrato omita un remedio, o que el contrato no contemple un mecanismo correctivo, será el tribunal el que debe proveerlos.

En relación con el pacto comisorio y el Análisis Económico del Derecho, podemos afirmar que éste, el pacto comisorio, se constituye como una garantía y asimismo como un remedio de aquellos referidos en los números precedentes, lo que hace patente la intrínseca vinculación entre ambos, en el sentido que en caso que los incentivos para el cumplimiento de los contratos no hagan que los mismos se cumplan, será el pacto comisorio el que se constituye como uno de aquellos remedios.

En efecto, las partes pueden estipular un pacto comisorio simple o calificado, determinando los efectos que del incumplimiento se derivan, sirviendo ésta es-

19 Cumpliendo las condiciones y requisitos señalados en el Artículo 46 CC.

20 PEÑA, Carlos: *La resolución como ineficacia intrínseca*. Texto en preparación para fines docentes. Sin año.

21 BARCIA, Rodrigo (a): Ob. cit.

tipulación como un incentivo para el cumplimiento de los contratantes, pues de incumplir verán resuelto el contrato.

A su turno, si es que las partes no han establecido un remedio en el contrato para el caso del incumplimiento, obviamente distinto a las cauciones ya referidas y al pacto comisorio, será el Tribunal el que a petición de parte decidirá el asunto, declarando en su caso la resolución o cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios, por aplicación de la condición resolutoria.

4. Conclusiones

Como pudo apreciarse de lo expuesto en este trabajo, las cauciones, sean cuales fueran éstas, son perfectamente abordables a la luz del el Análisis Económico del Derecho.

Por medio de dicha tarea, abordar las cauciones, se permite apreciar cuáles de las cauciones respectivas, son más eficientes, y/o, si son idóneas para asegurar que la confianza en el negocio, las expectativas de las partes, no se vean rotas por la existencia o posibilidad de concurrencia del incumplimiento.

Las ventajas de un sistema de garantías eficiente, supone, en consecuencia, la existencia de cauciones efectivas, y eficientes del punto de vista económico. Si no son eficientes, no será un sistema de cauciones completo.

LA POSESIÓN, ESTABILIZADORA DE LA PROPIEDAD Y EL MERCADO

Ignacio Rostión Casas*

La única verdad es la realidad

Aristóteles

1. Las dos posesiones en el derecho civil chileno

En el Código Civil la posesión está regulada en los Artículos 700 a 731, Título VII del Libro II. En este cuerpo legal conviven dos regímenes posesorios: el de posesión inscrita y el de posesión material. Así lo ha entendido la dogmática civil¹ y la jurisprudencia chilena², a propósito del DL n°2695 sobre Regularización de la Pequeña Propiedad Raíz. Este punto de partida es clave para entender los alcances que puede llegar a tener uno de los derechos más blindados de nuestro sistema normativo como lo es el derecho de propiedad, consagrado y protegido fuertemente desde la propia Constitución en el Artículo 19 n°24³.

* Egresado de la Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Ayudante del Departamento de Derecho Civil Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: i.rostion@alumnos.uahurtado.cl. Ponencia presentada en Congreso Estudiantil de Derecho Civil Universidad de Concepción 2011.

1 Cfr. ATRIA, Fernando: «Estudios de Derecho Civil VI, La Tierra para el que la Trabaja», en *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, 2010, p. 229.

2 Sentencia de Corte Suprema. Rol 2992-2007, LegalPublishing cita online: CL/JUR/3663/2008, Considerando 3: *se ha creado un sistema denominado “saneamiento del dominio de la pequeña propiedad”, que tiene por objeto regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos y que es conveniente modificar la legislación vigente sobre la materia, adecuándola a la realidad actual y estableciendo un nuevo procedimiento que dé facultades a la autoridad administrativa para ordenar la inscripción de los predios a nombre de sus poseedores materiales que reúnan los requisitos establecidos en la ley y que contemple la intervención de la justicia ordinaria sólo en los casos de legítima oposición o para garantizar los derechos de terceros.*

3 Constitución Política de la República, Artículo 19 n°24: *La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificado por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.*

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley.

Este trabajo se enfoca principalmente en el análisis de la posesión como regla que sirve de paso previo para la adquisición del dominio, esto es, como un medio de estabilización del déficit del que adolecía la propiedad en sus inicios. Así queda reflejado en los casos Lerin con Lerin⁴ y Castillo con Toloza⁵. En especial, se analizará la pugna que existe entre la teoría de la posesión inscrita y la posesión material, así como el rol que cumple esta última como medio idóneo para limitar el dominio. Particularmente, mostrar cómo las normas que protegen la posesión material han tenido un mayor realce en el último tiempo en base a las necesidades y las exigencias que genera una economía de mercado sobre las personas. Luego se realizará el análisis sobre la posibilidad que tienen las reglas posesorias en la estabilización del acceso a bienes raíces cuando se entiende la materia desde una perspectiva técnica.

Para un mejor entendimiento de este trabajo es necesario realizar un resumen de los problemas lógicos que presenta el sistema posesorio.

1.1 El contexto de la discusión

Nuestro Código Civil (en adelante CC) al momento de tratar la posesión se ha basado en la teoría de Savigny⁶. Pero desde un punto de vista práctico, y como medio de protección de la posesión como forma de exteriorización de la propiedad el Código, se ciñó a Ihering, quien fundamenta tal protección en base a la posesión inscrita⁷, al igual que uno de los principales detractores de Savigny en la materia, Thibaur⁸.

Dentro de los modos de adquirir el dominio (Artículo 588 CC⁹) la posesión juega un rol relevante en gran número de éstas. Específicamente, en materia de adquisición de dominio de inmuebles la ley exige ciertos requisitos para la transferencia de

En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión (...).

4 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 3242-2009.

5 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 2845-2003.

6 VON SAVIGNY, Friedrich: *Tratado sobre la posesión en los principios del derecho romano*. Editorial Camares, España, Madrid, 1845, pp. 10 y ss.

7 (...) *que el dueño sea habitualmente poseedor, no significa que lo sea en todos los casos, (...) la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido*. ATRIA, Fernando: «Derechos reales». En *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, Peñalolén y Viña del Mar, 2005, p. 66.

8 *Se comprende fácilmente que Savigny diera gran importancia al ánimo posesorio (animus possidendi), mientras que Puchta llega incluso a admitir la voluntad de las personas como objeto de protección jurídica. De cualquier modo, los fines de protección de la posesión estaban explicitados en otra parte del Derecho. Thibaur (1772-1840), gran adversario de Savigny, hizo constar realmente que la protección de la posesión no implica realmente la protección de la persona contra la violencia, sino el mantenimiento de la condición provisional, adquirida a través de la forma de posesión. Visto así, la protección de la posesión era ante todo protección de la armonía jurídica. Quién reclamaba la posesión de una cosa, sin lesionar con ello la posesión ajena, debía tener por seguro que esta condición fáctica de tenencia no sería alterada violentamente por nadie*. HATTENHAUER, Hans: *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Traducción Gonzalo Hernández. Editorial Ariel, 1° Edición, Barcelona, 1999, p. 220.

9 Código Civil, Artículo 588: *Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción.*

la propiedad (Artículo 686 CC)¹⁰ por lo que puede ocurrir que ambas partes crean haber transferido, pero en definitiva no sea así, por lo que se crea una incertidumbre que puede llegar a provocar que ninguna persona sabrá si realmente es dueño, por ejemplo, quien transfiere un vehículo siendo heredero putativo, luego el que posteriormente posea el vehículo puede vender, aunque quien realiza la primera venta no sea el propietario y así al infinito hasta llegar a una situación de irregularidad mayor.

El problema anteriormente planteado debería ser solucionado por las normas posesorias. Primero, partiendo de la base que quien tiene un corpus y un animus justificado para creerse poseedor lo será, luego operará la prescripción y de esta manera la posesión tenderá a la propiedad. Por esta razón es importante proteger la posesión y la posible prescripción para así asegurar fundamentos propios a la propiedad. Segundo, el anterior esquema es lógico en la posesión regular (Artículo 702, inciso 2° CC¹¹), pero puede ocurrir algo como lo planteado en el párrafo anterior (una aparente tradición) lo que provocaría que alguien carezca de un título justificado para poseer, y es por ello que existe igualmente un reconocimiento por la posesión irregular (Artículo 708 CC)¹². Tanto posesión regular como la irregular son consideradas útiles, por lo que ambas tienden al dominio, vía prescripción. Pero, ¿cómo es posible lo anterior, si la posesión irregular es en su esencia fáctica (tendríamos corpus, pero no animus)? Lo anterior ocurre debido a que el CC ha establecido una regla de clausura del sistema posesorio¹³, el Artículo 2510 n°3, el cual permite que en todo momento la posesión tienda a la propiedad. Por tanto, hasta el mero tenedor en algún momento podría ganar por prescripción, cumpliéndose así el fin estabilizador de la posesión. Como señala Rodríguez Grez:

tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva tienden a un mismo objeto, cual es consolidar las situaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho, (...) el hecho mismo -mera tenencia, aprehensión material de la cosa- tiene para el Código Civil una trascendencia que no hemos vislumbrado en toda su magnitud¹⁴.

Es por esto que debemos buscar el sentido de una normativa que tiene el afán de arrastrar situaciones de hecho hasta situaciones de derecho.

El sistema antes señalado funciona para los bienes muebles donde la facticidad es apreciable fácilmente, y en donde, por tanto, la posesión material tiene un rol

10 Código Civil, Artículo 686: *Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.*

11 Código Civil, Artículo 702 inciso 2°: *Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de haber adquirido la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.*

12 Código Civil, Artículo 708: *Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702.*

13 ATRIA, Fernando: Ob. cit., p. 70.

14 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*. Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, Santiago, 1995, p. 21.

importante. El gran problema, entonces, es que el Código Civil no establece una regulación en detalle respecto de inmuebles; no existe una regla de clausura del sistema de inmuebles como sí la hay para la posesión de los muebles. Es aquí donde se pierde el rol estabilizador de la propiedad que desempeña la posesión.

Debido a lo anterior es de suma importancia la posesión material en el Derecho Civil, pues una correcta lectura de la materia da lógica al sistema posesorio tanto de muebles como de inmuebles. Por tanto, en materia de posesión de inmuebles no podemos cerrarnos a la “teoría de la posesión inscrita” que se ha basado en una interpretación histórica¹⁵ y teleológica de la ley¹⁶, de forma que ha generado grandes conflictos en el sistema registral chileno¹⁷, como son las “dobles inscripciones”, “inscripciones aparentes” o las “inscripciones de papel”.

En el caso típico de un juicio debido a una superposición de inscripciones por dos o más personas distintas sobre un mismo bien, la pregunta es ¿a quién se prefiere? Para Victorio Pescio, *en virtud del principio de la naturaleza de la cosa, no puede existir posesión por el total de un mismo objeto a favor de dos o más personas*¹⁸. Como se ha repetido ya, estos problemas son recurrentes y una de las causales son las ventas dobles, pero que no deberían revestir mayor problema si tenemos en vista el Artículo 1817 CC¹⁹. Independientemente, el mencionado artículo ha presentado a la doctrina motivos para estar en desacuerdo²⁰, pero esta norma tiene un sentido claro, prefiriendo al poseedor material, haciendo primar situaciones fácticas antes que las jurídicas. En López con Álvarez se produce un litigio por una querrela de amparo donde había una superposición de títulos; el demandante esgrimió una inscripción de dominio del año 1997 sobre el bien litigado y el demandado una inscripción del año 2004. El demandado, para quedarse con la preferencia, hace valer su posesión material que prueba a través de testigos y hechos positivos como la construcción de una casa habitación en el terreno disputado. Pero ante la discusión anterior, el tribunal plantea la discusión entre qué prueba preferir en atención a los Artículos 924 y 925 CC, ante lo que señala:

es inaplicable el artículo 925 del Código Civil. Tratándose de derechos inscritos, se ha dicho por esta Corte Suprema, no se necesita probar la posesión

15 Código Civil, “Mensaje del Ejecutivo al Congreso sobre el Código Civil”.

16 Cfr. TRUCCO, Humberto: «Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno». En *Revista de Derecho*, Año VII, Número 8, 1910.

17 Cfr. ATRIA, Fernando: Ob. cit., pp. 38 y ss.

18 PESCIO, Victorio: *Manual de derecho civil, De la copropiedad - De la propiedad horizontal y de la posesión*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, Santiago, 1978, p. 368.

19 Código Civil, Artículo 1817: *Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se ha hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá.*

20 Los señores Humberto Trucco y Alejandro Lira sostienen que la contienda debe decidirse a favor del que inscribió primero, por el contrario, Leopoldo Urrutia y Ramírez Frías se inclinan a favor de quien tiene el bien bajo aprehensión material.

del suelo en los términos de esta disposición, sino según el artículo 924 del mismo cuerpo legal. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha declarado que el artículo 925 citado permite acudir a veces a la prueba de la posesión por hechos positivos a que sólo da derecho el dominio del suelo, sea para comprobar esa posesión, por ejemplo, cuando se trata de inmuebles no inscritos o para reforzar la prueba de la inscripción, para complementarla o para resolver el conflicto en caso de existir una serie de inscripciones paralelas y no ligadas entre sí²¹.

Tario con Forestal Tornagalones S.A., es un fallo que no se puede dejar de comentar. En este caso, se demandó de reivindicación para que se le restituyera al demandante un predio de 45 hectáreas, basada la demanda en la existencia de una inscripción conservatoria del bien litigado. Por su parte, la demandada se defendió señalando que igualmente tiene la inscripción del inmueble, pero que además ejerce la posesión material y han pasado más de diez años desde que inscribió el predio, por lo que la inscripción de la demandante es de “papel”. Ante el escenario planteado el razonamiento del tribunal fue el siguiente:

frente a esta superposición de inscripciones, esta Corte coincide por lo establecido en el tribunal de la instancia que señala que “ambas partes tienen la posesión inscrita, sin embargo, la demandada aparte de detentar tal posesión legal por un lapso superior al máximo término de prescripción o consolidación de las situaciones jurídicas,” toda vez que sus títulos posesorios datan de 1993 y 1994. Es decir, doce y once años anteriores, respectivamente, del momento en que la demandada realizó la inscripción sobre los terrenos que alega como propios. A ello se añade el hecho de que es la demandada quien ejerce efectivamente la posesión material del inmueble objeto de la litis, como así lo ha probado en autos (...) Que esta Corte coincide con la reflexión de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, al establecer que “se debe recurrir a la prueba de la posesión integral del inmueble, esto es, la posesión material e inscripción registral vigente, por lo tanto, contando ambas partes con inscripción, debe ser preferido aquel título que representa una realidad posesoria material efectiva, manifestada por actos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio.” (...) Que en la especie dichas características sólo concurren a favor del demandado, por cuanto amén de la inscripción conservatoria del predio sub lite, la parte demandada ha ostentado la posesión material del mismo, manteniendo diversas plantaciones de pino en el lugar. Que a mayor abundamiento la demandante, al deducir la acción de dominio, reconoce en el demandado la posesión material sobre el predio indicado, al tenor de lo dispuesto por los artículos 889 y 895 del Código Civil; (...) Que de lo expuesto precedentemente se concluye que la inscripción efectuada a favor de doña Elena Angélica Tarrío Comesaña, es lo que en doctrina se denomina “inscripción de papel” porque se refiere a un bien que nunca ha

21 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 5-2009.

*poseído y que conforma una simple anotación en el registro del Conservador de Bienes Raíces, no respondiendo a una realidad posesoria*²².

1.2 Nuestro sistema registral

Es pertinente agregar que *el régimen de posesión inscrita está plagado de incoherencias (...) en particular el régimen de acciones es prácticamente incomprensible*²³, opinión compartida en la doctrina²⁴. Por lo demás, como señala Tapia:

*el sistema registral*²⁵ *inmobiliario, a pesar de los sucesivos ajustes, parece mostrarse en la actualidad técnicamente insuficiente, un ejemplo de esto es la practica aproximativa que se sigue utilizando para identificar a los inmuebles, y que no siempre está en concordancia con su identificación administrativa (SII)*²⁶⁻²⁷.

Entonces es posible que una persona haya inscrito un predio que le pertenecía desde tiempos tal vez inmemoriales a una población y luego este mismo poseedor inscrito que descansa en su título podrá perder el bien a manos de un poseedor material que regularizó el inmueble (según lo permite principalmente el estatuto legal del DL n°2695) no teniendo posibilidad de oposición, ya que su desidia al no oponerse al proceso de regularización hace considerar que su inscripción es de papel.

1.3 Las soluciones a las inconsistencias del sistema

¿Cuál es la solución que se puede dar a estos problemas mencionados en los apartados anteriores? Es aquí donde cobra relevancia recurrir a la normativa del derecho privado contemplada fuera del CC, en especial al DL n°2695 de 1979, que se presenta como la norma de clausura del sistema de posesión de inmuebles,

22 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 8536-2010.

23 ATRIA, Fernando: Ob. cit., p. 233.

24 En este sentido LATHROP, Fabiola «Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno». En *Revista Ius et Praxis*, n° 2, 2011, pp. 4-6.

25 *Desde un punto de vista del análisis económico, la publicidad que ofrece el Registro de la Propiedad es más interesante que la publicidad posesoria tratándose de bienes costosos.* MARTÍNEZ, LUZ: «Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria». En *Revista para el análisis del derecho*, España, 2008, p. 11.

26 TAPIA, Mauricio: *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, Santiago, 2005, p. 148.

27 *Los registros públicos de propiedad y los catastros nacionales de tierras yaguas son instituciones que no han avanzado con la necesaria flexibilidad para acomodarse a las crecientes necesidades de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, a las mayores demandas de numerarios del fisco nacional, al correcto conocimiento estadístico de los bienes nacionales; en suma, sus defectos, y fallas, en cuanto al conocimiento de la riqueza inmueble, impide la perfecta elaboración de planes nacionales o regionales de desarrollo.* GARCÍA, José: «La titulación jurídica de la propiedad y reforma agraria venezolana». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1969, volumen n° 5, p. 279.

es decir, que pretende ser análogo a la regla tercera del Artículo 2510 CC²⁸, permitiendo que la posesión tienda a la propiedad. Y es ésta la forma de completar y darle lógica al sistema posesorio en general. En este sentido señala Atria:

(...) entender entonces la racionalidad propia del derecho civil exige entender que las reglas generalmente aplicables a la solución de controversias entre posesión inscrita y posesión material están básicamente en el artículo 19 del Decreto Ley 2695 y no en los artículos 728-730 del Código Civil²⁹.

Por esto el Artículo 19 del DL n°2695 se ha presentado como la base de la discusión en gran número de juicios sobre oposición a regularizaciones, así ocurrió en Krause con Guzmán³⁰.

Pero no es éste el único estatuto importante para enfrentar el problema aludido. En nuestra legislación existe un número importante de Leyes y Decretos Ley que tienen el mismo tenor y cumplen la misma función, como las Leyes n° 18.148³¹ de 1982, Ley n° 18.886, Ley n° 19.455³² de 1996, Ley n° 19.686³³ las que modifican el DL n°2695, la Ley n° 19.858,³⁴ Ley n° 16.741 de 1968 que regulariza poblaciones en situación irregular, Ley n° 19.776 de 2001 y DL n° 1939 de 1977 estas últimas sobre regularización y adquisición de bienes fiscales.

Pare entender la dinámica del DL n°2695, es necesario tener presente las dos normas claves en cuanto a su funcionamiento, en su Artículo 2 se señala que:

Para ejercer el derecho a que se refiere el artículo anterior, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos: 1°. Estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, durante cinco años, a lo menos, y 2°. Acreditar que no existe juicio pendiente en su contra en que se discuta el dominio o posesión del inmueble, iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud. No será obstáculo para el ejercicio de este derecho la circunstancia de que existan inscripciones de dominio anteriores sobre el mismo inmueble

28 Código Civil, Artículo 2510: *El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 3°. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1° que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2°. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.*

29 ATRIA, Fernando: Ob. cit., p. 233.

30 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 5255-2005.

31 Modifica los Artículos 5 y 14 del DL n° 2695.

32 Modifica los Artículos 4, 10, 11 y 15 del DL n° 2695.

33 Modifica el Artículo 9 del DL n° 2695 agregando el inciso final.

34 Sentencia de Corte Suprema, Considerando 4°: *Que, asimismo, el Fisco de Chile tilda de errónea la tesis sustentada en el fallo impugnado acerca de que el Decreto Ley 2.695 estaría derogado tácitamente por la Constitución Política de 1980, puesto que el propio legislador ha dictado, con posterioridad al texto constitucional, una serie de normas modificatorias del mismo; las leyes n° 18.148, 18.886, 19.455, 19.686 y 19.858.*

Para enervar una regularización por falta de requisitos del Artículo 2 del DL n°2695, el demandante deberá acreditar que así ocurrió, de lo contrario su pretensión deberá ser desestimada, tal como ocurrió en *Ramírez con del Carmen*³⁵.

La segunda regla clave es el Artículo 4 del DL n°2695: *La posesión material deberá acreditarse en la forma establecida en el artículo 925 del Código Civil*.

Algunas apreciaciones son necesarias, la posesión material requiere igualmente de buena fe, en principio este requisito es irrelevante, debido a que la buena fe se presume (presunción legal), pero puede ser un impedimento para adquirir el dominio por vía de regularización, si los oponentes acreditan mala fe del regularizante, como en *Zenteno con Provost*, donde un tenedor fue calificado de mala fe, ya que, al detentar la calidad de arrendatario del bien, lo regularizó y luego continuó pagando el canon durante diez años para ocultar la regularización del predio. Al respecto el tribunal señaló:

*el demandado siempre estuvo de mala fe puesto que siguió pagando las rentas de arrendamiento con la finalidad de ocultar el saneamiento. Estando en consecuencia en estas condiciones nunca pudo adquirir por prescripción pese a la presunción legal del artículo 15 del decreto ley referido, que le otorga el carácter de poseedor regular en la medida que tal hecho supone necesariamente la buena fe que no concurre en este caso por expresa disposición legal*³⁶.

Actualmente la normativa del DL n°2695 toma mayor relevancia, primero por el gran número de regularizaciones que se han tramitado ante el Ministerio de Bienes Nacionales (el año 2011 se entregaron más de 17.000 títulos, esperándose para el año 2014 entregar más de 45.000 nuevos títulos); y segundo, por la pronta reforma que sufrirá el decreto mencionado, donde destacan: 1) prueba efectiva de los cinco años de posesión material; 2) mejoras en el procedimiento para la protección del poseedor inscrito; 3) mayores facultades del órgano administrativo encargado del estudio de las propuestas de regularización³⁷. Aunque se extraña, y es de esperar que se toque la materia en el Senado, en el segundo trámite constitucional, la aplicación de la normativa a la regularización de bienes fiscales; que actualmente se encuentra restringido por mandato expreso del DL n°2695 en su Artículo 8 inciso 2, debido a que en la actualidad el Fisco por intermedio del Ministerio de Bienes Nacionales, administra (aunque sin explotar gran parte) más del 51 % del territorio nacional³⁸. Esto podría dar pie para dejar de considerar estos inmuebles como *res extra commercium para ser objeto de relaciones jurídicas privadas*³⁹. Además ayudará a erradicar malas prácticas de los órganos administrativos basados en

35 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 981-1997.

36 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 65-2005.

37 Seminario DL n° 2695 de 1979, «Análisis sobre propuestas de modificaciones y praxis en el procedimiento de saneamiento de la pequeña propiedad raíz». División de Constitución de Propiedad Raíz del Ministerio de Bienes Nacionales, 5 de diciembre de 2011.

38 Disponible en «www.bienes.cl».

39 CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo: Ob. cit., p. 7.

doctrinas que ellos han tratado de implementar, logrando gran acogida como la llamada “inscripción global”⁴⁰ que intenta otorgarle derechos de posesión al Estado sobre bienes fiscales (parecida a la olvidada doctrina de la posesión civilísima⁴¹) para así palear el mandato del Artículo 590 CC⁴². Dada la dificultad de la materia, se estará en constante pugna respecto a concepciones filosófico-políticas sobre ella, pero tampoco se puede negar que en este punto de la discusión es donde más se puede avanzar en temas denominados por Peñailillo como la “equidad en el reparto” y “equidad en el aprovechamiento”⁴³, que típicamente se han sintetizado en la expresión “función social de la propiedad”. Más adelante en este trabajo se abordarán los dos principios orientadores mencionados, pero puntualizado en un análisis económico de la materia.

1.4 Breve visión comparada

En los sistemas anglosajones se ha tomado una concepción de propiedad alejada de la perspectiva rígida y sacramental, que por el contrario, ha resultado moldeable, lo que no hace imperiosa la promulgación de legislación extraordinaria como en Chile (DL n°2695 u otros cuerpos legales que reglamentan estatutos especiales de propiedad). La concepción moderna de propiedad es mirada desde el punto de vista social y no individual, se mira como un reconocimiento entre personas. *Por propiedad entendemos aquello que se reconoce como nuestro y que no se nos puede sustraer fácilmente. De ahí la conexión entre propiedad, ley y gobierno. La propiedad es un derecho que requiere reconocimiento colectivo*⁴⁴⁻⁴⁵. Por lo anterior, Rose critica la conocida frase de Blackstone⁴⁶, e intenta redimir la idea

40 Se ha señalado que posterior a la Guerra del Pacífico el Estado de Chile practicó una inscripción global de todos los territorios del Estado.

41 (...) *posesión en la que no es necesario que se dé la aprehensión corporal ni la intención constitutiva del animus (...) se da por el solo ministerio de la ley.* DUALDE, Joaquín : *La posesión civilísima*. Editorial Ariel, Barcelona, 1959, p. 14.

42 Código Civil, Artículo 590: *Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.*

43 Cfr. PEÑAILILLO, Daniel: *Los Bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 85.

44 *Tanto Nedelsky como Singer piensan que el énfasis federalista en el argumento de la propiedad distorsiona la concepción de los derechos subjetivos. Los federalistas convierten la propiedad en un símbolo pre-eminentemente de la libertad individual. Es cierto que la propiedad permite introducir control y seguridad a nuestras vidas, y que es también fuente de identidad personal y medio de expresión. Pero este modelo posesivo individualista de la propiedad le transmite un carácter absoluto a los derechos y deja en la penumbra otras características de la propiedad que deberían enriquecer nuestra concepción de derecho subjetivo.* CRISTI, Renato: *Propiedad y derechos subjetivos*. LOM Ediciones, Santiago, 2005, p. 11.

45 La concepción anglosajona de la propiedad entendida como un reconocimiento social de la misma, sumado al entendimiento económico, como un modo de excluir propietarios, ha sido el modo más efectivo de solucionar el llamado problema de “la tragedia de los comunes”.

46 *Nada despierta la imaginación y las acciones de la humanidad como el derecho de propiedad, ese dominio despótico que el hombre reclama y ejerce sobre las cosas del mundo, y excluye los derechos de cualquier individuo del universo.* ROSE, Carol: «La retórica de la propiedad». En *El derecho de propiedad en clave interdisciplinaria*, compilación por Lucas Sebastián Grosman, Buenos Aires, 2010, p. 75.

de *poder ejercer un derecho de forma exclusiva*, señalando que el autor en algún sentido se refería a la idea de exclusividad como un “topo”, una figura ideal que describía un tipo ideal y no la realidad. *El derecho de excluir no necesariamente significa que los propietarios, de hecho, excluyan a terceros, sino que pueden decidir si quieren excluir a terceros o no (...) el propietario tiene un pequeño ámbito de total señorío*⁴⁷.

Por su parte, en el *common law*, la posesión es considerada como el origen de la propiedad, basada tanto en la teoría del trabajo de Locke (que en el caso del CC chileno se puede ver reflejado en el Artículo 685⁴⁸) y de la primera posesión, sumándose la doctrina del consentimiento universal. La máxima del *common law* dice que la primera posesión es la raíz del título⁴⁹, y es común identificar cuáles son los dos grandes principios en los que se sostiene la posesión en el sistema anglosajón, primero: la notificación al mundo por actos claros, y segundo: recompensa al trabajo útil. En razón de esto último es que el *common law* define los actos posesorios como una declaración, aun más, como indica Blackstone *los actos posesorios deben ser una declaración de intención de apropiarse de la cosa*⁵⁰.

2. La gran disputa. Posesión material contra posesión inscrita

Siendo el anterior el estado actual de nuestra legislación en temas sobre regulación de la posesión, resulta entonces que para la cultura jurídica interna como externa es bastante complicado saber a qué debemos atenernos al momento de decidir entre la pugna que se da entre la posesión inscrita contra la posesión material de un bien inmueble. La pugna se provoca porque la posesión material y la posesión inscrita no son necesariamente equivalentes⁵¹ y, por otra parte, el mayor número de conflictos se da en juicios de regularización de propiedades. Según algunos autores estos mecanismos de regularización son necesarios *por el elevado número de propiedades que se encuentran al margen de la posesión inscrita, entorpeciéndose su explotación y transferencia*⁵².

Por consiguiente, al momento de enfrentarse judicialmente el poseedor inscrito en contra del poseedor material se genera una serie de conflictos. En primer lugar, no podemos decir con facilidad que la posesión inscrita debe primar por sobre

47 ROSE, Carol: Ob. cit., p. 78.

48 Código Civil, Artículo 685: *Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos.*

49 ROSE, Carol: Ob. cit., p. 16 (estas doctrinas quedan reveladas en los famosos casos *Pierson v. Post* y *Brumagim v. Bradshaw*)

50 ROSE, Carol: Ob. cit., p. 18.

51 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 5201-03.

52 TAPIA, Mauricio: Ob. cit., p. 149.

la posesión material, por los problemas que ello provoca en la lógica interna del sistema posesorio y por los conflictos que produce la posesión inscrita en sí. En segundo lugar, en nuestra cultura jurídica interna existe una convicción arraigada de que el sistema de posesión inscrita es perfecto, y que, por tanto, ampara por sí solo el dominio de una propiedad inmutable⁵³. Y, por último, como una consecuencia del punto anterior, al ser la propiedad el derecho más blindado que existe en nuestro ordenamiento jurídico, cualquier norma que lo pueda alterar significaría una vulneración al derecho de dominio garantizado por la Constitución.

Los conflictos anteriormente mencionados gatillan un estado de inseguridad mayor, ya que las personas que tengan bienes inmuebles inscritos no podrán descansar en sus títulos de dominio por siempre y no podrán hacerlos valer como cartas de triunfo cuando se presente un conflicto como el que proponemos. En este estado de incertidumbre existen al menos tres temas que se entremezclan:

El primer punto es un análisis, de por qué el legislador, en un principio proclive a consolidar posiciones en base a la teoría de la posesión inscrita, se ve obligado a la promulgación de legislación que beneficia a personas que se encuentran en situación irregular y que basan sus reclamos en el derecho de adquirir bienes basados en la posesión material.

El segundo punto, base de todo lo anterior, se refiere a la tesis de fondo que defiendo en mi argumento: *el legislador se ha visto en la necesidad de generar este tipo de normativa por la presión que significa estar envuelto dentro de un sistema de mercado que exige mayor desarrollo y mayor actividad de todos los habitantes de la nación.*

El tercer punto hace referencia a la constitucionalidad de estas reglas, que ha tenido gran incidencia en la normativa del DL n°2695 principalmente basado en la utilización del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Así por ejemplo, en Henríquez y otros con Acuña y otros⁵⁴ y en Lobos y otros con Villegas y otros⁵⁵.

2.1 Contexto histórico del surgimiento de las normas sobre posesión material en la regularización de la propiedad inmueble

Es importante contextualizar cómo va surgiendo este tipo de normativa, e indicar que la regularización de bienes no ha sido una idea de los últimos tiempos, ni mucho menos ideas sin fundamentos impulsado por corrientes políticas y dogmáticas. Se debe puntualizar que el primer antecedente de esta institución se encuentra en

53 *La teoría de la posesión inscrita es perfectamente armónica.* ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel: *Los Bienes y los Derechos Reales*. Editorial Nacimiento, Tercera Edición, Santiago, 1974, p. 504. Ver también PEÑAILILLO, Daniel: *Los Bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 381. Sobre "La Teoría de la posesión inscrita", ver Artículos 686, 696, 702, 724, 728, 730, 924, 925, 2505 y 2510 del Código Civil.

54 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 2656-1998.

55 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 19245-1994.

Roma en la época del decaimiento del Imperio debido a las invasiones bárbaras, donde se conoció un modo de adquirir el dominio (excepcional), el *ager desertus*, éste consistió en un modo de adquirir el dominio de los inmuebles abandonados, y que no estaban siendo cultivados. Con esto, se pretendió incentivar la utilización y el cultivo de tierras en desuso lo que dotaría de provisiones a los ejércitos.

En una época más contemporánea y específicamente enfocado en nuestro país, este tipo de normativa surge debido a los graves problemas sociales que Chile había presentado a principios del siglo XX⁵⁶, principalmente la “cuestión social” y los coletazos de la crisis económica de 1929, el Estado va a tener razones suficientes para ser un ente protector y mediador⁵⁷, que a través del Derecho va a intervenir en lo económico y social, primero en normativa laboral y previsional. Las limitaciones al derecho de propiedad debido al interés público hacen precisamente su aparición en la década de 1930, *estas limitaciones son de la más variada índole (...) pero son, en principio, de leyes que dicen relación con el progreso*⁵⁸, pero a partir de 1932 se va a intervenir derechamente en la fijación de precios a través del DL n°520⁵⁹ para así evitar la especulación de productos de primera necesidad, el precio del trigo que fue fijado en 1938 y un precio mínimo antes en 1934. Lo anterior genera un gran desincentivo en la producción agrícola, por lo que en vez de ayudar a la economía del país la desacelera aún más. *Por razones económicas, la propiedad privada fue objeto de severas limitaciones. En efecto, la creación del Comisariato General de Subsistencia y Precios, marcó un giro importante en la economía*⁶⁰. Todo lo anterior se ve complementado por la promulgación de la Ley n°7747 de 1943 la que incrementaba las medidas sobre racionamiento y libertad de comercio. En el contexto histórico en el que se establecieron estas normas, podría pensarse que

56 *Este movimiento, que se inicia ya en los albores del Siglo XX con las demandas campesinas frente a la rígida estructura agraria tradicional, basada en el predominio del gran latifundio, no tuvo una reacción formal de los gobiernos imperantes sino hasta la década del sesenta, cuando, sumida la agricultura en una severa crisis, resultante de la masiva migración desde el campo a la ciudad, se hizo evidente su incapacidad productiva.* PICA, René: «Texto refundido del Decreto Ley N° 3262 de 1980, sobre la enajenación de tierras asignadas por las instituciones del agro que señala; análisis crítico de sus normas y de otras disposiciones anexas». En *Revista Lex Et Veritas*, Universidad Internacional SEK, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2008, p. 271.

57 *La primera obra explicaba el fenómeno de la inflación como consecuencia del endeudamiento de los terratenientes que, por su influencia en las esferas de gobierno, presionaban a favor de la devolución monetaria -idea ya enunciada a fines del siglo XIX por Agustín Ross-, en tanto que la segunda describía con rasgos sombríos la estructura de la tenencia de la tierra y su corolario, la conservación de elementos semifeudales en lo social. Asimismo, la creencia de que el librecambismo pregonado por Courcelle - Cse-neuil abría constituido con su aplicación un dramático y negativo cambio de rumbo.* VILLALOBOS, Sergio, SILVA, Osvaldo, SILVA, Fernando, ESTELLE, Patricio: *Historia de Chile*. Editorial Universitaria, Tomo IV, Decimoquinta edición, Santiago, 1995, p. 763.

58 Ríos, Sebastián: Ob. cit., p. 542.

59 *La propiedad se vio particularmente afectada por esta ley, ya que sus disposiciones eran tan generales que autorizaban virtualmente a la expropiación de cualquier bien.* Ríos, Sebastián: Ob. cit., p. 543

60 Ríos, Sebastián: Ob. cit., p. 542.

*(...) una ley que fija un precio legal por debajo del precio que surgiría del mercado tiene una variedad de consecuencias. A largo plazo, es probable que haga a todo el mundo de peor condición. A corto plazo, sin embargo los compradores pueden tener ventaja a expensas de los productores*⁶¹.

Posteriormente, debido al fracaso económico⁶², e influenciado por movimiento políticos y sociales extranjeros, se van a promulgar en Chile normas de expropiación, que van a desencadenar derechamente en la reforma agraria (Ley n° 15.020 de 1962, autoriza la expropiación de predios rústicos abandonados y notoriamente mal explotados) que posteriormente, debido a las necesidades se logran promulgar dos leyes que reformaban constitucionalmente el derecho de propiedad: Ley n° 15.295 y Ley n° 16.615. Gracias a ello se aprobó la nueva Ley de Reforma Agraria, Ley n° 16.640, la cual establecía que todos los terrenos expropiados quedaban bajo la administración momentánea de la CORA (Corporación de la Reforma Agraria), pero en definitiva tras 11 años de reforma agraria la mala administración y los favores políticos, hicieron que todo fuera un fracaso, ya que los abusos políticos por parte de los encargados de la administración fueron demasiados. *Finalmente la propiedad privada se vio limitada, por un lado, y privada de un ámbito importante por el otro, en virtud de las distintas leyes de la reforma agraria y de nacionalización*⁶³.

Si damos una mirada más extendida a la historia de Chile, no será complicado darse cuenta que la historia nacional está cruzada o estrictamente ligada a la evolución o mejor dicho adaptación del derecho de propiedad.

Fue en el anterior contexto que se gestaron las primeras leyes de regularización en un período que va desde 1939 a 1972, pero me enfocaré en el DL n° 6 de agricultura, que debido a posteriores modificaciones termina siendo el actual DL n° 2695⁶⁴. En el Artículo 2 del DL n° 2695 se establecen los requisitos para acogerse a este procedimiento, que son: posesión material, exclusiva y continua, sin violencia ni clandestinidad, por más de cinco años; y no tener juicio pendiente en su contra, iniciado con antelación a la fecha de ingreso de la solicitud administrativa, en la cual se discuta el dominio o posesión⁶⁵.

61 *(...) por lo tanto, no sorprende que el control de precios sea a veces políticamente provechoso.* FRIEDMAN, David: *Economía y psicología evolutiva*. Disponible en «www.indret.com» [última visita: 10 de mayo de 2012]

62 *En 1962 la devaluación del escudo, nueva unidad monetaria que reemplazó desde 1960 al peso, fue sólo la exteriorización de males de mayor gravedad, perceptibles desde fines de 1961, saldo desfavorables de la balanza comercial, fuerte endeudamiento externo, violenta baja de las ventas de divisas y retiro apresurado de los depósitos en dólares de los bancos chilenos-, que fueron enfrentados con medidas de emergencia que resultaron insuficientes.* VILLALOBOS, Sergio: Ob. cit., p. 772.

63 Ríos, Sebastián: Ob. cit., p. 546.

64 *La regulación de la posesión ha sido regulada por sucesivas disposiciones jurídicas. La primera fue la ley 6.382 de 1939 (...), en 1960 esta ley es derogada por el DFL 326. En 1963 se dictó el DFL 7, que creaba un procedimiento especial de saneamiento para la pequeña propiedad agrícola a la que se refería el artículo 80 de la ley 15.020, (...) el DFL 6 de agricultura, de 1968, unifico todas las reglas sobre saneamiento de títulos de dominio, (...) y estuvo en vigor hasta la dictación del DL 2.695 que lo deroga.* ATRIA, Fernando: Ob. cit., p. 78.

65 *No exige acreditar que el predio se encuentre al día en el pago de contribuciones. No obstante será nece-*

El gran problema que se produce en la historia de estas normas es la influencia de doctrinas y dogmas que en algún momento terminan desvirtuando su camino⁶⁶, al no tomar en cuenta un trabajo que podría haber dado valiosos frutos. Similar situación ocurrió en Argentina⁶⁷, Uruguay, Venezuela⁶⁸, España y Checoslovaquia en donde

la mayoría de la propiedad privada fue confiscada como resultado, del entusiasmo de los seguidores del partido Comunista por construir un Estado que diera iguales oportunidades para todos, típico de los inicios de los años 50, fue decayendo con el final de la década. La emergente economía de postguerra empezó a estancarse. Esto desencadenó la crisis económica de principios de los años 60⁶⁹

Actualmente en Chile, prima la necesidad de utilizar la normativa sobre posesión material de inmuebles para incentivar el desarrollo y participación de la ciudadanía en la producción nacional. Por ello, el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile habría tomado el camino correcto en el asunto, al fijar entre sus lineamientos institucionales que las normas sobre regularización serán utilizadas para el desarrollo económico de la nación, *redefiniendo sus funciones, adaptándolas a la nueva realidad social, económica y política del país*⁷⁰.

3. La influencia del mercado y el desarrollo económico en la generación de las reglas posesorias. El deseo de incentivar la producción

Como se ha reflejado en la contextualización histórica de la normativa sobre el abultado número de leyes que tratan sobre la posesión material y las formas de regularización de bienes inmuebles, existe un denominador común en el desarrollo histórico de todas estas normativas, esto es la necesidad de incrementar el desarrollo

sario que el interesado acompañe el último recibo de las mismas. (...) Un requisito básico o fundamental es la posesión material por más de cinco años. Podrá detentarse por sí o agregando la de antecesores. MINISTERIO DEL INTERIOR: «Anexo Saneamiento de Títulos». En Programa de Mejoramiento de Barrios, Acciones Concurrentes, Santiago, 2001, p. 6.

66 *Los resultados del intento pudieron ser percibidos poco después. Luego de una espectacular activación económica que cubre los años 1965 y 1966, las tasas de expansión comenzaron a disminuir; la inflación, relativamente controlada en los primeros años, se aceleró hasta 1970.* VILLALOBOS, Sergio: Ob. cit., p. 772.

67 Cfr. LAVAGGI, Ambrosio: «Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920». En *Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, 2007, p. 124 y ss. Disponible en «www.derecho.uba.ar/revistagioja» [última visita: 11 de mayo de 2012].

68 Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960. A mayor abundamiento, GARCÍA, José: «La titulación jurídica de la propiedad y reforma agraria venezolana». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1969, volumen n°5, pp. 273 -291.

69 BELOVOSKY, Petr: *El derecho de propiedad en los Códigos Civiles Socialistas de Checoslovaquia*. Disponible en «<http://dialnet.unirioja.es>» [última visita: 10 de mayo 2012].

70 Ver «www.bienes.cl».

económico de un grupo importante de ciudadanos⁷¹, lo que a mi juicio se debe a influencias de políticas macroeconómicas fiscales⁷², que ven en este tema un motor importante para la reactivación económica de ciertas personas que se han visto excluidas por diversas circunstancias: *buenas instituciones, interactuando con buenas políticas, promueven el crecimiento sostenido. Del mismo modo, malas políticas e instituciones hacen que los países más vulnerables sufran costosas crisis*⁷³.

3.1 Influencias de otras disciplinas

La disputa sobre la influencia de las políticas macroeconómicas ha sido muy discutida en economía (y más en países donde las doctrinas capitalistas encajaron tan bien como en Chile⁷⁴) basando sus argumentos en el no intervencionismo estatal conocida como la teoría clásica, en esta fase del pensamiento económico *no habían costos en la adquisición de la información, ni incertidumbre ni tampoco costos de transacción (usar el mercado no tenía costo alguno*⁷⁵), se desconocía la importancia de los derechos de propiedad bien definidos y la probabilidad de que los contratos se incumplan. Luego, la necesidad parcial de intervención del Estado en la economía, la teoría Keynesiana⁷⁶ (*la economía Keynesiana ortodoxa, por su parte quien hace hincapié en que la política fiscal es una herramienta efectiva para estimular una economía que se halle ante una desaceleración económica*⁷⁷). La noción de Estado neoclásico ampliado, lo señala como una *organización con ventaja comparativa en el uso de la violencia (levantamiento del supuesto de un mundo sin conflictos), que se extiende sobre un área geográfica cuyos límites vienen determinados por el poder de recaudar impuestos a sus habitantes*⁷⁸, pero debido

71 *El Código Civil Checoslovaco de 1964 se basó en una visión utópica de la sociedad ignorando la realidad (...) El concepto erróneo de este Código de 1964 fue reconocido en 1982 cuando se hizo una importante modificación. La mayoría de las instituciones tradicionales fue restablecida, entre ella la posesión y los servicios (...) Una de las principales tareas de la legislación democrática fue preparar un nuevo Código que encajara con la sociedad democrática y con la economía de mercado.* BELOVOSKY, Petr: Ob. cit., p. 9.

72 *El sector inmobiliario, incluida las variaciones de los precios de viviendas, están significativamente vinculado tanto al ciclo macroeconómico como a la estabilidad del sistema financiero.* PARRADO, Eric, COX, Paulo, FUENZALIDA, Marcelo: *Evolución de los precios de vivienda en Chile.* Disponible en «<http://www.bcentral.cl/index.asp>» [última visita: 10 de mayo 2012].

73 VARELA, C. (2006): «Objetivos y Políticas monetarias del Banco Central de Chile». Programa económico para la mayoría, Banco Central de Chile, p. 5. Disponible en «<http://www.bcentral.cl/index.asp>» [última visita: 10 de mayo 2012].

74 WEBER, Max: *La Ética Protestante y Espíritu del Capitalismo.* Editorial Gráfico SRL, primera edición, Alemania, 1905, pp. 37 y ss.

75 RUIZ, Mario y VALERO, Jairo: «¿Economía o derecho?». En *Revista Economía y Desarrollo*, Vol. 2, n° 2, 2003, p. 2.

76 *La creación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile (1937) coincidió significativamente con la difusión del revolucionario pensamiento económico de Keynes.* VILLALOBOS, Sergio: Ob. cit., p. 762.

77 SPIEGEL, Sharr: *Políticas Macroeconómicas y de Crecimiento.* Departamento de asuntos económicos y sociales Naciones Unidas, 2007, p. 18.

78 RUIZ, Mario y VALERO, Jairo: Ob. cit., p. 3.

a la realidad social, ambas concepciones económicas (que concuerdan en que el derecho de propiedad es un derecho de exclusión) se han tenido que reformular. Ya que, como señaló George Bernard Shaw, *si se colocaran a todos los economistas uno al lado del otro aún así no llegarían a una conclusión*⁷⁹.

Un observador imparcial en la actualidad dirá que las políticas macroeconómicas sobre la base de crecimiento a largo plazo (5, 10 ó 15 años) buscarán

*la tendencia del crecimiento de niveles de vida, salarios e ingresos reales está determinada principalmente por el crecimiento per cápita de la producción potencial. Pero, el producto potencial depende de la cantidad y calidad de insumos como trabajo y capital así como de la tecnología, del espíritu emprendedor y de las habilidades administrativas de una economía*⁸⁰.

Aquello se logra a través del Estado cuando se toma en serio su rol de institución encargada de maximizar las riquezas de la sociedad.

3.2 Acogiendo otras miradas

Como se señaló, es pertinente la nueva tendencia técnica del Ministerio de Bienes Nacionales en estas materias, ya que las planificaciones personales de los individuos que han sido beneficiados en cierta forma por las normas mencionadas no han sido suficientes para generar un desarrollo acorde a lo exigido en la actualidad, ni siquiera con la connotación que tiene la propiedad privada en nuestro sistema económico, *uno de los fundamentos de la economía de mercado*⁸¹, no es menor mencionar esto debido al tema de este ensayo, ya que según Belovsky *el carácter individualista se vería como el rasgo más negativo del concepto de posesión en el derecho romano*⁸².

Por lo anterior, generando un gran conjunto de las materias ya vistas (correcto entendimiento de las reglas sobre posesión material como regla estabilizadora, sentido y origen de los estatutos sobre regularización de inmuebles más la necesidad de tener siempre en vista las influencias micro y macro económicas de esta regulación) y sumado a la arraigada concepción de la inscripción garantía, es que se puede postular, para que sea objeto de un análisis más depurado; que cierto sector de la economía nacional se ha visto frenada por bastantes años existiendo personas : (1) Que desde antaño tienen bienes inmuebles inutilizados, así *por ejemplo, la volatilidad de los precios de vivienda podrían ser más alta entre los deudores mayores, quienes consideran su adquisición inmobiliaria como una inversión*⁸³, quedando de esta forma descartada la influencia de las teorías del justo

79 NORDHAUS, Samuelson: *Economía*. Editorial Grawn Hill, Decimoctava edición, Massachusetts, Estados Unidos, 2005, p. 719.

80 NORDHAUS, Samuelson: Ob. cit., p. 734.

81 TAPIA, Mauricio: Ob. cit., p. 146.

82 BELOVOSKY, Petr: Ob. cit., p. 5.

83 PARRADO, Eric *et al.*: Ob. cit., p. 4.

precio ya que *en un mundo donde los productos y servicios se venden a una gran cantidad de clientes anónimos, no puedo razonablemente esperar que mi negativa a comprar, aunque justificada, persuada al vendedor a bajar sus precios*⁸⁴⁻⁸⁵ (2) Algunos no utilizan por falta de necesidad; (3) Otros no hacen productivos sus bienes por falta de mecanismos o indumentaria básica, como sería el ejemplo de quien tiene un predio agrícola pero no los mecanismos necesarios para la plantación o riego; (4) Mero descuido, como sucede en casos de sucesiones que no se realizan por distintas causas; (5) Existiendo otro grupo que descansa en sus títulos para especular⁸⁶ con los precios⁸⁷⁻⁸⁸.

Específicamente, respecto del último punto mencionado (especuladores de precios) en materia de inmuebles habitacionales, en Chile entre el primer trimestre del año 2006 y diciembre del año 2007, los departamentos y casas registraron un aumento de precio del 12%⁸⁹. Estas cifras son interesantes debido a que los especialistas a la fecha de entrega de estos datos no se atrevían a decir que se había empezado a especular con los precios, pero los datos ahora son distintos y se debe tener presente que el rápido aumento de precio de las viviendas fue una de las principales causas de la crisis del 2008 en Estados Unidos. En Chile el año 2011 se ha generado un gran aumento en el precio de vivienda, y es un aumento generalizado en todas las propiedades, *el valor transado en viviendas usadas supera el 25% el del año anterior*⁹⁰, en el 2012 se han registrado alzas en los precios igualmente, específicamente en comunas donde se modificaron los planes reguladores, un ejemplo del alza de precio (\$23 millones aproximadamente) se ha generado debido que *ante la escasez de unidades en algunos sectores la gente se*

84 FRIEDMAN, David: Ob. cit., p. 8.

85 *La ventaja depende de un ambiente suficientemente estable de modo que conociendo de los precios pasados proporcione una regla simple para identificar un precio que esté probablemente dentro del margen de acuerdo de la otra parte. Funciona tanto mejor cuanto los negociadores pueden identificar los casos en que la regla no sirve—donde esto da lugar a que una parte exija un precio por encima del margen de acuerdo- (...) Los seres humanos tienen un módulo funcional en sus mentes que se ocupa de los intercambios con otros seres humanos. Una característica de este módulo, fuertemente imbuida por la evolución, es que los seres humanos empiezan a considerar las estipulaciones usuales de intercambio como justas y cualquier desviación de estas estipulaciones que las haga peores es probablemente un acto perverso de la otra parte.* FRIEDMAN, David: Ob. cit., p. 9.

86 *En FMI (2003) se analizan los índices de precios de vivienda de 14 países desarrollados durante el periodo 1970-2003. Los autores identificaron 20 episodios de estallido de burbujas inmobiliarias y 25 desplomes en el precio de los activos. En promedio, las correcciones reales de precios a la baja (estallidos) fueron de 30% y duraron cuatro años.* PARRADO, Eric et al.: Ob. cit., p. 13.

87 *El incremento observado en el precio de viviendas no es evidencia suficiente de que haya existido especulación en los precios por parte de los compradores. Cambios en los fundamentos económicos podrían explicar mejor el incremento de precios.* PARRADO, Eric et al.: Ob. cit., p. 13.

88 *Cfr. PARRADO, Eric et al.: Ob. cit., p. 6.* En Chile, por ejemplo, la información del Conservador de Bienes Raíces de Santiago indica que las casas se venden en promedio cada nueve años.

89 *Cfr. PARRADO, Eric et al.: Ob. cit., p. 8.*

90 DIARIO EL MERCURIO: «¿Burbuja inmobiliaria?», viernes 12 de agosto de 2011, A3.

*fija cada vez menos en los precios*⁹¹. Ya el último estudio sobre la materia realizado en Santiago por “MQ”⁹² revela un alza de precios de un 9%, comparando marzo del 2012 con noviembre del 2011, observándose un incremento en los valores UF/m².

Este no es un tema menor debido a que una burbuja de precios en el sector inmobiliario provoca numerosos efectos, aparte de los riesgos que toman las empresas constructoras, la cadena de pago de los consumidores queda condicionada a meras expectativas porque:

*las personas compran propiedades no por el uso que le van a dar para arriendo o habitación, sino por la expectativa de que aumentarán de precio. Y luego colapsan porque, eventualmente, los precios llegan a valores tan altos, que las personas no pueden acceder a los créditos hipotecarios para pagarlos, dado su nivel de ingresos*⁹³

Cabe destacar que este tipo de normativa sobre adquisición y regularización de inmuebles (con sus esperables mejoras en el procedimiento a través de la reforma) podría acabar (guardándose el resguardo de que en este punto sólo se puede dar la visión jurídica), ya que la prescripción que puedan sufrir sobre sus inmuebles es amenaza suficiente para que tomen un rol más activo en el sistema productivo, toda vez que, como manifiesta Rodríguez Grez *la prescripción, por lo mismo, es la única amenaza que sufre el propietario en cuanto a la conservación de su derecho. Ello en razón de que las cosas deben poseerse y explotarse y los derechos ejercerse para el beneficio social*⁹⁴.

En apoyo a los casos anteriores, al Estado le interesa hacer entrar al producto nacional de una u otra forma los bienes inutilizados, ya que macroeconómicamente sumarán en cuanto a aportes monetarios y, más si *la evolución de este sector puede tener un impacto importante, tanto en la demanda agregada como en la estabilidad financiera, a través de la exposición del sistema financiero a cambios en los precios de la vivienda*⁹⁵. Lo anterior se justifica porque aquellos que tenían bienes sin utilizar tendrán que producir, los que no tenían necesidad tendrán el temor de la prescripción, y si igualmente no les interesa utilizarlos arrendarán o venderán, aportando igualmente al desarrollo económico. En este sentido Luz Martínez⁹⁶ señala,

La ventaja económica de la usucapión es que elimina las dudas sobre la titularidad de los bienes y permite que la propiedad de los mismos vaya a ma-

91 DIARIO EL MERCURIO: «Arriendos suben hasta 40% ante explosivo aumento de la demanda», domingo 25 de marzo de 2012, B6.

92 Ver «www.mq.cl».

93 DIARIO EL MERCURIO (2012): “Arriendos suben hasta 40% ante explosivo aumento de la demanda”, domingo 25 de marzo de 2012, B6.

94 RODRÍGUEZ, Pablo: Ob. cit., p. 13.

95 PARRADO, Eric *et al.*: Ob. cit., p. 3.

96 MARTÍNEZ, Luz: Ob. cit., p. 11.

nos de aquellos que los están verdaderamente usando. Esta regla disminuye el coste de establecer reclamaciones de propiedad legítima, eliminando el riesgo de que se pueda discutir en torno al derecho de propiedad sobre la base de un pasado distante.

Otra de las justificaciones es que la usucapión evita que los recursos económicamente valiosos queden sin utilidad durante períodos prolongados de tiempo mediante el establecimiento de métodos para que el usuario “productivo” adquiera el título en detrimento de un usuario “improductivo”, y como se ha señalado, la vía para prescribir es la posesión.

¿Qué sucede con la especulación de precios basada en la doctrina de la inscripción-garantía? Si estas políticas tienen el efecto esperado a futuro, provocarán que los precios no sean los esperados debido a que el acceso a viviendas o terrenos productivos serán mayores, debiendo abandonarse el mundo de las especulaciones, siendo aquí donde toma total sentido la frase de Aristóteles citada al inicio del trabajo: *la única verdad es la realidad*, ya que se debe aprovechar lo existente y no vivir del anhelo del cumplimiento de ideas.

3.3 La importancia de un sistema coherente

Desde esta perspectiva, se puede replantear el rol estabilizador de la posesión material y de toda la lógica que la rodea, pero esta vez desde la estabilización de precios de bienes inmuebles víctimas de corrientes inflacionarias.

La estabilización de los precios está directamente relacionada al desarrollo macroeconómico de una nación⁹⁷. Pero si nos basamos en que a nivel general, *el objetivo de las políticas económicas consiste en maximizar el bienestar social duradero de manera equitativa y sostenible*, éste será un punto que reafirmará la teoría sobre la gran influencia de las políticas macroeconómicas en la normativa que se aborda en este trabajo.

Al hacer una referencia de tipo global en cuanto a las políticas de carácter técnico de la materia que nos reúne y de las políticas macroeconómicas a la que se ha volcado nuestra institucionalidad, la influencia de la economía de mercado afecta en forma general, y más específicamente en el sector privado. En este sentido, Jesús Águila-Real señala que *el Derecho ha de ser analizado económicamente. De hecho, el Derecho Privado occidental constituye la institucionalización de la economía de mercado. Las instituciones jurídicas están al servicio de los fines de los particulares*⁹⁸, por tanto todos los órganos del Estado deben confluir hacia una misma dirección, esto se puede apreciar de mejor forma en las políticas ma-

97 SPIEGEL, Sharr: Ob. cit., pp. 6 y ss.

98 Cfr. ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro: «Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho». En *Revista para el análisis del derecho*, 2007, p. 2. Disponible en «www.indret.com/es/index.php» [última visita: 10 de mayo 2012].

croeconómicas del Banco Central⁹⁹, las cuales nos permiten vislumbrar que esta es una tendencia generalizada de nuestra institucionalidad y la administración de nuestros bienes.

4. Conclusiones

Desde un principio la posesión ha servido como estabilizadora de la propiedad, pero a la par de las tendencias de los modernos regímenes basados en la inscripción de la propiedad para aparentar cierta seguridad jurídica, el fin que se buscaba con la posesión se pierde y se produce una inconsistencia lógica insalvable en el régimen de posesión inscrita. El no tener métodos de clausura del sistema posesorio puede provocar un estado de incertidumbre respecto de la titularidad de los derechos de propiedad que solo el sistema de posesión material puede salvar.

En base al contexto histórico de la normativa sobre posesión material y en específico sobre regularización de inmuebles, podemos vislumbrar que el legislador siempre ha estado en la necesidad de otorgar un rol relevante a la normativa que permita la adquisición de bienes inmuebles en base a situaciones de hecho cómo la posesión material. Igualmente es interesante hacer la reflexión sobre la historia y como se han contextualizado estos cuerpos legales, ya que ha sido denominador común en el surgimiento de estos estatutos la realidad económica en que se ha visto envuelto el país.

Son las políticas fiscales en materia de economía global del país uno de los principales provocadores y reactivadores de la generación de este tipo de normativa, lo anterior debido a que siempre el sector que ha basado su riqueza en bienes raíces ha significado un gran motor en la economía nacional, por lo que una política bien llevada en la materia podría significar una reactivación significativa, pero equitativa de un sector financiero importante de Chile. Por lo mismo es necesario repensar el sistema normativo de las normas de regularización y estudiar una ampliación para que abarquen bienes rurales y urbanos de la misma forma.

Mucho se ha hablado de que las personas que descansan en la inscripción conservatoria de sus bienes inmuebles tienden a especular con los precios de los mismos, pero en esta materia se debe obligatoriamente recurrir a la ciencia económica, la que según los datos manejados no es capaz de acreditar que este fenómeno especulativo es efectivo, aunque probable. Igualmente algunos autores estiman necesario mantener el régimen de posesión material vigente para de esta manera lograr una estabilización de los precios en la compra y venta de bienes raíces. Finalmente, se debe ser recatado y esperar la opinión y estudios de especialistas que provengan de áreas distintas a las jurídicas para reafirmar este punto.

99 ZÄHLER, Roberto: *Políticas macroeconómicas de Chile en los años noventa*. Disponible en «<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/4233/lcr1771e.html>» [última visita: 10 de mayo 2012].

NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE DAÑOS: LA INCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Felipe Oyarzún Vargas*

1. Introducción

El presente trabajo pretende ilustrar la irrupción de la teoría de imputación objetiva, propia del derecho penal, en materias de responsabilidad civil, entendiéndola como una válvula de escape, una posible solución a las problemáticas que en materia de daños -en particular de causalidad- se están produciendo, y que nuestro ordenamiento jurídico no está dando respuesta.

Para cumplir dicho propósito, en primer lugar, se analizará la causalidad como elemento de la responsabilidad civil en nuestro sistema normativo. En este acápite, se tratará la explicación del poco desarrollo de este elemento en Chile producto del sistema de responsabilidad que nos caracteriza, se observará que la causalidad es un requisito implícito para la concurrencia de responsabilidad, dado que no existe definición del concepto en nuestro Código Civil.

En segundo lugar, se desarrollarán las teorías imperantes de la causalidad en Chile, a saber: la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada. Nos centraremos en sus métodos para determinar el nexo causal, y cuáles son las críticas que se les han elaborado.

En tercer lugar, expuestas las críticas a las teorías dominantes en materia de relación de causalidad, se estudiarán casos problemáticos donde las señaladas teorías no dan respuestas útiles para la resolución del caso, incluso llegando a soluciones absurdas. Los casos que se verán son los de causalidad concurrente, de causalidad alternativa y los de causalidad hipotética.

En cuarto lugar, con la exposición de casos problemáticos, se explica la irrupción de la imputación objetiva en la responsabilidad civil, lo cual representa una nueva tendencia en el derecho de daños. Se detallarán sus antecedentes generales, la distinción entre causalidad material y causalidad jurídica, distintos criterios de imputación objetiva y las críticas que se le han elaborado a esta teoría en sede civil.

En síntesis, el trabajo busca a través del diagnóstico de nuestra situación actual, presentar la moderna teoría de la imputación objetiva (para el derecho civil) como una teoría apta para dar respuesta a distintos problemas que se presentan en el derecho de daños, que sepa dar auxilio a los problemas que nuestro derecho, anquilosado en teorías de larga data, no ha sabido responder de forma satisfactoria.

* Estudiante de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Ayudante del Departamento de Derecho Civil.

2. La causalidad como elemento de la responsabilidad

Son pocos los temas dentro de la responsabilidad civil que generan un debate tan intenso como la causalidad. Ésta es uno de los elementos que deben concurrir para determinar la responsabilidad civil en un caso concreto, ya sea contractual o extracontractual. La relación de causalidad es un elemento que implica la conexión entre un daño con un hecho concreto que se supone que lo causa, es decir, el requisito de causalidad *se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado*¹. El profesor Alessandri da definición propia de un sistema subjetivo de responsabilidad señalando:

*Hay relación de causalidad cuando el hecho -o la omisión- dolosa o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se habría producido*². [De modo general, se entiende como] *la relación que ha de existir entre los elementos hecho y daño*³. [Así,] *un delito o cuasidelito, obliga (...) a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él*⁴.

Sin embargo, el tratamiento de la causalidad en nuestro país no ha sido extenso o variado como en otros países, ni la doctrina ni la jurisprudencia han entrado de forma profunda y detenida a analizar el tema. Distintos autores de nuestra doctrina señalan que esto se debe a que nuestro sistema de responsabilidad tiene como gran fundamento un aspecto subjetivo (Baraona⁵, Domínguez⁶, Araya⁷, Cárdenas⁸), es decir, *la conducta negligente o dolosa del sujeto*⁹. Como señala el profesor Domínguez Águila,

(...) en este sistema [subjetivo], la búsqueda de causalidad es relativamente simple, porque en la generalidad de los casos la denominada equivalencia de las condiciones es un criterio que responde satisfactoriamente a las necesidades del juez que ha de resolver el caso. El que realiza un hecho ilícito, es decir culpable

1 BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 373.

2 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 176.

3 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: «Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad con especial referencia al derecho chileno». En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº209, Año LXIX, Enero-Junio, pp. 7-10.

4 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *Ob. cit.*, p. 174.

5 Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: «La causa del daño en la jurisprudencia reciente». En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, nº2, Mayo-Agosto del 2003, p. 347.

6 Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Ob. cit.*, p. 8.

7 Cfr. ARAYA JASMA, Fernando: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. LexisNexis, Santiago, 2003, p. 5.

8 Cfr. CÁRDENAS, Hugo (a): «Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños». En *Responsabilidad Civil y del Estado*, nº 19, noviembre, Ed. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Medellín, 2005, p. 37.

9 ARAYA JASMA, Fernando: *Ob. cit.*, p. 177.

*o doloso, es responsable por todo daño que no se habría producido si aquel hecho no ocurre*¹⁰. [Así,] nuestros tribunales han trasladado los problemas que presenta la relación de causalidad al análisis de la culpabilidad, dado que para la doctrina tradicional en la raíz de la cuestión causal se encuentra [el] comportamiento culpable o doloso del demandado y esto hace que el asunto de causalidad pierda relevancia¹¹.

A su vez, en nuestro Código Civil, al igual que su símil en Francia, no se incluye ninguna definición expresa en algún precepto de la relación de causalidad. Sin embargo, se pueden extraer nociones de causalidad a partir de ciertos artículos, como por ejemplo, el Artículo 2314 que señala que se va a imponer una sanción a quien resulte responsable de un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro. De esta forma, en Chile, el Código Civil si bien no define formalmente a la causalidad como un requisito de la responsabilidad, sí lo contiene implícitamente como uno de sus elementos¹². Del mismo modo, nuestra Corte Suprema a través de sentencias¹³ ha conceptualizado y establecido la necesidad de la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil. Así, nuestra principal magistratura señala que *la relación de causalidad no está definida, por lo que debe entenderse (...) entre un acto ilícito y un determinado daño existirá relación causal si el primero engendra el segundo y éste no puede darse sin aquél*¹⁴.

En definitiva, la relación de causalidad no puede faltar para atribuir responsabilidad, siempre se debe probar la relación entre el hecho con el daño. Como señala el profesor Araya, *hoy los autores, tanto nacionales como extranjeros, exigen el nexo causal como uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, y sin el cual ésta no se configura*¹⁵. Es más, la doctrina es conteste en señalar que la sentencia que desconoce *la exigibilidad de este requisito u omite comprobar su concurrencia, viola las normas legales que lo imponen y es por tanto, susceptible de casación*¹⁶.

En el derecho de daños existen distintas teorías de causalidad, cada una de ellas reúne distintas exigencias relativas a la conexión del hecho con el daño. No obstante, todas conllevan el requisito de garantizar que si se va a condenar a una persona a pagar una indemnización en razón de que efectivamente esa persona generó el daño, debe existir una reciprocidad entre el daño y la acción de una persona.

10 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Ob. cit., p. 14.

11 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: Ob. cit., p. 347.

12 A su vez, existen otros Artículos (2318,2319, 2325, 2326) que implícitamente reconocen la relación de causalidad. El requisito aparece de forma expresa en leyes especiales como el Artículo 14 de la Ley nº18.287, el Artículo 52 inciso 2º de la Ley nº 19.300.

13 El profesor ARAYA JASMA destaca distintos fallos que resaltan la exigencia de causalidad, por ejemplo: Corte Suprema, 16 de octubre, 1954, R., t.51, sec.1º, p. 488: *El culpable debe ser la causa directa y necesaria del daño*.

14 Sentencia de Corte Suprema, de 16 de octubre de 1954, citada en CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 180.

15 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 6.

16 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 10.

3. Teorías de causalidad

La doctrina ha elaborado teorías que persiguen distintas finalidades en relación a la determinación del nexo de causalidad. Son teorías que buscan definir qué es lo que debe entenderse por causa de un daño, en otras palabras, pretenden establecer criterios que nos permitan saber cuándo en un caso concreto estamos ante la causa de un daño. Se distingue entre dos tipos de teorías: las empíricas y las normativas. Las primeras *intentan localizar el momento causal observando los fenómenos empíricos o naturales, y emplazando la conducta humana dentro del cortejo de acontecimientos que ocurren en la naturaleza según las leyes físicas*¹⁷. Las segundas, *si bien parten de la observación del suceder causal empírico, estiman imprescindible, para asignar el rol de causa, efectuar valoraciones normativas que superen el marco de las previsiones y conexiones de la mera causalidad física*¹⁸. Revisaremos en un primer momento las dos principales teorías empíricas que son: la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada.

3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones

Basada en los planteamientos del pensador inglés John Stuart Mill y desarrollada por Von Buri¹⁹. Esta es la teoría dominante en nuestra Corte Suprema y de gran parte de la doctrina en razón de su simplicidad²⁰. En la teoría de la equivalencia de las condiciones, *no es posible distinguir de entre las varias condiciones que concurren para producir un resultado (dañoso), cuál es más causa que otra. Todas ellas son equivalentes en cuanto a causalidad*²¹. Así, la idea matriz de esta teoría propugna el rechazo de cualquier distinción entre las condiciones ya que todas ellas han sido igualmente esenciales en la producción del efecto.

Para determinar cuándo un hecho es causa de un daño se vale del mecanismo de la *supresión mental hipotética*, el cual consiste en que si se quiere saber si un hecho es causa de un daño, se debe realizar un proceso imaginario, hipotético, consistente en señalar que si hay un daño se tiene que averiguar la causa, e imaginarse si ese daño se hubiese producido si se suprimen esos hechos. De esta forma, se conoce *si un factor es verdaderamente condición del resultado, y por tanto equivalentemente causa*²², entendiendo como condición *el antecedente cuya supresión (hipotética) hubiese impedido la realización del resultado*²³.

Por ello, es que si se suprime uno de esos hechos que originan el daño, y el resultado todavía se produce, es porque ese hecho no es causa de ese daño. En

17 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 183.

18 *Ibidem*.

19 Cfr. ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 20.

20 Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: Ob. cit., p. 177.

21 CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 183.

22 CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 184.

23 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 21.

cambio, si se realiza esta supresión mental hipotética, y suprimido el hecho también desaparece el daño, es porque ese hecho es causa de ese daño, es decir, el daño no existe sin ese hecho determinado.

A raíz de lo anterior, la gran crítica a esta teoría tiene relación con su amplitud para resolver el problema causal, dado que utilizando el mecanismo atribuido a esta teoría se puede seguir en un curso causal infinito buscando una responsabilidad de alguien. En otras palabras, el problema es que no limita la causalidad, lo cual llevaría a situaciones absurdas por su extensión y exageración, dado que se considerará como causa no sólo las condiciones inmediatas, sino también las mediatas, incluso las causas de las causas. Así, por ejemplo, el delito de adulterio; si se observa engañando al cónyuge sobre un mueble, también sería responsable el carpintero que hizo el mueble, dado que si no hubiese habido mueble no se estaría cometiendo el adulterio.

Lo descrito en el párrafo anterior se trató de aminorar introduciendo criterios correctivos, destacando el criterio de la previsibilidad. Éste resulta un paliativo para el caso concreto, dado que lo que se debe hacer es precisar para quiénes el daño era previsible, de esta forma, al analizar la cadena causal se debe realizar la pregunta de para quién era previsible. Siendo afirmativa la respuesta, la persona debe responder. *A contrario sensu*, ante la respuesta negativa sobre la previsibilidad del hecho, la persona no respondería.

Así, existen situaciones que escapan a lo esperable de un acontecimiento, por lo tanto, al no ser previsible, si bien pueden llegar a ser causas de un daño, no se podría atribuir responsabilidad por ese hecho a la persona. Con este criterio es que la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido limitada. No obstante, el problema transcurre con que el criterio de previsibilidad es propio de la culpa y no de causalidad. Así, *resolver de esta manera los problemas de determinación de la responsabilidad y de la extensión de la reparación, no sólo resta importancia a la causalidad, sino que la vacía completamente de contenido*²⁴.

De esta forma, no es correcto aplicar la previsibilidad a materias de causalidad²⁵, dado que la culpa es un elemento subjetivo, depende de la persona que causó el daño; es en el caso concreto donde se debe ver si el daño que causó era o no previsible. En cambio, la causalidad es un hecho objetivo, un hecho material que vincula un daño con un resultado, donde no se analiza la voluntad de una persona. Técnicamente, la previsibilidad no se debe ocupar en la causalidad, no obstante se utiliza y es fruto de un fuerte debate en la doctrina.

En síntesis, la teoría de la equivalencia de las condiciones plantea el problema de su extensión y amplitud, lo cual nos lleva a resultados absurdos, y aunque se utiliza el criterio de la previsibilidad como límite, éste pertenece a materias propias de la culpa y no de causalidad.

24 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 38.

25 *podrá criticarse que de ese modo se confundan las cuestiones de culpabilidad y causalidad material, (...) pero esa observación se mantiene en el ámbito del purismo doctrinario y no tiene relevancia si las soluciones en los hechos resultan aceptables. Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Ob. cit., p. 16.*

3.2 La teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría fue expuesta por primera vez por el alemán Von Kries en 1888, pero se admiten como antecedentes previos las reflexiones de Von Bar en 1871²⁶. Ésta parte de la base de aceptar los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones, es decir, señalan que todos los hechos mentalmente suprimidos que implican también la supresión del daño son causa del daño, no obstante, destacan el problema que este mecanismo nos lleva a resultados completamente desproporcionados.

La teoría de la causalidad adecuada para determinar cuáles son las causas que provocan un daño y por tanto, qué personas son las que finalmente van a responder por éste, se ciñe al concepto de una causa adecuada, *haciendo una distinción entre las condiciones que concurren en la producción del daño*²⁷. En otras palabras, de todo el cúmulo de causas que llevan a un daño, debemos seleccionar aquellas adecuadas para provocar un daño, *no cualquier condición (...) podrá ser retenida como causa, sino que sólo llamaremos causa del perjuicio la o las condiciones que se encuentren unidas al daño por un vínculo adecuado de causalidad*²⁸.

Para determinar cuáles son las causas adecuadas (para realizar ese daño), debemos sujetarnos al *curso normal de los acontecimientos*, lo cual requiere necesariamente un *juicio de probabilidad*. Así, una causa será adecuada para causar un daño cuando de acuerdo al curso normal de los acontecimientos exista una alta probabilidad de que un hecho cause un daño. Como indica el profesor Prevot,

*según esta teoría, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, conditio sine qua non del daño, sino que es necesario, además, que, en virtud de un juicio (hipotético-retrospectivo) de probabilidad, basado en las máximas de la experiencia, resulte una causa adecuada para ello*²⁹.

Así, un hecho será adecuado para producir un daño, cuando sea probable que pueda producir ese daño. En palabras del profesor Hernán Corral,

*sólo será causa (...) la condición que es adecuada por sí misma para generar el resultado realizado en la situación concreta. El juicio de adecuación proviene de los datos de la experiencia afincados en el prototipo de un hombre prudente más los conocimientos particulares del autor. [De esta forma,] todas las consecuencias remotas que no hayan podido ser previstas por anormales, según el curso común de los hechos, no serán retenidas como daños reparables por falta de relación de causalidad*³⁰.

26 Cfr. ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 27.

27 CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 185.

28 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 27.

29 PREVOT, Juan Manuel: «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº15, diciembre 2010, p. 161.

30 *Ibidem*.

Si bien esta teoría tiene el mérito de limitar la extensión de causalidad, aminora el problema de la amplitud presente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, la crítica que se indica a esta teoría es que un juicio de probabilidades es necesariamente incierto, debido a que depende de quién es la persona que realiza el juicio, es decir, depende del juez. En definitiva, la teoría de la causalidad adecuada *no brinda un criterio cierto para la noción de causalidad [dado que] las ideas de probabilidad o previsibilidad son demasiado vagas y susceptibles de diversas apreciaciones*³¹. Otra crítica que se le indica es que al introducir la valoración que lleva consigo la teoría de adecuación se sale del plano de la causalidad para incursionar en lo normativo, se le cuestiona que al identificar la adecuación con la previsibilidad se confunde la causalidad con la culpabilidad, dado que tanto dolo como culpa suponen también un juicio de previsibilidad en el resultado. Como señala el profesor Prevot, la doctrina de la adecuación no logró alejar de sí la sospecha de mezclar indiscriminadamente la causalidad con la culpabilidad³². Así, la crítica que se le dirige a esta teoría es que *la reintroducción de la idea de falta de previsibilidad, idea psicológica y que no puede servir para determinar un elemento objetivo de la responsabilidad, como es la causalidad*³³, sólo sirve para determinar un elemento subjetivo como la culpa.

4. Casos problemáticos

Los problemas de causalidad no se manifiestan de manera grave cuando es provocado por un hecho concreto. Uno de los mayores problemas de la causalidad se presenta cuando un daño es causado por múltiples agentes, de tal manera que, en muchos casos, no se sabe qué agente provoca el daño, o si son varios cuál es la cuota de producción, y por tanto, la responsabilidad de cada uno de esos agentes en el daño. En estos casos, la dificultad es saber quién es el autor material del daño:

*Se debe tener presente que la utilización de un concepto global de causalidad unido a una teoría eminentemente fáctica como la conditio sine qua non, pueda resolver satisfactoriamente los casos simples (aquellos en los que el hecho ilícito solo se ve involucrada una conducta), la cuestión se torna mucho más compleja en aquellos otros en los que se ven involucradas las llamadas conductas omisivas, los supuestos de causalidad concurrente, y todos los que dicen relación con la responsabilidad objetiva donde los problemas de la teoría de la conditio sine qua non son (...) conocidos*³⁴.

Ante el escenario descrito, surge la necesidad de revisar nuevas tendencias en materia de causalidad. En ese sentido, existen distintas figuras que presentan las

31 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 29.

32 Cfr. PREVOT, Juan Manuel: «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°15, diciembre 2010, pp. 161-164.

33 ARAYA JASMA, Fernando: Ob. cit., p. 29.

34 CÁRDENAS, Hugo (b): «La relación de causalidad: ¿Quaestio facti o Quaestio Iuris?». En *Revista Chilena de Derecho*, Comentario de Jurisprudencia, Vol. 33, n°1, 2006, p. 172.

siguientes características: la primera es que no se encuentran especialmente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. La segunda, es que todas las formas de daño constituyen o pueden constituir situaciones que no son posibles de resolver utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones. Los casos son de:

4.1 Causalidad concurrente

Se presenta en aquellos casos en que varias actividades producen un daño, verificándose en circunstancias tales que cada una de ellas por sí sola sería capaz de producir todo el daño, es decir, *cuando ambas actúan para producir el resultado, pero uno sólo habría bastado para desencadenarlo*³⁵. Como señala el profesor Pantaleón, se refiere a

*dos series causales de origen independiente [que] concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso; pero cualquiera de ellas hubiera bastado por sí sola para producir un evento sustancialmente idéntico, en su naturaleza y forma de acaecimiento, al que ha tenido lugar*³⁶.

Lo importante para que estemos frente a este tipo de curso causal complejo o atípico, es que todas las actividades se realicen al mismo tiempo y que el daño se produjera por cada uno de ellas al mismo tiempo³⁷. En este caso, utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones, se observa que el resultado se hubiera producido igualmente, *en virtud de la causa simultánea que, por sí sola, bastaba para producir el daño*³⁸.

Por ejemplo, dos personas (A y B) en forma separada y sin saber del otro, deciden quemar la misma casa. Ellos no están concertados, pero uno decide ir por detrás y otro por delante. Si se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones para este caso, es decir, si utilizamos el método de la supresión mental hipotética, ninguno de los dos resultaría responsable del hecho dañoso toda vez que al suprimir su conducta igualmente se estaría provocando el resultado, el daño se mantiene. Es decir, para la persona dueña de la casa quemada no habría resarcimiento utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones.

4.2 Causalidad alternativa

También conocida como el daño causado por miembro indeterminado de un grupo o causalidad difusa, consiste en que un daño es causado por un agente, una persona, un individuo, que forma parte de una asociación y al que no es posible identificar. En otras palabras, se presenta *cuando el daño se debió al hecho culpa-*

35 AEDO BARRENA, Cristián: «El uso de estacionamientos como acto de consumo: reflexiones sobre la causalidad y la culpa». En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, nº 1, 2010, p. 218.

36 PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación*. En AA. VV. Centenario del Código civil, t. II, Madrid: Asociación de profesores de Derecho Civil, 1991, p. 1561.

37 Cfr. CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 35.

38 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 164.

*ble de uno o más entre varios candidatos a responsables, sin que resulte posible determinar cuál concretamente lo desencadenó*³⁹. De esta forma, *puede suceder que la autoría de la conducta lesiva, y con ello la constatación del nexo causal, se diluyan entre la pluralidad de personas que integran un mismo grupo*⁴⁰. Se diferencia de la causalidad concurrente en que en esta última se requiere que cada actividad haya causado todo el daño o pueda causar todo el daño, mientras que en la causalidad alternativa el daño es causado por un solo agente que no está identificado. En otras legislaciones se ha determinado la responsabilidad para cada uno de los posibles responsables (por ejemplo BGB alemán), en Chile se trata este tipo de casos por ruina de edificios y caída de objetos (que establecen una regla proporcional de responsabilidad), lo cual constituye una excepción al principio de solidaridad establecido en el Artículo 2317⁴¹ del Código Civil.

Por ejemplo, el daño ambiental provocado por uno o más agentes contaminadores, en el que no puede ser definido cuál es la responsabilidad de cada agente en la producción del daño. También se puede mencionar el caso de daños a la salud causados por productos farmacéuticos o de consumo, cuando no es posible identificar de forma precisa al fabricante. En este tipo de casos, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, *es imposible alcanzar conclusión alguna de la relevancia sobre la participación causal de cada uno de los integrantes de la colectividad*⁴².

4.3 Situaciones de causalidades hipotéticas o potenciales

En otras ocasiones, el hecho que genera el daño efectivamente ha sido desencadenado por la conducta del agente, frente al que se le pretende establecer la obligación de indemnización, pero *se demuestra que el daño igualmente se hubiese producido sobre la base de un evento natural o en función de la conducta de un tercero, que daría lugar a su responsabilidad*⁴³.

Como indica el profesor Barros, se trata de situaciones en que el daño, *que causalmente ha sido provocado por el hecho culpable, de igual modo se habría producido si el hecho culpable no se hubiese realizado*⁴⁴. A su vez, el profesor Cárdenas destaca otra posibilidad de esta teoría donde el comportamiento ilícito del agente resultaría sin importancia dado que de todas formas se hubiese producido aunque su actuar hubiera sido diligente. Se diferencia con la causalidad concurrente, toda vez que en ésta *todas las condiciones actúan efectivamente en la producción del daño* [mientras que en las situaciones de causalidad potencial] *una de las causas permanece hipotética, no hay concausas, sino alternatividad del curso causal*⁴⁵.

39 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 426.

40 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., pp. 159-160.

41 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 426.

42 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 165.

43 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 158.

44 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 406.

45 AEDO BARRENA, Cristián: Ob. cit., p. 218.

Por ejemplo, “A” le saca el auto sin permiso a sus padres y lo choca “B”. “A” al volver a su casa se da cuenta de que la casa se ha incendiado, incluido el garaje donde se debía haber encontrado el auto. “B” podría defenderse utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones, con su método de supresión mental hipotética, en virtud de que si eliminamos el choque de autos, igualmente el daño se hubiese producido producto del incendio.

Estos son algunos de los posibles casos donde la teoría de la equivalencia de las condiciones no da una respuesta útil para la solución en la determinación de a quién se atribuye responsabilidad por el hecho. Lo importante, lo destacable de exponer estos distintos casos problemáticos, es constatar que *son variados y complejos los problemas que presenta la relación de causalidad en la responsabilidad civil, lo que contrasta poderosamente con la escasa atención que al mismo le ha dispensado la doctrina nacional*⁴⁶.

Con la presentación de estos casos, observamos que una teoría con criterios y mecanismos tan básicos como la teoría de la equivalencia de las condiciones, aporta poco para los casos de concurrencia de causas⁴⁷. Como indica el profesor Pizarro, *parece acertado afirmar que la equivalencia de las condiciones no siempre resulta autárquica para la solución de los problemas de causalidad*⁴⁸. Así, resulta imprescindible recurrir a un *ulterior correctivo que permita tanto adecuar como modular (...) los excesos de la conditio sine qua non*⁴⁹. Por ello,

*parece razonable construir una noción de causalidad jurídica, que lleve a un juicio de imputación, es decir, a una atribución de un hecho a una persona, por la vía de un juicio normativo, en el que ha de buscarse la conexión del hecho con la posición del demandado respecto del hecho*⁵⁰.

En palabras de Adriano de Cupis, debemos preocuparnos *de averiguar no ya cuándo el daño pueda decirse por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino más bien cuando ese daño, pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano*⁵¹.

46 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 36.

47 Cfr. AEDO BARRENA, Cristián: Ob. cit., p. 221.

48 PIZARRO WILSON, Carlos: «Causalidad. Admisión del recurso de casación en el fondo por infracción a las reglas de la causalidad». En *Gaceta Jurídica*, Comentarios de Jurisprudencia, Corte Suprema 4ª Sala, 26 de enero de 2004, Rol N° 2497-02, 2004, p. 123.

49 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 165.

50 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: Ob. cit., p. 349.

51 DE CUPIS, Adriano: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Giuffrè editore, 3ª ed, Milano, vol.1, p. 217 en PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 165.

5. La irrupción de la imputación objetiva

5.1 Antecedentes generales

Otra de las críticas que se formula de manera común a ambas teorías, tanto a la teoría de la equivalencia de las condiciones como a la teoría de causalidad adecuada, es que ambas intentan elaborar una solución general y única para todos los problemas causales, es decir, pretenden ser teorías universales. Lo anterior, obviando lo que ya describimos, dice relación con que existen muchos problemas causales que por sus características deben ser solucionados con criterios distintos y no pueden quedar sujetos a un solo y único criterio, dado que *no pocas veces sucede que, ante determinados sucesos, es muy difícil, (...) establecer cuál o cuáles han sido las causas relevantes, a los efectos jurídicos, para producir el menoscabo*⁵². Pareciera ser, en palabras del profesor Cárdenas, *que para algunos casos resulta necesario buscar otras alternativas que nos entreguen soluciones más justas, más eficaces y más económicas*⁵³.

Como señalamos al comienzo, en nuestro país se ha optado por un sistema de responsabilidad subjetivo, donde la causalidad se entiende solamente como una cuestión de hecho, toda vez que *cuando el sustrato de responsabilidad es subjetivo, la diligencia o negligencia de la víctima puede cumplir con la misma función*⁵⁴, es por esto que sigue actuando con fuerza la teoría de la equivalencia de las condiciones en el sistema de responsabilidad nacional.

Sin embargo, es ante este panorama donde la imputación objetiva aparece como una opción válida para la resolución de distintos casos problemáticos, la cual

*logra (...) sus mejores resultados en la solución de supuestos de alta complejidad causal, lo que a su vez la convierte en instrumento apto para ser utilizada por el sistema de responsabilidad civil*⁵⁵ [y además limita] *la responsabilidad por los efectos consecuentes que pueden seguirse del daño inicial*⁵⁶.

Con el afán de enfrentar estos problemas (y superar las críticas a las teorías empiristas), los penalistas alemanes de fines del siglo XIX y comienzos y mediados del siglo XX, desarrollaron lo que se conoce con el nombre de la teoría de la imputación objetiva. De esta forma, esta teoría consiste precisamente

*(...) en suministrar criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias dañosas del hecho al posible responsable*⁵⁷.

52 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 154.

53 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 34.

54 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: Ob. cit., p. 354.

55 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 37.

56 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 392.

57 PREVOT, Juan Manuel: Ob. cit., p. 166.

En este punto, es importante destacar el aporte de Karl Larenz en el campo de la responsabilidad civil, toda vez que éste entiende la causalidad como *una investigación acerca de la existencia de una imputación, es decir, el intento de delimitar dentro de los acontecimientos accidentales un hecho que puede ser considerado como propio (imputable) de un hombre*⁵⁸. Así, la pregunta que nos va a interesar responder no es si un acto es causa de un daño, sino que si a ese acto se le puede imputar jurídicamente a alguien, generando responsabilidad una vez que respondemos afirmativamente que el resultado es imputable al acto del autor. Cabe destacar que si bien la imputación objetiva tiene mayor aplicación en el ámbito penal, también está empezando a ser aplicada en el ámbito civil, en particular por cierta parte de la doctrina civil española, lo cual ha sido recogido en los principios de derecho europeo de responsabilidad civil, publicados el 2005, lo cual representa la tendencia más moderna en derecho de daños en Europa.

5.2 Causalidad material y causalidad jurídica

La teoría de la imputación objetiva sostiene que la determinación de la causalidad material es un antecedente necesario de responsabilidad, sin embargo, no es suficiente. En palabras del profesor Baraona,

*no puede orientarse hacia la formulación de un juicio exclusivamente de tipo empírico, porque ello equivaldría a investigar una causalidad de carácter material o de naturaleza física que en ciertos casos sólo sirve como presupuesto primario para reprocharle a alguien una determinada conducta, pero es insuficiente, en sí misma, para establecer una verdadera valoración jurídica*⁵⁹.

Esto dado que puede haber muchos hechos que sean antecedentes de un daño, más no por eso se les va a imputar responsabilidad a todos esos daños. Asimismo, el autor de un daño puede con esa misma conducta causar varios daños, y no por eso va a responder por todos, a pesar de estar vinculado materialmente con ellos, por ello que *sólo un resultado imputable al acto del autor puede generar responsabilidad*⁶⁰.

Por lo anterior, la imputación objetiva realiza una distinción sustancial para su aplicación, a saber: no es lo mismo determinar si un hecho está relacionado materialmente con un daño que imputar jurídicamente responsabilidad a ese hecho por ese daño. De aquí que resulta necesario distinguir entre dos conceptos diferentes: la causalidad material y la causalidad jurídica⁶¹. La primera es aquella que une físicamente un hecho con un daño, en otras palabras, es el aspecto natural que *se expresa en una relación empírica de causa a efecto entre el hecho y el daño*⁶². Mientras que la segunda es aquella que resulta de la selección que se realiza de

58 CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 188.

59 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: Ob. cit., p. 348.

60 CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 189.

61 Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Ob. cit., p. 1563.

62 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 374.

los hechos materialmente unidos con el daño, escogiendo aquellas a las cuales se les va a atribuir jurídicamente la responsabilidad. Dicho de otro modo,

*[Una tiene] relación con lo que ha sucedido o acontecido en el mundo real (cuestión de hecho), [mientras que la otra] con la manera en que ha de clasificarse y determinarse lo sucedido, atendiendo a los distintos criterios contenido en el ordenamiento jurídico (cuestión de derecho)*⁶³.

La determinación de cada uno de estos conceptos expuestos es a través de mecanismos distintos. En el caso de la causalidad material, ésta se determina necesariamente a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones (permite descartar aquellos antecedentes o circunstancias que no tienen relevancia con el hecho dañoso). En el caso de la causalidad jurídica, se tiene que determinar de acuerdo a criterios normativos establecidos, ya sean por el legislador o por la jurisprudencia a falta de ley. Así:

*El problema de si existe un nexo de causalidad entre la conducta del actor (acción humana), al igual que el de cualquier otro nexo de causalidad no es un problema jurídico [sino que fáctico]; el legislador no tiene injerencia -ni puede tenerla- en mundo (...) fáctico. [Tras haber establecido el nexo causal] y de haber contribuido varios protagonistas a la perpetración del hecho dañoso, es decir, decidir a cargo de quién y en qué medida deben ponerse los resultados del hecho dañoso, constituye un problema de valoración jurídica o imputación y no de causalidad [cuestión de derecho]*⁶⁴.

Una vez explicados los conceptos y la forma en que se determinan, la imputación objetiva establece que deben distinguirse en su aplicación cronológicamente. Como señala el profesor Barros, establecido un daño que tiene como causa necesaria un hecho ilícito, resta aún preguntarnos si ese daño consecuencial, que es el resultado de la intervención conjunta de otras causas, puede ser normativamente imputado al hecho ilícito que provocó el daño inicial⁶⁵.

Así, en primera instancia, se determina la causalidad material (a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones) y posteriormente la causalidad jurídica, es decir, escoger cuáles de las causas materiales del hecho dañoso son las que en definitiva tendrán que responder, lo cual se determinará mediante criterios normativos, los cuales son llamados *criterios de imputación objetiva*⁶⁶. De este modo, de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva el establecimiento de la causalidad en un caso concreto, implica dos operaciones.

63 CÁRDENAS, Hugo (b): Ob. cit., p. 170.

64 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., pp. 41-42.

65 Cfr. BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 393.

66 CÁRDENAS, Hugo (b): Ob. cit., p. 173.

En palabras del profesor Barros

se ha visto que el principio de la causa necesaria permite unir en el sentido más elemental el hecho con el daño. Sin esa causalidad natural no existe razón alguna para atribuir responsabilidad. El principio de la equivalencia de las condiciones tiene la función práctica de expresar precisamente esa relación empírica inexcusable. Sin embargo, de la sola circunstancia de que un hecho negligente aparezca como condición necesaria de un cierto daño, no se sigue que su autor deba ser siempre tenido por responsable. (...) Por eso, aunque el principio de la causa necesaria establece una condición para que haya responsabilidad, sus efectos tienen que ser complementados mediante un juicio normativo (esto es, valorativo) para que se puedan atribuir objetivamente los daños a ese hecho culpable⁶⁷.

De esta forma, consideramos correcto el planteamiento del profesor Cárdenas al establecer *que para realizar la valoración jurídica (imputación objetiva) que nos permitiría determinar quién y en qué medida ha de ser considerado responsable, podrían servir varios de los criterios que la dogmática civil [europea] ha venido empleando⁶⁸.*

Es en este sentido que resulta una gran novedad el fallo de nuestra Corte Suprema el 26 de enero del 2004⁶⁹, la cual se distancia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y realiza la distinción entre causalidad material y causalidad jurídica (la Corte Suprema entiende que la cuestión causal importa, cuando menos un componente normativo, y como tal susceptible de ser revisado en casación, lo cual rompe completamente con la postura histórica de nuestra Corte Suprema de entender la causalidad sólo como una cuestión de hecho, por lo cual no se revisaba a través de casación).

Dicha sentencia abre puertas que se mantenían cerradas en nuestro sistema de responsabilidad civil⁷⁰, dado que *acaba con una doctrina que, a pesar de tener larga raigambre, se venía denotando obsoleta a efectos de dar respuesta a las nuevas circunstancias causales que un mundo mucho más tecnificado puede dar origen⁷¹.* Este fallo en su considerando cuarto señala:

que tradicionalmente se ha estimado que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa y si bien estas expresiones resultan un tanto vagas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el natura-

67 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 383.

68 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 43.

69 Sentencia de Corte Suprema, Rol n° 2497-02.

70 Como señala el profesor PIZARRO WILSON: *el rechazo al control de casación ha significado la ausencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de qué debe entenderse por vínculo causal así como cuáles son las teorías apropiadas para determinarlo y a seguir por las jurisdicciones de fondo.* En PIZARRO WILSON, Carlos: Ob. cit., p. 122.

71 CÁRDENAS, Hugo (b): Ob. cit., p. 172.

*lístico y el normativo. El primero exige, una relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa a efecto, y el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho*⁷².

Con esto, la Corte entiende el doble aspecto de la causalidad y resuelve de manera correcta el caso⁷³.

5.3 Criterios de imputación objetiva

La doctrina penal alemana ha propuesto una serie de factores, los cuales el profesor Pantaleón propone que la dogmática civil recoja, que tendrían que considerarse como criterios de imputación objetiva. Éstos no son taxativos, pero sí los que existen presentan características comunes. En primer lugar, pueden ser utilizados más de uno para determinar la causalidad jurídica en el caso concreto, en otras palabras, un juez puede utilizar el criterio que le parezca más pertinente para resolver cada caso. En segundo lugar, ellos no tienen un valor absoluto, dado que constituyen juicios de valor, que podrá variar en cada caso concreto. Mencionaremos los siguientes criterios:

5.3.1 Criterios de imputación objetiva

Consiste en que no deben considerarse causas de un daño aquellas circunstancias que están materialmente vinculadas con el daño pero que no son sino la materialización de un riesgo que puede considerarse cotidiano o habitual en la vida normal de las personas. En otras palabras, este criterio plantea negar la imputación *de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado*⁷⁴, ya sea por la actividad particular que realiza la persona o estén entrelazados a costumbres de la sociedad.

Por ejemplo, “A” se dispone a tomar taxi y llega “B” que le hace consulta sobre un tema particular de la empresa, con esto el primero pierde el taxi. Acto seguido, toma otro taxi y choca en él. ¿Puede pedir indemnización al compañero que le impidió tomar el primer taxi? De acuerdo al criterio expuesto, el hecho de que una persona pierda taxi, por cualquier razón que sea, forma parte de la vida ordinaria, es un riesgo general de vida que asumimos en nuestra vida como sociedad. De esta forma, siguiendo el ejemplo, debería demandar no a “B” (que fue quien me hizo perder el taxi), sino que buscar responsabilidad en “C” que fue quien chocó con el taxi no respetando una luz roja.

72 Sentencia de Corte Suprema, de 26 de enero del 2004. En *Gaceta Jurídica*, N°283, enero, 2004, considerando cuarto.

73 Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos: Ob. cit., p. 125.

74 PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Ob. cit., p. 1566.

5.3.2 Criterio de la norma fundamentadora de responsabilidad

De acuerdo a este criterio, no pueden considerarse como causa de un daño aquellos hechos que no están dentro del margen de protección de la norma que se invoca como fundamento de la responsabilidad. En otras palabras, la responsabilidad sólo puede originarse por la vulneración de un deber contenido en una norma, se basa en la idea de que los deberes legales tienen fines específicos que intentan proteger ciertas personas, sirven determinados intereses, o pretenden que no se creen determinados riesgos. Como señala el profesor Corral, *los daños que pueden ser imputados son aquellos causados dentro del ámbito de protección de la norma que los prohíbe*. Así, por ejemplo, no se puede imputar al homicida el estado de *shock* emocional que le produce a un tercero la noticia de la muerte de la víctima, dado que el riesgo de estas consecuencias secundarias no está incluido en la prohibición del homicidio⁷⁵.

El profesor Pantaleón ofrece un ejemplo en España de este criterio (Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo Español el 22 de febrero de 1946)⁷⁶, se trató de un caso de mineros que fueron obligados por su empleador a trabajar un día domingo, con lo cual se vulneraban las leyes laborales. Estando los mineros en su hora libre, de forma irresponsable manipulan explosivos a causa de lo cual algunos mineros murieron y otros terminaron con lesiones. De esto, los familiares de los mineros demandan al dueño de la mina, señalando que era responsable de los daños dado que los hizo trabajar un día domingo. El Tribunal estableció que el dueño de la mina no era responsable, dado que las normas que impiden que una persona pueda trabajar un domingo no tienen por objeto proteger al trabajador de un accidente, sino que tiene por objeto que éste descance. En definitiva, *la determinación de esa conexión de ilicitud supone juzgar los hechos a la luz de una interpretación teleológica de la norma que establece el deber de cuidado*⁷⁷.

Es decir, el fin de protección de la norma no es la salud física, sino que es la protección de su descanso de su jornada laboral. Al invocar una norma que su finalidad es distinta a la perseguida por el derecho de daños, el dueño de la mina no puede ser responsabilizado. Así, hay relación en la causalidad material entre el hecho y el daño, no obstante, al seguir este criterio, al dueño no se le puede imputar, responsabilizar jurídicamente por el hecho. Como señala el profesor Barros, el criterio del fin de la norma *evita que sean imputados a la conducta negligente daños que una persona de buen juicio estimaría que no son causados en razón de esa negligencia*⁷⁸.

Este criterio, se puede observar en aislados fallos de nuestra Corte Suprema, en casos donde la relación causal falla cuando el curso de acción del demandante

75 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán: Ob. cit., p. 190.

76 PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Ob. cit., p. 1586.

77 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 386.

78 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 386.

ha sido interferido por la actuación de la víctima. Ejemplo es el fallo que destaca el profesor Baraona, donde un menor fue atropellado a mitad de cuadra por un automovilista, el menor se encontraba en estado de ebriedad. Los jueces determinan como hecho relevante el que el menor haya cruzado por el lugar equivocado y no por el paso de cebra, en desmedro del hecho de que si el conductor iba o no a exceso de velocidad.

Compartimos la afirmación del profesor Baraona, al establecer que en este fallo⁷⁹ se introduce implícitamente la noción del fin de protección de la norma,

y no se queda sólo en la descripción empírica de la causa del daño -es obvio que el muchacho resulto herido por efecto del atropello- pero el punto era si podía imputarse ese daño al conductor. La decisión absolutoria en el fallo demuestra que para la Corte un simple exceso de velocidad no puede ser suficiente, pues, aunque la sentencia no lo dice directamente, lo que busca es prevenir accidente generales, pero no evitarlos cuando la propia víctima cruza a mitad de calle y en estado de intemperancia⁸⁰.

5.3.3 Criterio de la adecuación

La doctrina entiende que según este criterio

no cabrá imputar un resultado dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción del evento habría sido descartada, como altamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión ex ante: en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación objetiva se trata⁸¹.

Como indica el profesor Barros, desde la perspectiva de este criterio, la imputación de daños consecuentes sólo se justifica si desde la perspectiva de un observador experimentado, que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños no resultan inverosímiles⁸². Así, este criterio supone un juicio negativo de atribución⁸³, en la medida que sólo son excluidas de la responsabilidad del autor del primer daño las consecuencias que resultan extraordinarias o inverosímiles. Permite excluir del ámbito de la responsabilidad las consecuencias que objetivamente escapan al control del autor por el daño inicial⁸⁴.

De acuerdo a este criterio, lo que contiene la teoría de la causalidad adecuada no es una teoría de causalidad, sino que es un criterio de imputación objetiva. De

79 Sentencia de Corte Suprema, Rol n° 2642-97, de 1 de diciembre de 1997.

80 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: Ob. cit., p. 371.

81 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 44.

82 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 396.

83 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 400

84 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 401.

aquí, que a partir de este criterio se imputarán objetivamente la responsabilidad a aquellas causas que de acuerdo al curso normal de los acontecimientos y de acuerdo a un juicio de probabilidad sean adecuadas para causar el daño. Conforme a lo anterior, el criterio de la adecuación puede darse por establecido *cuando el daño consecuente se desarrolla en la misma dirección que el daño inicial*⁸⁵. Por ejemplo, persona sufre accidente que la lleva a la clínica, lugar en que se contagia de una infección que le provoca la muerte. El último daño puede ser objetivamente imputado al accidente, porque ha ocurrido en una cadena causal que no es extraordinaria respecto del curso causal que el hecho inicial ha puesto en movimiento. Lo mismo ocurre, en caso de herido en accidente sufre un segundo accidente en la ambulancia que lo transportaba.

5.4 Críticas a la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva ha recibido distintas críticas:

En primer lugar, no se trata de trasladar al ámbito civil el modelo causal defendido por la doctrina penal, es más, algunos autores destacan que esto ha traído más confusiones que soluciones a las problemáticas que se suscitan en la responsabilidad civil. Debe tenerse en cuenta que la estructura de un ilícito civil es completamente distinto que al de un ilícito penal. En ese sentido, seguimos lo estipulado por el profesor Prevot quien señala que *la concepción del derecho de daños construye su esquema en derredor del hecho dañoso, a diferencia del derecho penal, que lo hace en función de la conducta ilícita del delincuente*⁸⁶. De esta forma, resulta necesario adaptar los criterios de imputación objetiva a la lógica que tiene la responsabilidad civil.

En segundo lugar, ¿cómo determinamos los criterios de imputación objetiva en el caso concreto? el legislador no contribuye a responder esta pregunta. A falta de éste, la jurisprudencia no ha sido clara ni profunda al momento de elaborar criterios, sumado a la falta de sistematización existente. La doctrina no ha sido conteste y existen discusiones respecto a cuáles son los criterios aplicables para casos determinados, o si deben ser o no criterios de imputación objetiva. Lo anterior, nos lleva a un grado de incertidumbre respecto a cuáles serán los factores de cómo podemos establecer la determinación jurídica de las causas. Así, *el principal déficit que aqueja a la teoría es el de la indefinición sistemática de su construcción dogmática, considerando en definitiva que ésta en su desarrollo, aún no ha alcanzado una formulación dogmática clara y más o menos definitiva*⁸⁷.

85 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 396.

86 *Ibidem*.

87 CÁRDENAS, Hugo (a): Ob. cit., p. 48.

6. Conclusiones

Del presente trabajo expositivo cabe resaltar que no se puede desmentir el aporte de la imputación objetiva, y que poco a poco ha ido apareciendo tanto en nuestra doctrina como jurisprudencia, algunos elementos que nos aproximan, a una lejana aun, recepción de la teoría de la imputación objetiva en nuestro sistema de responsabilidad civil.

Junto con la anterior, ante los casos expuestos durante el desarrollo del trabajo, resulta necesario abrirse, integrar, investigar a las nuevas teorías expuestas, dado que permiten tratar los distintos tópicos que reviste la relación de causalidad de una forma más elaborada y sistematizada. De este modo, coincidimos con afirmaciones de ciertos autores que expusimos durante la investigación de que esto nos permitirá por un lado moderar la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (con todas las desventajas que señalamos que conlleva su aplicación mecánica), y por otro lado determinar criterios que estén más conectados, más relacionados con nuestra realidad social, con nuestra época y los nuevos riesgos que ésta trae consigo. Resulta menester para nuestro sistema de responsabilidad empezar a cuestionarse de forma seria, a tratar de responder cómo vamos cubrir los diversos y nuevos riesgos que surgen a propósito de un sinfín de particularidades que a nuestra época la caracterizan.

Además, se deben recalcar dos aspectos destacables de la teoría de imputación objetiva. Primero, es que esta teoría realiza una distinción entre causalidad material y causalidad jurídica, con la cual surgen nuevas perspectivas de comprensión de la relación de causalidad. Segundo, es que reposiciona a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Finalmente, es fundamental que la doctrina y sobretodo la jurisprudencia, avancen en la construcción de criterios normativos, que nos permitan ir desarrollando la subsunción de la teoría de la imputación objetiva en atención al derecho civil, con el régimen de responsabilidad que lo caracteriza, el cual sigue finalidades distintas a las del derecho penal.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ULTRA VIRES A LAS SOCIEDADES MERCANTILES CHILENAS DE PERSONAS Y DE CAPITAL. IMPLICANCIAS PRÁCTICAS

Katherine Hyde Estrada*

1. Introducción

Con el objeto de lograr ciertos fines permanentes y colectivos es que las personas naturales unen sus patrimonios confiriéndoles un objetivo común, de esta manera es que forman sociedades, las cuales expresarán una voluntad colectiva, independiente de sus miembros individualmente considerados, y serán capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones (Artículo 545 Código Civil).

Esa “nueva” persona tendrá capacidades amplias para realizar cualquier tipo de actos, pues, del mismo modo en que las personas naturales poseen voluntad, capacidad y patrimonio propio, las sociedades poseen atributos para obrar en la vida civil. ¿Será el caso, entonces, que -al igual que las personas naturales- las sociedades pueden realizar cualquier acto mientras no sea contrario a las leyes, la moral y orden público? ¿Cómo se relaciona esto con la existencia del giro u objeto social de la sociedad?

Es aquí donde surge uno de los grandes problemas que ha enfrentado el derecho societario hoy, cual es determinar claramente la capacidad y los límites de actuación que poseen las personas jurídicas. Si esta capacidad puede ser limitada por la libre voluntad de los socios mediante el establecimiento de un giro u objeto social al instituirse la entidad, si puede ser limitada por ley o si únicamente tiene como obstáculos los inherentes a su naturaleza y las normas de orden público. Con todo, cabe preguntarnos acaso ¿podrían las empresas realizar cualquier acto que no esté prohibido por ley? O, mejor dicho, ¿tendrán que realizar solamente lo expresamente establecido en los estatutos, específicamente en su giro? ¿Qué sucede cuando una empresa -a través de su representante o administradores- actúa más allá de su giro?

Este fue precisamente el dilema que enfrentó el Supremo Tribunal del Reino Unido (*The House of Lord*) el año 1875 en el caso *Ashbury Railway Carriage and Iron Co.Lid vs Riche*, en el cual se discutió si la calidad de personas jurídicas de las sociedades les permitía a éstas, al igual que las personas naturales, realizar libremente todo tipo de actividades lícitas¹. En este contexto, y como respuesta

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Este artículo corresponde a la Tesina para optar al grado, cuyo profesor guía fue don Cristian Eyzaguirre.

1 PORCELL, Ameli: «Análisis del principio ultra vires en la legislación panameña de sociedades comerciales». Panamá, 2002, p.2. Disponible en «<http://www.legalinfo-panama.com/articulos.htm>» [última visita: 18 de junio 2012].

a dicho interrogante, nace la doctrina anglosajona del *ultra vires* -más allá de su competencia o fuerza-, bajo la cual se considera nulo cualquier acto realizado por la sociedad fuera de su competencia o capacidad de actuación determinada en el giro social establecido en los estatutos de constitución.

En contraposición al derecho anglosajón, la mayoría de los sistemas de tradición civilista no han dado una respuesta clara y uniforme al respecto. Tal es el caso de Chile, donde no existe norma expresa que establezca cómo solucionar estas situaciones, ni tampoco una variada jurisprudencia al respecto que permita resolver problemas tan cotidianos en el área corporativa como es una actuación fuera del giro empresarial.

2. El objeto o giro social

El objeto o giro social dice relación con una o varias actividades preestablecidas en el estatuto social a las que va a dedicarse la empresa y por tanto a través de las cuales la sociedad actuará y ejercerá su capacidad. El giro entonces, está conformado por *aquellas actividades o negocios a cuya realización, según lo estipularon los socios en el estatuto social, se dedicará la sociedad*². En definitiva, el giro social fija las operaciones concretas a las cuales los socios quieren que la empresa dedique sus recursos para lograr sus fines, por lo mismo muchas veces se dice que el objeto representa la finalidad de la empresa, sin embargo esto se discute³.

Para algunos el giro constituye *el móvil principal que induce a la celebración del acto o contrato social*⁴, es el fin social, por lo que impone un límite a la capacidad jurídica de la sociedad. Para otros en cambio, sólo establece ciertas actividades que debieran realizar la sociedad y la manera en que ésta ejercerá principalmente su capacidad. El objeto social serán las “negociaciones” -tal como lo establece el legislador⁵- a las que la sociedad debe dedicarse, por tanto, más que el fin social, es el medio por el cual se logrará el fin que es precisamente la obtención de beneficios⁶ por parte de los socios.

2.1 El interés social y objeto social

Ambas nociones -aunque a veces se confunden- son completamente diferentes y deben tratarse así para evitar desafortunadas conclusiones. El interés social, tal

2 PUELMA, Álvaro: *Sociedades*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, 1996, p. 289.

3 Sobre el “objeto del contrato de sociedad” y esta discusión Cfr. GIOVINAZZI, Ida: *El objeto en el contrato de sociedad*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1960, pp.126 y ss.

4 GIL, Jorge: *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado*. Legis, Santiago, 2004, p. 15.

5 Código de Comercio, Artículo 352 n°5: *La escritura social deberá expresar: 5° las negociaciones sobre que deba versar el giro de la sociedad*.

6 Código Civil, Artículo 2053 inciso 1: *La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan (...)*.

como su nombre lo dice, estará compuesto por los intereses que los socios tienen respecto de la sociedad, pero no sus intereses individuales, sino que aquel interés común o compartido. Así el interés social tiene un aspecto objetivo, ajeno a las motivaciones personales de los socios, y éste se traduce principalmente en la *consecución de un lucro o utilidad de la misma sociedad, considerando, para ello, y entre otros factores, su plazo de vigencia y los riesgos inherentes al giro de la actividad que desarrolla*⁷ o en palabras simples, será desarrollar en conjunto una actividad con mira a repartir entre sí las utilidades que de ello provengan. Como vemos, el interés social, de alguna manera condicionará aquello que se debe ejecutar y en definitiva establecer en el objeto. En este sentido el objeto sólo será un medio para lograr dicho fin y además tendrá un rol fundamental a la hora de verificar o no un conflicto de intereses dentro de la sociedad pues habrá uno, en la medida que el negocio pertenezca a aquellos comprendidos dentro del giro u objeto social.

Existen variados tipos de objetos sociales: (a) En primer lugar existe el objeto social único o específico, cuya realización es obligatoria para la sociedad que lo posea, por lo tanto, cuando quiera dedicarse a otra actividad o no quiera realizarlo, deberá modificar los estatutos cambiando o ampliando su objeto (es el caso por ejemplo de los Bancos o Compañías de Seguros, donde la ley les exige tener un único giro);(b) En segundo lugar el objeto social múltiple o general, que existe cuando se establecen en los estatutos varias actividades como principales, las cuales podrán ser similares, complementarias, o totalmente diferentes entre sí. Por supuesto, la sociedad podrá realizar todas o algunas de las actividades sin que ello conlleve ninguna repercusión (*v.gr.* Mantenimiento y limpieza de viviendas, jardines y anexos, locales comerciales y otros bienes inmuebles. Limpieza de bienes muebles. Servicios de guardamuebles y depósito y almacenamiento de mercancías).

Siguiendo con la clasificación de los objetos veremos que, según su importancia existe por un lado, (c)el giro social ordinario, aquella actividad que la sociedad desarrollará de manera constante y general, la cual además, siempre será expresamente consignada en el pacto estatutario, por lo que si no existe acuerdo entre los socios, la ley no suple este silencio y la sociedad quedará sin capacidad de obrar (uno de los requisitos esenciales de la personalidad jurídica). Por otro lado, encontramos (d) el giro social extraordinario, el cual, diferencia del principal se encuentra implícito en los estatutos y se compone de todas aquellas actividades que faciliten o permitan la realización y desarrollo del objeto social principal (las actividades complementarias necesarias para la realización del objeto principal). Este giro *puede estar permitido en general o en forma específica en el estatuto social o estar prohibido implícita o explícitamente*⁸. Es importante señalar que estas actividades siempre deberán tener relación con el objeto principal, pues, deben servir para el desarrollo cierto de éste.

7 ALCALDE, Enrique: *La sociedad Anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 40.

8 PUELMA, Álvaro: Ob. cit., p. 290.

En este punto es menester hacer una observación, pues ordinariamente se suele confundir el objeto social o giro ordinario con la denominada actividad social o giro efectivo, pero ambos conceptos no son en absoluto equivalentes aunque a veces puedan coincidir. Como vimos, el objeto social es la actividad a la cual la sociedad se debe dedicar, y por tanto constituye de alguna manera el móvil que induce a la celebración del contrato de sociedad, entendiéndose que en relación a él los socios extienden los riesgos de sus aportes. Por otro lado, la actividad social estará determinada por el *desarrollo cierto, real y efectivo de actos y operaciones de comercio*⁹ que realiza la sociedad en la vida jurídica. La actividad social constituye, entonces, la empresa cierta: abarca las actividades estipuladas en el giro pero que efectivamente realiza la sociedad, no así el objeto, el cual se compone de actividades que la sociedad debiera cumplir (entendiéndose que para ello se creó); tal como dice Jorge Gil, es una *función potencial y delimitativa*¹⁰. Pero bien sabemos que a veces la realidad no se condice con las escrituras y en este caso puede haber perfectamente sociedades que tengan un determinado objeto y en la práctica, es decir, en su actividad social, realicen solo alguna de las actividades que ahí aparecen (*v.gr.* una empresa que tiene como giro ordinario “la explotación de servicios hoteleros, hosteleros, discotecas y otros relacionados con la restauración gastronómica y los espectáculos públicos”, podrá tener como actividad social sólo la explotación de servicios hoteleros, sin que ello afecte su giro ordinario).

Las sociedades, según la actividad que tengan establecidas en su giro, se clasifican en sociedades civiles, comerciales o mixtas. Será sociedad comercial en cuanto aparezca en su giro alguna de las actividades que el Código el Comercio, en su Artículo 3, señala como actos de comercio; todas las demás serán sociedades civiles, pues, así lo establece el Artículo 2059 del Código Civil. Las sociedades mixtas serán, entonces, *aquellas que se dedican a negocios mercantiles y civiles, y se estiman como comerciales*¹¹.

Para finalizar este capítulo señalemos algunos aspectos generales importantes donde influye el giro de la sociedad:

- i) El giro determina la clasificación de sociedades en civiles, comerciales o mixtas, fijando -en definitiva- las diversas normas aplicables a cada una de ellas.
- ii) El giro determina en subsidio, los límites de las facultades de los administradores de las sociedades de personas a falta de estipulación en contrario en los estatutos. Los administradores sólo podrán realizar los actos que se encuentren dentro de su mandato, pero si éste nada dice serán los comprendidos y relacionados al giro ordinario de la empresa¹².

9 Gil, Jorge: Ob. cit., p. 16.

10 Gil, Jorge: Ob. cit., p. 16.

11 PUELMA, Álvaro: Ob. cit., p. 292.

12 Código de Comercio Artículos 387, 397 y 400; Código Civil Artículo 2075 y ss.

iii) El giro genera una obligación de competencia leal con la sociedad, en el sentido que los socios no deben dedicarse a otro negocio del mismo giro de la sociedad, tal como lo establece el Artículo 404 n°4 del Código de Comercio al establecer en las prohibiciones de los socios la de: Artículo 404 n°4; *Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.* Este artículo, sin embargo, dice relación con la actividad más que con el giro de la sociedad, las que -como señalamos- no son siempre iguales.

iv) La nulidad de la sociedad proviene del incumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

- Un objeto lícito, es decir, que no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres¹³.
- Un objeto posible y determinado¹⁴ (v.gr. no sería admisible como giro ordinario la “compraventa de bienes” por estar indeterminado, ni la “elaboración de sueños” pues sería imposible).
- Un objeto que no haya finalizado, si se trata de un negocio con plazo determinado. En el caso de las sociedades anónimas la ley también exige que el objeto sea específico¹⁵.

v) El giro trae consecuencias tributarias y además en materia de quiebras que -en honor a la brevedad- no trataremos en este trabajo.

Si el legislador permite que las sociedades establezcan en su giro cualquier actividad lícita que no sea contraria a la moral, orden público y seguridad del Estado, es lo mismo, que reconocer que las sociedades tienen capacidad para realizar cualquier actividad dentro de estos límites. Al elegir cierta actividad y establecerla en el giro social, ella solo determinará eventuales problemas de control, responsabilidad y poder, pero nunca problemas en relación a su capacidad, pues esta sigue siendo tan amplia como antes de constituir su objeto social.

Si en el caso de las personas naturales no se puede limitar su capacidad sino es por mención expresa de la ley, lo mismo ocurre con las personas morales: así la capacidad de las personas jurídicas no debiera estar circunscrita al giro social señalado en los estatutos de constitución. Sin embargo, para afirmar esto, es preciso establecer cuál es la capacidad que tienen las sociedades, saber si es tan amplia como las personas naturales, o bien, si tiene limitaciones especiales. En una frase, establecer si se aplica o no la doctrina *ultra vires* en nuestro derecho societario nacional.

13 Constitución Política de la República, Artículo 19 n°21; Ley n° 18.046, Artículo 9.

14 Esto debido a que la sociedad se forman por un contrato, por tanto, el objeto de la sociedad debe cumplir con los requisitos comunes de las obligaciones de hacer o no hacer tal como lo establece el Artículo 1461 del Código Civil. Este requisito se aplica con rigidez en el caso de las sociedades anónimas y comandita por acciones, pero no así en las sociedades colectivas, pues estas sí pueden tener un objeto social indeterminado tal como lo establece el Artículo 404 n°4 del Código de Comercio.

15 Ley n° 18.046, Artículo 4 n°6.

3. La doctrina *ultra vires* o teoría de la especialidad del giro

3.1 Antecedentes históricos

Esta doctrina nacida en el derecho anglosajón, se puede empezar a comprender desglosando la locución latina *ultra vires* (“*Beyond the Powers*”) en las dos palabras que la componen: por un lado *ultra*, que significa *más allá*, y *vires*, que quiere decir “competencia o fuerza”. Así, se llamará actos *ultra vires* a aquellos que los entes público o privados realizan sobrepasando el mandato de la ley o el poder que se le ha conferido, siendo considerados nulos por parte de esta doctrina por exceder los límites de actuación o capacidad, protegiendo de este modo, a los agentes involucrados, otorgándoles seguridad jurídica. En este sentido, la doctrina es aplicable a cualquier área del derecho, desde que un heredero actúa más allá del haber hereditario¹⁶, hasta que un ente estatal comete exceso o abuso de poder por medio de sus agentes.

En el derecho societario en particular, los actos *ultra vires* están asociados a las actuaciones de la sociedad como persona jurídica (falta de capacidad) y por otro lado a las actuaciones de sus representantes dentro de los poderes otorgados (falta de autoridad o poder). De manera análoga, esta doctrina se instauró también en el derecho francés con el nombre de Teoría de la Especialidad, señalando que las empresas y sus representantes deben actuar de acuerdo al fin para el cual se creó la sociedad, es decir, podrán realizar cualquier actuación siempre y cuando esté acorde al giro, que determina -en definitiva- la finalidad y por ende, la capacidad de dicha persona jurídica.

Esta teoría plantea, en resumidas cuentas, que la capacidad de obrar de una persona jurídica está limitada, en primer lugar, por la ley y, en segundo lugar, por las actividades señaladas en el objeto social inserto en el estatuto de constitución de la sociedad, es decir, *su actividad está circunscrita a un fin y la personalidad cesa más allá y fuera de esta misión*¹⁷. Los actos realizados fuera del giro social serán nulos con el objetivo de proteger *tanto a los demás asociados, en cuanto necesitan saber con certidumbre el alcance de sus responsabilidades, como a los acreedores sociales en cuanto requieren conocer que los fondos sociales no se disipan en negocios no contemplados en la carta social*¹⁸.

3.2 La Doctrina Ultra-vires en las sociedades comerciales

Lo primero que debemos señalar, basándonos en el artículo de Guillermo A. Moglia Claps, es que la doctrina *ultra vires* se puede identificar en el derecho societario inglés de tres maneras diferentes¹⁹:

16 Esto es llamado por la doctrina *ultra vires hereditatis* que quiere decir: obligarse más allá del haber hereditario o en el exterior de las fuerzas de la herencia.

17 FERRARA, FRANCISCO: *Teoría de las personas jurídicas*. Reus, Madrid, p. 779.

18 OLAVARRÍA, JULIO: *Manual de Derecho comercial*. Depósito Legal, 3ª ed., Barcelona, 1970, p. 246.

19 Cfr. MOGLIA, GUILLERMO: «Ascenso y caída de la doctrina del *ultra vires* en el derecho inglés». El Salvador, 2007, p. 1. Disponible en <<http://www.salvador.edu.ar/juri/idc/ipide21.htm>> [última visita: 18 de junio 2012].

– En un sentido estricto: tratándose de si el ente como tal, es decir, si la sociedad tiene o no capacidad para actuar fuera de lo establecido en los estatutos.

– En un sentido relativo: determinando si quienes actúan por una sociedad (sus representantes o administradores) se ha excedido en su autoridad.

– En un sentido amplio: en algunos casos se llamó actos ultra vires a cualquier actividad que la sociedad no pudiera lícitamente realizar.

Lo cierto es que el objeto nunca había sido definido por la legislación inglesa, sin embargo, sí existía en los precedentes cierta noción de propósito o intención relacionada al giro social. La jurisprudencia realizó una distinción clara entre objeto y poder, siendo este último calificado como un “aspecto de la capacidad” con el cual una persona puede modificar relaciones jurídicas. En este sentido, parecía bastante unánime que el poder era un medio, mientras que el objeto era el fin mismo de la sociedad.

No es hasta finales del siglo XIX, luego de la *Companies Act* de 1856, que se esgrime una definición de la capacidad de la personas jurídicas condicionada a su objeto social inmutable, cuando se comienza a aplicar la doctrina ultra vires en sentido estricto a las sociedades comerciales inglesas.

Así, en el año 1875 surge el *leading case* en la materia, en un fallo efectuado dictado por *The House of Lord* del Reino Unido, *Ashbury Railway Carriage y Iron Co. Lid vs Riche*. En este caso la sociedad estaba constituida bajo los términos de las *Companies Act. de 1862* y se discutía la interpretación y alcance de la sección que regulaba el objeto social, para determinar si la capacidad de las personas jurídicas permitía a estas, realizar todo tipo de actuaciones lícitas, o bien, por el contrario, las limitaba a lo que expresamente señalan los estatutos (*memorándum*) de la sociedad.

La sociedad había sido constituida, a grandes rasgos, para construir, vender o arrendar, vagones de pasajeros, toda clase de maquinaria ferroviaria, accesorios, máquinas, y material rodante, además de hacer negocios de ingenieros mecánicos y contratistas generales y vender madera, carbón, metales u otros materiales, actuando además como comisionista o agente. Bajo este giro la sociedad firma un contrato para construir un ferrocarril en Bélgica con el señor Riche y ella misma, un tiempo después, quiso poner término al contrato alegando un acto ultra vires. Los tribunales inferiores intentaron determinar si la transacción había sido o no ratificada por la sociedad, pues en sus estatutos la sociedad permitía la extensión de su objeto por resolución especial de la asamblea.

El tribunal superior falló a favor de sociedad declarando la ilegalidad del acto por no estar expresamente establecido en el objeto social, cuestionando incluso la ratificación de éste por parte de la asamblea, pues, el acto -en su opinión- era nulo y por tanto, imposible de ser ratificado. Se señaló, además, que esta resolución sería favorable, pues:

1. Se protegía a los accionistas porque éstos mantenían pleno conocimiento de las actividades que realizaba su compañía (...).

2. *Se protegía a terceros contratantes y acreedores porque éstos podían evaluar si las actividades que desarrollaba la sociedad al momento de la contratación eran productivas, bajo la certeza de que las mismas no iban a variar (...)*²⁰.

Este emblemático fallo, lejos de hacerse popular en el rubro empresarial, fue visto como una amenaza a la libertad de actuación de las sociedades y como una peligrosa herramienta para posibles juicios contra las empresas por actos fuera de sus competencias, por lo que se buscaron innumerables alternativas para eludirlo.

En primer lugar, se intentó establecer como objetos en las cláusulas de los memorándums tal cantidad de actividades como fuera imaginable, a lo cual los tribunales reaccionaron inmediatamente con la llamada *regla interpretativa del objeto principal*²¹, con la cual se buscaba dentro del sin número de actividades, el objeto que parecía ser el principal tratando a los demás como accesorios.

La siguiente reacción de las sociedades, fue intentar incluir, al final del objeto, una cláusula que estableciera que los objetos no debían ser interpretados restrictivamente sino que separados e independientes. Esta cláusula fue finalmente ignorada por los tribunales aplicando en sentido estricto la doctrina *ultra vires*²².

3.3 El decaimiento de la doctrina *ultra-vires*

Con el ingreso de Gran Bretaña a la Comunidad Europea -en adelante CEE- en 1973, el país se obligó a adecuar su legislación societaria a la Primera Directiva de Sociedades de Capitales del Consejo de la CEE de marzo de 1968.

Los contenidos del Artículo 9 de la Directiva en relación a los actos *ultra vires* y la *Companies Act* de 1985 no eran compatibles. Dicha directiva establecía que los actos realizados por los órganos societarios obligaban a la sociedad en relación a terceros, aún siendo actos no señalados en el objeto social, pero que sin embargo, cada país podría establecer que la sociedad no quede obligada, si es que el tercero sabía que el acto superaba los límites del objeto o no podía ignorarlo (algo similar a la mala fe).

Este traspie a la doctrina *ultra vires* hizo que algunos anhelaran: o la abolición total de ésta, otorgando a las sociedades las mismas capacidades que las personas físicas; su abolición total con relación a terceros de buena o mala fe, pero no en las relaciones internas de la sociedad o su abolición parcial con relación a terceros de buena fe pero no en los de mala fe ni en lo interno de la sociedad.

Este último criterio fue el adoptado por el legislador, adecuando ambas normas mediante la sección 35 de la *Companies Act* de 1985, que vino así a reemplazar la

20 PORCELL, Améli: Ob. cit., p. 2.

21 Como ejemplo ver caso *Re Haven Gold Mining Co.* (1882).

22 Como ejemplo ver *Re Introductions Ltd.* (1970). En este caso *Introductions Ltd.* se dedicaba a promover exhibiciones durante el festival de Gran Bretaña y luego se dedicó fracasadamente a la cría de cerdos, llegando a la quiebra. Al querer otorgar debentures a su banco para garantizar un sobregiro en sus cuentas, anterior a su quiebra, se resolvió que la sociedad había actuado *ultra vires* pues la cría de cerdos no estaba en su giro y por tanto, el banco no podía ejecutar los debentures ni pedir su liquidación.

sección 9 de la *Companies Act* de 1972. Con esto se genera una protección a un grupo limitado de personas que cumplen con ciertos requisitos. Así, para que los actos realizados fuera del giro se consideren dentro de la capacidad de la sociedad y, por tanto, le fueran oponibles, el tercero debe estar *en tratos con la sociedad* (*be dealing with the company*); *actuar de buena fe* (*be in goodfaith*) y *la transacción debe ser decidida por los directores* (*must be decide on by directors*)²³. Al contrario, una persona que no cumpla con estos requisitos no podría alegar que el acto le fuera oponible por estar “de mala fe”.

Claramente estas condiciones trajeron un sin número de problemas de interpretación, sobre todo, la expresión “en tratos con la sociedad”, que parecía ser bastante vaga. Así, la sección 35 resultó ser una infructuosa reforma al estricto *ultra vires*.

Posteriormente, se realizó una nueva reforma mediante la sección 108 de la *Companies Act* de 1989. Esta modificación si bien no otorgó a las sociedades las mismas facultades que las personas físicas, removió los efectos de la falta de capacidad de las sociedades, estableciendo que: la validez de un acto realizado por la sociedad excediendo las facultades no puede ser cuestionado con fundamento en su falta de capacidad en razón del memorándum. Dicho acto, sin embargo, podrá ser cuestionado por un socio con el objeto de restringir los efectos, aunque podrá ser ratificado por una resolución especial de la asamblea tomada por socios que representen al menos el 75% de la sociedad. Esa misma resolución no sirve para liberar de responsabilidad a los directores u otras personas, la cual debe ser acordada separadamente. En definitiva, la ratificación de un acto realizado dentro de la capacidad de la sociedad, pero más allá de la autoridad de los directores, solo requiere resolución ordinaria²⁴.

Así se removieron los efectos de la falta de capacidad establecidos por la sección 35 (ahora 35A), pues se amplió la protección abarcando no sólo a un grupo limitado de personas que cumplieran los mencionados requisitos, sino que a cualquier tercero y además a los mismos socios, quienes sí podrían cuestionar internamente la validez del acto.

Finalmente, el año 2006 se produce la última reforma a dicha norma, reemplazando la sección 35 de la *Companies Act* de 1989 por la sección 39 y 40. Quedando reducida a lo que sigue: *la validez de un acto realizado por una sociedad no puede ser cuestionado con fundamento en su falta de capacidad en razón de cualquier disposición del memorándum de la sociedad*²⁵.

23 *Companies Act* de 1985. Sección 35 A, United Kingdom. Disponible en «<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>» [última visita: 18 de junio 2012].

24 *Companies Act* de 1989. Sección 108, United Kingdom. Disponible en «<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/40/section/108>» [última visita: 18 de junio 2012].

25 *Companies Act* de 2006. Sección 39 y 40, United Kingdom. Disponible en «<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>» [última visita: 18 de junio 2012].

4. Determinación de la capacidad de las personas jurídicas

4.1 Presupuestos y excepciones de la capacidad

Los atributos de la personalidad, existen tanto para las personas naturales como para las personas morales. En este último caso, los atributos de las personas jurídicas son: el nombre o razón social, la nacionalidad, el patrimonio, el domicilio y la capacidad.

En materia de capacidad de las personas jurídicas, nuestro ordenamiento no le atribuye a las personas morales -por regla general- una capacidad jurídica “funcional” en razón de un fin específico o algo similar, pues simplemente habla de capacidad²⁶, debiendo entenderse por ésta una capacidad jurídica general similar a la de las personas naturales que le permite actuar libremente en la vida jurídica. De esta forma, diremos que será necesario para limitar esta capacidad, la existencia de una norma expresa que establezca dicha restricción, pero que según entendemos, no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Para dilucidar cuál será la capacidad general de las personas morales no podemos sino referirnos a las excepciones que establecen limitaciones a ésta. Bien sabemos que en la realidad existen variados tipos de sociedades que podrían de alguna manera tener limitada su capacidad debido a sus características particulares. Tal es el caso de las empresas públicas, sociedades anónimas especiales, corporaciones etc. que poseen, debido a sus características particulares, un trato especial dentro del ordenamiento jurídico, por lo que nos servirán para dilucidar cuál es lo que Ferrara denomina “la esfera típica general”²⁷ de capacidad jurídica de las sociedades.

Como señalamos, existen sociedades que tienen sus capacidades limitadas expresamente por ley, es por esto que debemos establecer que cada vez que el legislador quiso hacer una excepción a la aplicación de la ley común y por tanto, de la “capacidad general” de la que hablamos, lo señaló expresamente. Tal es el caso, por ejemplo, de las organizaciones de interés público que son asociaciones sin fines de lucro, regidas por la Ley n° 20.500, la cual en su Artículo 15 establece que su finalidad será la promoción del interés general²⁸. En este sentido, estas personas jurídicas encuentran su limitación por la finalidad que persiguen, es decir, podrán realizar cualquier actividad²⁹ pero siempre que cumpla con la finalidad de

26 Código Civil, Artículo 545: *Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...).*

27 FERRARA, FRANCISCO: Ob. cit., p. 782.

28 Ley n° 20.500, Artículo 15: *Son organizaciones de interés público, para efectos de la presente ley y los demás que establezcan leyes especiales, aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el Catastro que establece el artículo siguiente.*

29 Código Civil, Artículo 556 inciso 1°: *las asociaciones y fundaciones podrán adquirir, conservar, y enajenar toda clase de bienes a título gratuito u oneroso, por actos entre vivos o por causa de muerte (modificado*

la sociedad -señalada en sus estatutos³⁰- la que deberá además, corresponder con las establecidas en la ley. En el caso de las sociedades con fines de lucro, si bien poseen un fin en relación a la obtención de ganancias y repartición de utilidades, éste no será una limitación a su actuación en cuanto es una finalidad bastante amplia, de manera tal que en su objeto se les exige establecer la actividad particular o determinada a que se quieren dedicar. ¿Será que estas sociedades podrán establecer en su giro y en general realizar cualquier actuación, siempre y cuando implique obtener utilidades? La respuesta es claramente no, debido a que dichas actividades deben además, estar acordes a la ley, es decir, deberán ser lícitas. Podríamos decir entonces que ¿las sociedades con fines de lucro -en el marco de su capacidad general- pueden realizar cualquier actividad mientras sea lícita e implique obtener utilidades? Según la teoría *ultra vires* la respuesta será negativa toda vez que no basta con ambas condiciones sino que además deben actuar respetando las actividades expresamente señaladas en el giro social, viendo limitada su capacidad de ejercicio en relación al objeto previamente establecido en los estatutos de constitución.

Siguiendo la idea anterior tenemos como excepción a la capacidad general, las sociedades de giro exclusivo u objeto exclusivo, que responden a una creación doctrinaria debido a la obligación establecida por la ley que, para la realización de ciertas actividades, que dicha sociedad deberá dedicarse exclusivamente a ese giro, siendo solo esa actividad la que debe aparecer en su objeto. Tal es el caso, por ejemplo, de las compañías de seguros, bancos, administradoras de fondos previsionales, bolsas de comercio, etc. que además deben ser realizadas por S.A. especiales³¹ y por tanto, fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguro o bien, por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Otro ejemplo de estas, serán las empresas de servicios transitorios donde el mismo Código del Trabajo establece en su Artículo 183-F la exclusividad del giro, limitando -de alguna manera- su capacidad³².

Por último, encontramos el caso de las sociedades con personalidad jurídica de derecho público o empresas estatales que son *aquellas que participan de los caracteres estatales, de cualidades o prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado*³³. Así, las empresas públicas podrán tener diferentes formas jurídicas pero siempre su dueño será el Estado. El tema de la legislación aplicable a las

por la Ley n° 20.500).

30 Código Civil, Artículo 548 inciso 2° (incorporado por la Ley n° 20.500).

31 Ley n° 18.046 de Sociedades Anónimas, Artículo 126 y ss.; Ley n° 19.728 Artículo 30 y Decreto Ley n° 3.500, Artículo 23.

32 Código del Trabajo, Artículo 183-F: *Para los fines de este Código, se entiende por: a) Empresa de servicios transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.*

33 LYON, Alberto: Personas jurídicas. Universidad Católica de Chile, 4° ed., Santiago, 2006, p. 86.

empresas estatales es difícil de determinar, en cuanto, por un lado deben cumplir -como entes públicos- sólo con lo expresamente señalado en la ley que las crea y por otro, la misma Constitución establece que deben someterse a la ley común, señalando en el Artículo 19 n°21 inciso 2° que *el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares (...)*.

Vemos así que, por un lado -y en relación a su carácter comercial-, se regirán por la ley común con el objeto de interactuar sin ventajas frente a los particulares y, por otro lado, en relación a su naturaleza pública estas deben, además de ser excepcionales y subsidiarias a las empresas privadas, ser creadas por una Ley Orgánica Constitucional donde se establecerán los objetivos, funciones y finalidades que están llamadas a cumplir. Con todo, podemos señalar que el hecho de ser empresas estatales conlleva una serie de consecuencias: se encuentran bajo la tutela de la Contraloría; están sometidas a la fiscalización de la Cámara de Diputados; deben cumplir con las disposiciones del estatuto administrativo y por último poseen un giro limitado por ley pues no pueden exceder la ley que las crea³⁴, ya que, como sabemos en el derecho público sólo se puede hacer lo que se está expresamente permitido.

4.2 La capacidad general de las personas morales

Cuando hablamos de capacidad nos referimos tal como señala Alessandri Rodríguez a *la aptitud de una persona para adquirir derechos civiles y poder ejercerlos por sí misma*³⁵, y es así como encontramos dos clases de capacidad.

Por un lado la capacidad de goce que permitirá a la persona ser titular de derechos, así quien no la posee no podrá ni siquiera por medio de representantes incorporar derechos a su patrimonio. Por otro lado encontramos la capacidad de ejercicio que es *la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le competen*³⁶, este tipo de capacidad-que finalmente será la capacidad para obligarse o contratar por sí mismo- a diferencia de la anterior sí puede ser ejercida por un representante. Vemos que siempre que exista capacidad de ejercicio habrá capacidad de goce -pues no puede ejercer un derecho quien no lo tiene- en cambio la capacidad de goce no necesariamente debe estar acompañada por la de ejercicio.

34 Decreto Ley n°2.079 de 1977 que fija el texto de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, Artículo 3 inciso 1°: *El Banco tendrá por objeto prestar servicios bancarios y financieros con el fin de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales. Para atender el cumplimiento de ese objetivo primordial y demás finalidades que la ley le encomiende, el Banco podrá realizar las funciones y operaciones que el presente decreto ley, la legislación aplicable a las empresas bancarias u otras leyes generales o especiales le autoricen, sujetándose, en todas ellas, a las políticas y normas que le imparta la autoridad monetaria en uso de sus atribuciones.*

35 ALESSANDRI, Arturo: *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 45.

36 *Ibidem*.

La regla general en nuestra legislación en materia de capacidad la encontramos en el Artículo 1446 del Código Civil que establece *toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*. Con este precepto vemos que la incapacidad será la excepción y por tanto, debe estar establecida por expresa mención de la ley además de ser interpretada de manera restrictiva. En este sentido diremos que, como la ley no distingue, esta regla correrá tanto para las personas naturales como para las jurídicas legalmente constituidas.

En realidad *hasta el momento no ha sido discutido por la doctrina el hecho de que se debe dotar a las personas jurídicas de capacidad de goce*³⁷, esto debido al reconocimiento expreso en la ley de que las personas jurídicas puedan ejercer derechos³⁸, sin embargo no sucede lo mismo con la capacidad de ejercicio pues como vimos, la capacidad de goce puede existir sin la de ejercicio, y para algunos es altamente discutible si la persona moral posee o no voluntad y por tanto, si puede o no ejercer sus derechos.

Como dijimos anteriormente, en ausencia de capacidad de ejercicio, ésta puede ser ejecutada por medio de representantes, pero creemos que no es el caso de las personas morales. Las personas morales sí poseen voluntad, que se forma por la voluntad de los miembros que la componen. Así la voluntad de la sociedad podrá ser completamente diferente a la de sus miembros individualmente considerados, al igual que su patrimonio, domicilio, nombre, etc. En definitiva, tiene una particularidad completamente separada y es así como incluso puede ser condenada por la realización de actos ilícitos como persona jurídica, sin ser sus miembros subsidiariamente llamados a cumplir. Entendemos que las personas naturales que actúan por la sociedad y a nombre de ella son órganos de ésta, a través de los cuales la persona jurídica -debido a su incorporeidad- manifiesta su voluntad³⁹, esto al menos en el caso de las sociedades de capital donde la administración, gobierno y control están radicadas en diferentes sectores que actúan como una sola persona sin un mandante y un mandatario⁴⁰, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de personas donde sí existe un representante elegido por la sociedad para expresar su voluntad frente a terceros.

Lo importante será establecer si el ámbito de capacidad de las personas jurídicas abarca toda relación o acto jurídico, si sólo se limita al sector patrimonial o si

37 LYON, Alberto: Ob. cit., p. 131.

38 Código Civil, Artículo 545: *Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)*.

39 Cfr. ALBALADEJO, Manuel: *La persona Jurídica*. Editorial Bosch, Barcelona, 1961, p. 51; Cfr. FERRARA, Francisco: Ob. cit., p. 79.

40 (...) *la representación de la sociedad anónima por el directorio es una representación "ex lege" que no proviene de mandato o contrato alguno sino que es característica propia de esta institución. Las funciones de administración las ejerce un órgano institucional no un grupo de mandatarios sociales*. SANDOVAL, Ricardo: «Acerca del objeto en la sociedad anónima». En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 179, 1986, p. 79.

simplemente es otorgada -como en la teoría *ultra vires*- para el cumplimiento de un fin reflejado en el objeto social establecido en los estatutos.

Las personas morales, si bien no agotan su capacidad en temas patrimoniales -pues se discute por ejemplo, si poseen derecho al honor- existen ciertas relaciones que sólo pueden implicar un ser físico y tangible, es decir un ser humano. Tal es el caso de las relaciones de familia donde aún la amplia capacidad de las personas morales no le permitirá jamás ser parte de ella debido a la necesidad del sustrato físico que existe en esa área⁴¹. Lo mismo parece suceder con la adquisición de ciertos derechos cuyo ejercicio es personal establecido en el Artículo 1618 n°9 del Código Civil, donde se señala como ejemplo el de uso y habitación.

La capacidad de las personas jurídicas entonces, se extiende al ámbito de las relaciones corporativas de manera exclusiva⁴², personales (nombre, dirección o derechos honoríficos), patrimoniales, adquisición mortis causa, etc. teniendo solo limitaciones naturales que nacen del derecho objetivo de las relaciones que necesitan ser realizadas por un ser físico además del derecho de familia que también excluirá -por cierto- a las personas jurídicas.

Podemos decir entonces que la capacidad general de las personas morales en nuestro derecho no se encuentra limitada al cumplimiento de una finalidad o un objetivo específico. El objeto -como vimos- no constituye un fin en sí mismo sino que es más bien un medio para lograrlo. En este sentido, el objeto social y *la finalidad de la sociedad no indican una limitación de la capacidad de derecho de la sociedad en las relaciones patrimoniales, sino que señala el límite de los poderes de los órganos sociales*⁴³.

Las sociedades tienen capacidad de goce y de ejercicio pues poseen voluntad propia, distinta a los miembros que la componen. Dicha capacidad de ejercicio será ejecutada por un representante debido a la característica esencial de las personas morales que es su incorporeidad, pero esto no quiere decir que sean incapaces de ejercer sus derechos, un acto será nulo o ineficaz por estar prohibido, falta de personería de sus representantes o faltarle requisitos legales, pero nunca por falta de capacidad se la sociedad⁴⁴.

En este contexto cabe preguntarse en relación a la capacidad de las personas morales ¿será que se deja enteramente a la autonomía de la voluntad pudiendo ser ésta limitada o aumentada en los estatutos sociales a gusto de los particulares? Ciertamente la capacidad de una persona jurídica en ningún caso podría ser ampliada por ejemplo, al ámbito de Familia, pues existen limitaciones establecidas por ley

41 Cfr. FERRARA, Francisco: Ob. cit., pp. 780 y ss.; Cfr. ALBALADEJO, Manuel: Ob. cit., p. 53; Cfr. CORVALÁN, Ernesto: «Las incapacidades en el Derecho Chileno». Memoria, Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2004, p. 157.

42 (...) *hay otras relaciones propias de los entes colectivos que no encuentran aplicación respecto de particulares como las que se refieren a la estructura corporativa.* FERRARA, Francisco: Ob. cit., p. 781.

43 PUELMA, Álvaro: Ob. cit., p. 163.

44 *Ibidem.*

que así lo impiden, lo mismo sucede al querer limitar la capacidad de la sociedad a tal nivel que fuera incompatible con el concepto de persona jurídica establecida en la ley⁴⁵. La personalidad no es absoluta y por tanto puede ser perfectamente limitada, fraccionada o localizada, pero ese será un trabajo exclusivo del legislador y no de los particulares que sólo deben ejercerla de la manera correcta.

Las excepciones a esta amplia capacidad deberán estar dadas -como vimos- en normas expresas que además deberán ser interpretadas de maneja restrictiva. De esta manera, la sociedad puede actuar libremente pues posee lo que Ferrara denomina *status libertatis* que les permite -al igual que las personas naturales- ejercer sus derechos sin limitación más que las establecidas por la ley.

5. Aspectos Normativos

Lo primero que diremos al analizar la normativa nacional relacionada con el giro y la capacidad de las sociedades mercantiles, será que el legislador otorga por regla general a todas las personas -sin distinguir entre naturales o jurídicas- plena capacidad, tal como lo establece en el Artículo 1446 del Código Civil al señalar *quetoda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declare incapaces*. Luego el Artículo 545 del mismo cuerpo legal señala que las personas jurídicas son capaces de ejercer derechos, contraer obligaciones, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. Vemos con estos artículos que las sociedades o personas jurídicas, tienen capacidad de goce por un lado en cuanto pueden ser titular de derechos, y por otro lado poseen capacidad de ejercicio, pues al igual que las personas naturales poseen voluntad propia⁴⁶, generada por la voluntad de la mayoría de los miembros que la conforman, pero que sin embargo, es una voluntad completamente diferente a la de ellos individualmente considerados⁴⁷ o incluso diferente a la de ellos si actuaran en grupo, pero sin personalidad jurídica, pues al formar una sociedad con personalidad jurídica buscan una serie de objetivos comunes que quieren cumplir mediante este nuevo ente que nace por y para ellos, pero que no es ni un medio ni un fin en sí mismo, sino que simplemente le dan vida a una persona diferente que les facilitará lograr dichos objetivos.

Siguiendo con la idea anterior, diremos que el legislador en ningún lugar estableció una limitación a esta amplia voluntad otorgada a las sociedades toda vez que sólo exige como requisito de existencia de la sociedad que se establezca en la escritura social el giro u objeto al cual se va a dedicar⁴⁸, sin señalar en lo absoluto que ello implicaría una limitación a la capacidad de ejercicio de la sociedad. Sola-

45 ALBALADEJO, Manuel: Ob. cit., p. 55.

46 Código Civil, Artículo 550 inciso 2°: *La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.*

47 Código Civil, Artículo 2053 inciso 2: *La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.*

48 Código de Comercio, Artículo 352 n°5: *La escritura social deberá expresar: 5° Las negociaciones sobre que deba versar el giro de la sociedad;* y la Ley n° 18.046, Artículo 4 n°3: *La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad; no quita que tenga objetos secundarios.*

mente en el caso de las sociedades anónimas y por acciones el legislador establece un requisito adicional, cual es, el de que el objeto sea “específico”, pero entendemos que esto tampoco implica una limitación a su actuar sino que un requisito formal para la validez de la sociedad, es decir, al no ser específico la sociedad adolecería de un vicio de nulidad.

Cabe señalar que dentro del objeto social los socios podrán pactar cualquier actividad lucrativa lícita que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado⁴⁹. Además, de acuerdo a las normas generales de todo tipo de contrato⁵⁰, el objeto deberá ser determinado⁵¹ y posible⁵². Podríamos concluir entonces que en principio -antes de pactar alguna actividad en su objeto- la posibilidad de actuación de la sociedad será cualquier actividad dentro de estos límites. Sin embargo, esta sociedad no será válida sin haber pactado un objeto o giro social en el estatuto de constitución, esto debido a razones netamente prácticas, por un lado la incorporeidad de la sociedad no le permite actuar sino es por medio de personas naturales, por otro se necesita un control interno en relación a las responsabilidades y poderes que tendrán los administradores y representantes, y además se debe controlar el pago de impuestos y el cumplimiento de ciertas normas especiales en relación a la actividad que se quiera ejercer.

A modo de ejemplo revisaremos el caso de una persona natural. Antes de nacer, la persona será potencialmente capaz de realizar cualquier cosa, sin embargo al nacer existe una serie de aspectos prácticos que quizás no lo permitan, como sería por ejemplo la situación económica o la ley del lugar donde nace, sin embargo esto no quitará que dicha persona siga siendo capaz de realizar todo ese tipo de cosas, quizás esto lo lleve a resultados no deseados como endeudarse o ser demandado por terceros, pero eso no le quitará su capacidad a menos que la ley -bien sabemos- así lo establezca.

En este sentido cabe preguntarnos si acaso ¿es posible limitar la capacidad amplia de una sociedad por la sola autonomía de la voluntad, -por ejemplo pactando que la sociedad sólo será capaz de actuar dentro de su giro so pena de la nulidad del acto-? la respuesta inmediata es no, pues constituye una norma completamente contraria al ordenamiento jurídico⁵³.

49 Ley n° 18.046, Artículo 9: *La sociedad podrá tener por objeto u objetos cualquiera actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado.*

50 Código Civil, Artículo 2053 inciso 1°: *La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.*

51 Esto en el caso de las sociedades anónimas y comandita por acciones. Las sociedades colectivas se exceptúan, en virtud del Artículo 404 n°4 del Código de Comercio.

52 Código Civil, Artículo 1461: *No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad (...); pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género (...). Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible.*

53 Ley n° 18.046, Artículo 137: *Las disposiciones de esta ley primarán sobre cualquiera norma de los estatutos sociales que les fuere contraria.*

Así, al igual que el ejemplo de las personas naturales, las sociedades, al establecer alguna actividad en su giro no está en ningún caso auto limitando su actuar, sólo está estableciendo criterios que permitan determinar sus objetivos y la responsabilidad y poderes de quienes la representan judicial y extrajudicialmente, toda vez que ellos sólo podrán realizar las actividades -en ausencia de poder especial o mandato- establecidas en el giro social⁵⁴. En este sentido, cuando un administrador o representante obre fuera del giro, pero con poder suficiente, éste deberá responder personalmente ante la sociedad⁵⁵, pero sin embargo, el acto será completamente eficaz.

Un acto realizado fuera del giro social por un administrador no podrá ser nulo pues la nulidad implica que se ha realizado un acto faltándole los requisitos legales⁵⁶ para el valor del mismo acto, lo que en este caso no ocurre, pues el acto es plenamente válido. La nulidad absoluta por adolecer de objeto o causa ilícita⁵⁷ es discutible, pues dependerá de si el administrador realizó una transacción por ejemplo fraudulenta o delictual. Sin embargo, la nulidad absoluta por incapacidad de la sociedad es descartada, pues como vimos, la sociedad (actuando por su representante) es plenamente capaz de realizar cualquier acto, no contrario a la ley, la moral, el orden público y la seguridad del Estado. De esta manera, si el administrador o representante de una compañía actúa a nombre de la compañía realizando una actuación fuera del giro social, la sociedad no quedará obligada respecto de terceros⁵⁸, a menos que éstos se encuentren de buena fe.

Es importante señalar que cuando la ley quiso declarar ciertas incapacidades lo señaló expresamente, tal es el caso de los incapaces absolutos y relativos que se encuentran establecidos en la ley, además de las sociedades con giro exclusivo que

54 Código Civil, Artículo 2079: *En todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él solo será responsable*, y Artículo 2077: *El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella* y Código de Comercio, Artículo 397: *No necesitan poder especial los administradores para vender los inmuebles sociales, siempre que tal acto se halle comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad (...)*.

55 Código Civil, Artículo 2079: *En todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él solo será responsable*.

56 Código Civil, Artículo 1681: *Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes (...)*.

57 Código Civil, Artículo 1682: *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*.

58 Código Civil, Artículo 552: *Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante*.

como vimos aparecen expresamente limitadas en nuestro ordenamiento jurídico, así -y a diferencia de lo que ocurre con las sociedades en general- una sociedad de giro exclusivo al actuar fuera de su objeto social, estaría generando un acto nulo, toda vez que la sociedad es incapaz -por norma expresa- de realizar este tipo de actos.

6. Implicancias prácticas

Al analizar las implicancias prácticas que tendrían en nuestro país los actos *ultra vires* será necesario establecer cuáles actos serán considerados “fuera del giro o de la competencia” de la sociedad o de los administradores respectivamente. De este modo, diremos que cualquier acto “a nombre de la sociedad” deberá ser realizado por una persona u órgano con poder especial de representación que le permita actuar y obligar a la sociedad frente a terceros.

La mayoría de las sociedades poseen la facultad de administrar unida a la de representar. Así, quien administra será a su vez el que represente a la sociedad y viceversa. Estos representantes y administradores deberán ser nombrados⁵⁹ en el acta de constitución, en el caso de las sociedades colectivas. Sin embargo, cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entenderá que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar pudiendo obligar solidariamente a los demás socios sin su consentimiento⁶⁰. Además, cada uno de los socios podrá realizar válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario y que sean conducentes al fin propuesto⁶¹. Lo cierto es que esta facultad de los socios, sobre todo respecto de los “actos conducentes al fin”, es bastante amplia, debido a que el objetivo en las sociedades con fines de lucro sería la obtención y repartición de beneficios, abarcando cualquier actividad dirigida a ello⁶².

En las sociedades de personas la función de administración se ejerce mediante un administrador (uno o varios mandatarios) a quien se le otorgan un número determinado de atribuciones y actividades que puede realizar legítimamente, obligando a la sociedad. En las sociedades de capital en cambio, esta función será ejercida por un directorio elegido por la junta de accionista quien a su vez representará a la sociedad para el cumplimiento del objeto social, investido con todas las facultades de administración y disposición -que no sean privativas de la junta de accionistas- sin que para ello sea necesario otorgarle poder especial alguno. El directorio nombrará a su vez, a uno o más gerentes para que representen judicialmente a la sociedad, los que actuarán mediante un mandato otorgado por el directorio como órgano de administración.

Señalemos que la administración comprende un complejo de actividades de todo tipo sean económicas, materiales, jurídicas, etc. La administración de la so-

59 Código de Comercio, Artículo 425 n°4.

60 Código de Comercio, Artículo 386.

61 Código de Comercio, Artículo 387.

62 *Cfr.* Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción. Rol n° 283- 2008.

ciudad es más amplia que sólo los términos del contrato de mandato e inclusive del contrato de sociedad, pues implica no sólo la manifestación de voluntad de la sociedad al contraer obligaciones con terceros, sino que también un sin número de actividades de gestión, administración interna, control etc. que buscan -en definitiva- satisfacer el fin de la sociedad, que como señalamos anteriormente será genéricamente el obtener ganancias o utilidades y repartirlas entre los socios.⁶³ Así la administración se encuentra relacionada directamente con el objeto o giro social, que comprende la actividad, rubro o negocio a que la sociedad quiere dedicarse para lograr dicho fin. El objeto determinará la idoneidad genérica de la administración, pero a su vez, ésta deberá vincularse a la vez, con las funciones de administración específicas establecidas en el poder o mandato particular de cada administrador o representante legal.

6.1 Facultades y responsabilidades de los administradores

Dentro de las funciones de administración encontramos las de gobierno, que implica la fijación de objetivos, normativa, lineamientos, planes de desarrollo, etc.; la de fiscalización que permite los controles o inspecciones de sus agentes; la de administración propiamente tal, que dice relación administración interna destinada al cumplimiento del objeto social; y la función de representación, que es aquella que permite relacionar a la sociedad con terceros.

Las actuaciones *ultra vires* se relacionan directamente con las facultades de administración y representación, toda vez que estas implican manifestar la voluntad de la sociedad y obligarla frente a terceros. Así, la importancia de establecer cuáles son las facultades que tienen los administradores dice relación con determinar qué actos son legamente contraídos⁶⁴ y por tanto obligan a la sociedad y cuáles no lo son y por tanto, le son inoponibles.

El administrador de una sociedad tendrá en principio la facultad de realizar cualquier actividad que está establecida en el giro ordinario de la sociedad, es decir, *en el ejercicio de sus facultades los administradores delegados también deben enmarcarse dentro del mismo objeto social o giro ordinario de la sociedad* (Artículo 352 n°5 del Código de Comercio)⁶⁵. A su vez, y en algunos casos, éste contará con un título, mandato o poder específico que le otorgará otro tipo de competencias legitimándolo para actuar a nombre de la sociedad.

Vemos cómo la administración queda limitada en dos aspectos, el primero respecto de las facultades que designa el título, poder o mandato (todo el exceso no obliga a la sociedad), y segundo, por el ejercicio de la función administradora

63 Código de Comercio, Artículo 2055 inciso 2° y Código Civil, Artículo 2053 inciso 1°.

64 Código de Comercio, Artículo 370.

65 RIOSECO, Gabriel: «La administración en las sociedades de personas». En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 187, 1990, p. 16.

que -con sus facultades- debe quedar comprendida dentro de las operaciones del giro ordinario de la sociedad.

No cabe duda que en la realidad existe gran dificultad, sobre todo para los terceros, en determinar cuándo una actuación ejercida por un administrador o representante corresponde o no a sus facultades en el marco de su título o del giro ordinario de la sociedad. Así, al existir una actuación notoriamente fuera del giro o de las facultades del título, la solución más fácil para los terceros será solicitar la ampliación del objeto social o el otorgamiento de una facultad específica al administrador y así obligar válidamente a la sociedad. Por otro lado, aún queda la posibilidad de los socios de ratificar dicho acto y así validarlo en miras de proteger los intereses sociales y de los terceros involucrados⁶⁶. En este sentido, cuando un acto es realizado fuera del giro social, y aunque no sea ratificado por los socios, de todos modos obligará a la sociedad respecto de los terceros de buena fe que vean involucrados sus intereses, teniendo, desde luego la posibilidad de ser indemnizados por quien actuó fuera del giro⁶⁷. Si bien dicha consecuencia está señalada en el contexto de no haberse nombrado un administrador de la sociedad, creemos que tiene aplicación general respecto de los administradores, toda vez que dentro de su función administradora pueden y deben realizar cualquier actividad dentro del giro social, siendo plenamente aplicable la consecuencia antes señalada.

Estos actos *ultra vires*, o más precisamente, no “legalmente contraídos” por parte de los administradores, adolecerían según la teoría anglosajona de nulidad por estar completamente fuera de la capacidad de la sociedad, es decir, en nuestra legislación se aplicaría el Artículo 1681 del Código Civil, siendo nulo el acto por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, pues en este caso faltaría la capacidad de la sociedad para actuar fuera del giro. Para otros en cambio se trataría más bien de inexistencia, pues el acto ni siquiera llegó a nacer debido a la ausencia de un requisito de existencia del acto, en este caso, la voluntad⁶⁸.

66 Código de Comercio, Artículo 328 n°3: *Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 3° Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden.*

67 Código de Comercio, Artículo 391: *Si a pesar de la oposición se verificare el acto o contrato con terceros de buena fe, los socios quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado.*

68 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 3672-2003. *Cuando un acto o declaración de voluntad virtuales son hechos valer como fuente de derechos y obligaciones, no obstante no ser tales sino en apariencia, al punto que ningún antecedente objetivo convence realmente de la comparecencia, con su consentimiento, de aquel a quien se carga la obligación, algunos optan por la tesis de inexistencia. La evidencia de lo virtual o aparente -virtualidad y apariencia vistas en su propia realidad- adquiere para esta postura mucha fuerza. En cambio, si en el acto o declaración de voluntad concurre, fuera de toda duda razonable, la aquiescencia de quienes dicen suscribirlo, tiende a no hablarse de inexistencia sino de nulidad, cuando algún escollo surge de cara a haberse perfeccionado dicha aquiescencia (...).*

Sin embargo, en Chile no existe una norma específica que establezca y restrinja la capacidad de la sociedad de acuerdo a un fin determinado ni menos respecto de su objeto social. Conforme a lo anterior, debemos ceñirnos a la regla general que es la capacidad amplia y plena para la realización de cualquier tipo de actos siempre y cuando estén acordes a las leyes, la moral y el orden público. De este modo, un acto realizado por los administradores fuera del giro social o excediendo el mandato no debieran ser consideradas nulas, pues no existe ningún vicio de nulidad que permita justificar dicha sanción. En el caso de actuar fuera del giro o de sus facultades, el administrador quedará personalmente obligado y por tanto, él deberá responder, a menos que existan terceros de buena fe, donde sí obligara a la sociedad⁶⁹, sin perjuicio de las posibles indemnizaciones por daños que el administrador deberá soportar.

Es importante señalar que las consecuencias de un acto de este tipo por supuesto que variarán según si se realizaron dolosamente con el ánimo de perjudicar a otro o simulando un acto que no existe o es diferente a aquel que se ha querido realizar. De esta manera, las responsabilidades variarán al igual que las consecuencias de dicho acto. Si el acto es realizado dolosamente por parte del administrador y la sociedad lo sabía, con el objetivo de dañar a un tercero, claramente la sociedad deberá responder aun cuando la actuación esté fuera del giro.

No obstante lo anterior, lo más común en el área corporativa será que la finalidad de estos actos no sea ocasionar un perjuicio ni simular un acto sino que más bien defraudar la ley. En este sentido, si la finalidad del acto fuera *impedir la aplicación de otra norma, la que resulta así eludida y justamente porque ésta le impone un deber que no quiere observar o que le resulta gravoso*⁷⁰(v.gr. Evasión de impuestos). Las repercusiones, creemos debieran ser diferentes. El problema es que nuestro ordenamiento no establece una sanción específica para el fraude⁷¹, sin embargo, sí podría extraerse de los principios o normas del ordenamiento jurídico⁷². En este sentido, seguiremos la postura del profesor Ramón Domínguez Águila y diremos que la inoponibilidad de estos actos respecto de la sociedad será la mejor sanción toda vez que no exagera los resultados al límite de la nulidad que ocasionaría variadas consecuencias perjudiciales para aquellos involucrados de buena fe, pero sí permite resguardar los intereses de los involucrados. Así, la norma que se intentó eludir igualmente se aplicará pero será inoponible respecto de quienes resulten perjudicados. El fundamento de esta sanción simplemente será la existencia del fraude mismo⁷³.

69 Código de Comercio, Artículos 328, 374, 394. Código Civil, Artículo 2154.

70 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: «Fraus Omnia Corruptit, Notas sobre el fraude en el derecho civil». En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n°189, 1991, p. 19.

71 El caso más general de fraude será la acción pauliana del Artículo 2468 del Código Civil en que el acto se mantiene, para ser desconocido sólo en relación a la necesidad de los acreedores.

72 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Ob. cit., p. 11.

73 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Ob. cit., pp. 28-30.

7. Conclusiones

i) La importancia de establecer qué sucede en nuestro derecho en relación a los actos *ultra vires* de las sociedades comerciales, queda demostrada debido a la frecuencia de este tipo de actuaciones, la ausencia de norma expresa que los resuelva y la escasa jurisprudencia al respecto.

ii) Como señalamos, la capacidad de las personas jurídicas no posee en nuestro ordenamiento ninguna norma que la restrinja o limite al cumplimiento de ciertos fines o a la realización de alguna actividad, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho anglosajón con aplicación del estricto *ultra vires*, donde se limitaba la capacidad de las personas jurídicas a las actividades del objeto o giro social establecido en el estatuto de constitución. Cuando las sociedades actuaban -a través de sus representantes- fuera del giro, el acto era declarado nulo por falta de capacidad de la persona jurídica.

iii) En nuestro país en cambio, si bien no existe una norma expresa que señale cuál es la capacidad de las personas morales, sí se permite establecer en el giro u objeto social de las sociedades *cualquiera actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado*. En relación a lo anterior, las personas morales tendrán capacidad para realizar cualquier actividad dentro de estos límites. Al establecer un giro determinado y actuar más allá de éste, sólo podrán ocasionarse eventuales problemas de control, responsabilidad y poder, pero nunca problemas en relación a la capacidad de la sociedad, pues ésta sigue siendo tan amplia como antes de constituir su objeto social. Lo dicho se explica porque al igual que lo que ocurre con las personas naturales, la “capacidad jurídica general” de las personas morales, no puede ser limitada sino por la ley.

iv) Debido a las características particulares de las personas morales, como son su incorporeidad y la necesidad de control de determinadas actividades, es que la ley establece ciertas limitaciones en relación a la actuación de las sociedades. Tal es el caso de las personas jurídicas de derecho público, las sociedades de giro exclusivo, fundaciones, asociaciones etc. que poseen limitada su capacidad en relación de las actividades establecidas en el giro, existiendo -por cierto- una norma especial que así lo establece.

v) Exceptuando los casos señalados, la capacidad jurídica general de las personas morales se extiende no sólo al ámbito de las relaciones corporativas de manera exclusiva, sino que también al ámbito personal (nombre, dirección o derechos honoríficos), patrimonial, adquisición mortis causa, etc.; teniendo solo limitaciones que nacen del derecho objetivo, en relaciones que necesitan ser realizadas por un ser físico, además del derecho de Familia que también excluirá a las personas jurídicas.

vi) La capacidad jurídica general de las personas morales, en nuestro derecho, no se encuentra limitada al cumplimiento de una finalidad o un objetivo específico. El objeto no constituye un fin en sí mismo, sino que es más bien un

medio para lograrlo. En definitiva, el objeto social no establece en lo absoluto una limitación a la capacidad de la persona jurídica, sino que sólo podrá imponer una frontera a los órganos sociales de administración y representación.

vii) Si un administrador actúa fuera del giro o más allá de su título, poder o mandato, esto traerá responsabilidades de él respecto de la sociedad y de terceros, pero no se anulará el acto por incapacidad de la persona jurídica. El acto será completamente válido, no obstante pueda ser inoponible a la sociedad (en caso de actuar fuera del giro o de sus facultades, sin autorización o ratificación de la sociedad), o podrá ocasionar la responsabilidad de la sociedad frente a terceros de buena fe, teniendo ésta la posibilidad de ser indemnizada por el representante o administrador que excedió sus facultades.

viii) No es aplicable en nuestro país la doctrina *ultra vires*, pues no cabría la posibilidad de sancionar con nulidad un acto que es plenamente válido en cuanto a la capacidad de la persona jurídica que entendemos, es amplia y general. El problema se da a nivel de los representantes o administradores que actúan por la sociedad, debido a que ellos poseen limitaciones en cuanto al giro y -en algunos casos- título, poder o mandato especial, que no podrán sobrepasar sin las señaladas consecuencias.

EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER: ENTRE LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD HUMANA Y EL DERECHO A PROCREAR

Cristóbal Santander Santander*

1. Introducción

Conforme a la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud estamos frente a una posible infertilidad *cuando no se ha podido concebir un hijo después de un año de relaciones sexuales sin mediar métodos anticonceptivos*¹.

Se trata de un problema que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo², del cual Chile no es ajeno, considerando un incremento anual de 15.000 nuevos casos³. Según los datos del Ministerio de Salud, en Chile existen aproximadamente 350.000 parejas que presentan algún tipo de disfunción reproductiva durante su vida. De este universo de pacientes, entre el 1% y el 15% requiere de un tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad para lograr el anhelado embarazo, lo que representa un número aproximado de 30.000 a 45.000 parejas.

Actualmente en Chile, se tratan por esta vía 1.800 parejas al año, es decir, como un 4,6 % del universo potencial y donde cada año aumenta el índice de parejas que recurren a estos procedimientos artificiales⁴. Y es por ello que la maternidad subrogada aparece como alternativa frente al problema de la infertilidad para miles de parejas chilenas, sobre todo cuando las cifras nacionales de infertilidad ascienden a un 10%⁵.

* Egresado de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Este artículo es un extracto de la Tesina para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

1 ZURITA, María: «Infertilidad». Disponible en <<http://universomedico.com.mx/articulos-y-reportajes/infertilidad/>> [última visita: 5 de junio 2012].

2 Cfr. BANDA, Alfonso: «Dignidad de la persona humana y reproducción humana asistida». En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 9, N° 1, 1998. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=es> [última visita: 5 de junio 2012].

3 HERNÁNDEZ, Natalia: «La criopreservación en Chile. Aspectos Éticos y Estatuto Jurídico aplicable». Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2007, p. 4. Disponible en <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fjh557c/doc/fjh557c.pdf>> [última visita: 7 de junio 2012].

4 Esta afirmación se infiere de revisar los datos donde la tasa de natalidad ha bajado a un 1,8% siendo que el ideal corresponde a un 3,5% y donde un 4% de las parejas chilenas en edad fértil necesita de fecundación in Vitro para conseguir un embarazo, es decir existen más de 4.000 parejas al año que requieren métodos de reproducción asistida y donde sólo un cuarto de ellas logra acceder a algún tipo de tratamiento.

5 Cfr. BIZAMA, Daniela: «Pacientes Infértiles conforman Agrupación “Queremos ser padres”». La Nación. cl, 4 de marzo de 2011. Disponible en <<http://www.lanaciondomingo.cl/pacientes-infertiles-conforman-agrupacion-queremos-ser-padres-/noticias/2011-03-04/194505.html>> [última visita: 5 de junio 2012].

Cifras que motivan que este trabajo se centre en estudiar el contrato de maternidad subrogada, describiendo y analizando los aspectos más importantes que asume esta convención, tomando como referente la experiencia regulada española, considerando que en los últimos años ha tomado un protagonismo importante por la calidad de los derechos en juego, y la manera en que se ha abordado esta técnica⁶.

Estudio que se verá apoyado por el análisis del *derecho a procrear* abordando su contenido, alcances y límites determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si éste constituye el límite, a la luz de la *dignidad humana* y de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática como lo es la chilena.

De esta manera este trabajo, al hacerse cargo de los argumentos a favor y en contra que giran alrededor del contrato de maternidad subrogada, y que derivan del binomio *derecho a procrear/dignidad de la persona*, permitirá arribar a conclusiones que delimiten las esferas de la dignidad humana y del *derecho a procrear*.

Finalmente, este trabajo al tomar de referente la experiencia regulada española permitirá conocer la importancia que tuvo en el debate legislativo, la integridad y dignidad humana, permitiendo no sólo regular el contrato de maternidad subrogada sino también definir el ámbito del *derecho a procrear* o a fundar una familia⁷.

2. ¿Qué entendemos cuando hablamos del contrato de maternidad subrogada?

Antes de comenzar es menester definir el contrato de maternidad subrogada, como:

*El acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona con la intención de entregárselo, con cargo de que se pague una determinada cantidad de dinero además de los gastos de gestación*⁸.

La definición del contrato de maternidad subrogada obliga a preguntarnos ¿por qué una mujer está dispuesta a llevar dentro de su cuerpo a un niño que luego debe

6 Resulta interesante revisar la siguiente página Web cuyo objetivo es ofrecer servicios de maternidad subrogada en los Estados Unidos. Disponible en «<http://www.madresubrogada.com/>» [última visita: 5 de junio 2012].

7 El derecho a procrear se trataría de una manifestación de rango legal del derecho a fundar una familia construido desde el Artículo 39.1 de la Constitución Española al señalar: *Los poderes Públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*, así como también de diversas convenciones internacionales tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en su Artículo 9. Cfr. SOUTO, Beatriz: *Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución*. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006, p. 191.

8 Cfr. FARNÓS, Esther: *Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Enero de 2010, p. 4.

entregar? ¿Qué consecuencias psicológicas tiene para ella y para ese hijo? ¿Por qué una pareja decide recurrir a un arriendo de útero para ser padres? ¿Y si nace enfermo o con una discapacidad? ¿Qué dice la legislación chilena al respecto? ¿Puede transarse en Chile una vida humana? La ciencia ha permitido numerosos avances para la humanidad, pero ¿cuáles son los límites que como sociedad queremos imponernos?

Sin duda, el origen de estas preguntas deriva de la particularidad de esta técnica de reproducción, donde la maternidad se sustituye y donde el vientre sirve de depositario para cumplir la obligación de entregar un niño a un tercero. En consecuencia, resulta claro que del contrato de maternidad subrogada pueden derivar problemas motivados dada la naturaleza de la convención. En otras palabras, estas eventuales situaciones invitan a evaluar si con la celebración de un contrato de estas características, se ejerce un derecho o se atenta contra la dignidad.

La maternidad subrogada se produce en virtud de la posibilidad de practicar una *Inseminación artificial* o una *Fecundación in Vitro*⁹, ello explica que para analizarla, sea necesario anunciar las variantes o maneras que puede adoptar ésta:

Se puede distinguir: la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial¹⁰. En la primera variante, la madre subrogada¹¹ también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoide del padre comitente o de un donante. En este caso operaría la inseminación artificial, ya que es la propia gestante quien aporta sus gametos femeninos. En la segunda modalidad la concepción tendría lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que comúnmente es la madre comitente¹².

Por otro lado, existen dos modalidades que se suman a las anteriores, y que dicen relación con la naturaleza del contrato de maternidad subrogada: el de carácter altruista celebrado con un fin totalmente gratuito o bien celebrarse estipulando un precio a pagar¹³, es decir, un acuerdo de carácter mercantil o la denominada subrogación comercial.

9 Proceso en el que el óvulo es fecundado por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer. Cfr. CARCABA, María: *Los problemas Jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 20.

10 Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOFÉ BENEGUI, J.M.: *La maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Editorial Dyckinson, Madrid, 1994, p. 66. En PASCUCCI, Enrico: «Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida». En *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 16.

11 La madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora es la que da a luz y la madre comitente será la que aporte los óvulos, cuando se trate de la maternidad subrogada parcial o gestacional.

12 Cfr. MALLMA, José Carlos: *Alquiler de Vientre y sus problemas de Filiación*, España, p. 1. Disponible en <<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf>> [última visita: 7 de junio 2012].

13 En los países donde se admiten estos acuerdos el individuo o la pareja comitente paga un precio que generalmente supera con creces aquella *compensación razonable* por los gastos derivados de la gestación. Cfr. FARNÓS, Esther: Ob. cit., p. 10.

Lo anterior, permite señalar que la subrogación comercial ha sido rechazada en casi todo el mundo¹⁴. Esto sin perjuicio que, en algunos países se exija que la mujer que se embaraza por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, hospitalización, entre otros. Y en algunos casos se contemplan también los costos en abogados que intervinieron en la redacción del contrato¹⁵.

En resumidas cuentas, se prohíbe el pago por esta práctica como medida de evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer¹⁶ afectando su dignidad al ser vista como un mero receptáculo.

3. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico cuando aborda la maternidad?

La medicina define la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre, y el Código Civil chileno en su artículo 183 señala que la maternidad queda determinada por el parto, siguiendo el principio romano *pars viscerum matris*¹⁷ o parte de las entrañas de la madre.

Esto último, explica que el concepto tradicional de maternidad consagrado en nuestro ordenamiento esté integrado por dos hechos; el hecho material del parto y que la mujer que da a luz sea efectivamente la madre de la criatura; estaría primando en nuestra legislación un criterio biológico de maternidad. Sin embargo, con la aparición de esta técnica artificial de reproducción, el concepto legal de maternidad se fragmenta dificultando su determinación y afectando con ello la identidad personal del nacido, dada la certificación de su realidad biológica.

14 En India la maternidad subrogada no está regulada, sino que es meramente tolerada cuyo contexto la ha transformado en referente mundial de subrogación comercial, puesto que los costos de un procedimiento como éste son considerablemente menores que en otros países, facilitando con ello el acceso de las parejas interesadas a este tipo de técnicas, y ahorrando también en trámites burocráticos asociados. Del mismo modo, algunos Estados de EE.UU. como Illinois que en su *Gestacional Surrogacy Act* del año 2004 permite compensar a la madre subrogada, siempre que la cantidad se deposite ante un agente independiente antes del inicio de las Técnicas de reproducción asistida. Disponible en «<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>» [última visita: 5 de junio 2012].

15 En este sentido la Ley Canadiense conforme a la *Assisted Human Reproduction Act* del año 2004 admite la subrogación altruista sin embargo contempla en su reglamento que una vez obtenido el consentimiento, la mujer portadora debe devolver los gastos incurridos, en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de maternidad subrogada, tales como las rentas laborales que la madre gestacional haya dejado de percibir durante el proceso gestacional. Cfr. SÁNCHEZ, Rafael: «La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos». En *Revista Humanitas*, N° 49, abril de 2010, p. 8.

16 Cfr. HURTADO OLIVER, Xavier: *El derecho a la vida ¿y la muerte?* Porrúa, 2da edición, México, 2000, p. 68.

17 Esta teoría sostiene que en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento, muy similar a la existencia legal consagrada en el Artículo 74 del Código Civil chileno. Esto porque el nasciturus se consideraba como una porción de la mujer o de sus vísceras. Cfr. PELLICANO, José Alejandro: «La Protección al concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea». En XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, realizado los días 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004. Disponible en «http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_14.htm» [última visita: 5 de junio 2012].

Determinación que en nuestra legislación ya está resuelta al imperar un criterio biológico de maternidad, donde la filiación del niño concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, serán el hombre y la mujer que se sometieron a ellas¹⁸.

Dicha regulación permite examinar el alcance y efectos jurídicos de la técnica de maternidad subrogada, en las relaciones de filiación, esfera afectada en virtud del fin perseguido: sustituir la maternidad. En ellas, como bien se ha mencionado, la relación sexual se ve desplazada de la reproducción que se descompone y transparenta de la aportación biológica de cada uno de los progenitores.

Esta excepción a la regla general de determinación de la maternidad en parte se explica por la naturaleza de estos procedimientos reproductivos, entre ellos la maternidad subrogada, que contempla la participación de la figura del tercero donante, quedando patente que la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas, que median y hasta modifican la mera relación biológica.

Sobre todo, y teniendo en cuenta que no es posible pretender que la filiación en los casos de maternidad subrogada esté regulada conforme al régimen general, dado que su particular modo de proceder, exige una regla distinta como es el Artículo 182 del Código Civil que determina la filiación derivada de estas técnicas.

De ahí que, no nazca un nuevo estatuto de filiación, una especie de *tertium genus*¹⁹, distinta tanto de la filiación por naturaleza como de la figura de la adopción, pues la maternidad subrogada es al igual que la adopción, filiaciones formales o jurídicas.

En realidad, se establece una relación dialéctica entre los aspectos técnicos, culturales y de organización social, que pone especialmente de manifiesto el papel que estos elementos juegan en las representaciones colectivas sobre la reproducción, y en especial cuando se reflejan en las instituciones familiares, a través de la filiación, sea desde el punto de vista jurídico o más allá de éste.

Lo anterior, si bien es cierto no ha sido del todo pacífico generando críticas, llegándose a sostener que legalizar el contrato de maternidad subrogada no sería coherente con el derecho de filiación, ya que:

Supondría un paso hacia la contractualización de la filiación fragmentándola al reconocer un derecho al abandono de un niño al nacer y autorizando a la madre a deshacerse de sus deberes y responsabilidades hacia su progeneritura (...) asimismo contradice la esencia de la maternidad que es indivisible e intransmisible borrando el vínculo con el embarazo, el alumbramiento y la maternidad, negando así la importancia de los intercambios intra-uterinos entre la mujer embarazada y el embrión²⁰.

18 Código Civil, Artículo 182.

19 Se trata de una locución latina que significa a mitad de camino entre dos cosas.

20 MONTERO, Etienne: «Legalizar los vientres de alquiler no es coherente con el derecho de filiación». Universidad de Navarra, 2010. Disponible en «<http://www.actualidaduniversitaria.com/2010/06/legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion/>» [última visita: 5 de junio 2012].

En efecto, el problema de la determinación de la maternidad parece ser básico en el contrato de maternidad subrogada, pues fruto de la maternidad es que nacen las obligaciones para con el hijo que verá ante sus ojos tres maternidades: la gestacional²¹, la biológica y la psicológica²².

La maternidad gestacional, que deriva de la madre subrogada y la psicológica, que se vincula con la madre subrogante, expresa el conflicto que se originaría si la primera se negara a entregar al niño aduciendo ser ella la madre, so pretexto de haber firmado un contrato que señala lo contrario²³.

Desde otra perspectiva, y vinculando la adopción con la maternidad subrogada, la Ley nº 19.620 sobre adopción de menores en sus Artículo 20 y 21 trata a los sujetos a quienes podrá otorgarse la adopción en Chile, señalando a los cónyuges chilenos y extranjeros y a la persona soltera, divorciada o viuda, prefiriéndose en este último grupo al pariente consanguíneo del menor o quien tenga su cuidado personal.

Esto último permite afirmar que el Derecho Chileno, si bien no admite expresamente la maternidad subrogada es perfectamente posible que en los hechos se produzcan maternidades subrogadas encubiertas con la institución de la adopción, sumado a que durante la discusión en España sobre técnicas de reproducción asistida se afirmó que:

Puede existir una adopción prenatal desde el momento de la concepción, ello se podría utilizar en los casos en que se aceptaran las gestaciones de subrogación, lo que fue contestado por el Presidente haciendo notar que era algo distinto de la Adopción prenatal la gestación de sustitución, pues en esta lo que se pretende es que una aportación genética de la pareja solicitante conduzca a un embarazo en la mujer sustituta²⁴.

Sin embargo, no siempre la técnica de la maternidad subrogada se sirve del material genético de la pareja solicitante configurando el tipo parcial y permitiendo perfectamente la práctica de dicha técnica al alero de la adopción del menor fruto de ella.

21 Aquélla que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación atravesando los trastornos del embarazo y dando a luz al concebido.

22 Contempla a una tercera persona interesada que es totalmente ajena al concebido, pero quien tiene el sentimiento y aspiración de ser madre por medio de otra mujer.

23 Resulta interesante la manera en que se ha pronunciado la *Supreme Court* de California en el caso *Elisa B. vs. Sup. Ct* afirmando en su sentencia que si la decisión de hacer nacer a los gemelos tuvo origen en la voluntad conjunta de Elisa y Emily de ser madres y si ambas se comportaron como tales durante dos años, Elisa no puede esgrimir que el final de su relación permite desatenderse de sus responsabilidades hacia los niños. El criterio para resolver se basa en el precedente *Johnson v. Calvert* (May 20, 1993, 5Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un caso de maternidad subrogada, resolvió que la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio. Cfr. FARNÓS, Esther y GARRIGA, Margarita: «¿Madres? Pueden ser más de una». En *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2005, pp. 2-3.

24 Cfr. CONGRESO ESPAÑOL: Diario de Sesiones del Congreso. Número 376, 27 de noviembre del 1985, p. 11.856.

Por último, es posible concluir que el análisis del contrato de maternidad subrogada permite otorgar el piso constitucional desde donde se presenta y evalúa uno de los fundamentos de su existencia, *el derecho a procrear*.

4. ¿Existe en Chile un derecho a procrear que permita admitir la celebración del contrato de maternidad subrogada?

La técnica de la maternidad subrogada ha sido defendida en virtud del *derecho a procrear*, es decir, *aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia*²⁵.

En efecto, al revisar el contenido del *derecho a procrear* comprobamos que éste está constituido por el dominio que tendría una pareja o una persona sobre la procreación, y que en virtud de las técnicas de reproducción asistida permiten ejercitar este derecho²⁶. Argumento que cobra relevancia cuando en la mayoría de la doctrina americana se entiende que el *derecho a procrear* comprende tanto los medios naturales como los artificiales de reproducción²⁷ y que permite, al menos *prima facie*, aceptar la técnica de la maternidad subrogada dentro del ejercicio de este derecho.

Ejercicio que los tribunales de Estados Unidos han reconocido en su jurisprudencia -cuando le ha tocado proteger decisiones sobre la procreación y la crianza de los hijos- arguyendo que el fundamento del *right to reproduce* está en el derecho a la intimidad; fundamento que se extiende a las nuevas formas médicas que intervienen la reproducción, incluida la técnica de la maternidad subrogada²⁸.

Sin embargo, nuestra Constitución Política no reconoce expresamente el *derecho a procrear*, ya que no lo contempla directamente en su Artículo 19 y tampoco se desprende de su Artículo 5, inciso 2²⁹. Asimismo, y considerando a la maternidad

25 MEULDERS-KLEIN, Marie- Thérèse: «Le droit de L'enfant face au droit a l'enfant et les procréations médicalment assistées». En *Revue Trimestrielle de Droit civil*, N° 87, Octubre de 1988, p. 645. En SILVA, Jaime: «El derecho a procrear en la Constitución Chilena». En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, n°2, 1994, p. 304.

26 Cfr. HOTTOIS, Gilbert et PARIZEAU, Marie-Hélène: *Les mots de la bioéthique*. Editorial De Boeck Université, Bruselas, 1993, p. 14. En SILVA, Jaime: «El derecho a procrear en la Constitución Chilena». En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N°2, 1994, p. 304.

27 Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz: *La Fecundación in Vitro y La Filiación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 38.

28 En el caso *Eisenstadt vs. Baird*, el más alto Tribunal Federal señaló que la decisión sobre la propia procreación forma parte del contenido del derecho a la intimidad. También en caso *Griswald vs. Connecticut* cuando declaró inconstitucional una Ley de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos, argumentando en el derecho de las personas a decidir el espaciamiento del nacimiento de sus hijos, como parte de la protección de su intimidad personal. Cfr. SERRANO ALBERCA, J.M.: Análisis del Artículo 18 de la Constitución Española. En *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 357.

29 Este argumento no es absoluto ya que existen dos acuerdos de las Naciones Unidas jurídicamente vinculantes para el Estado Chileno, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos del año 1966 y que establecen derechos humanos básicos como el derecho a la salud y a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, de los cuales

subrogada como medio para ejercer este derecho tampoco estaría permitida, ya que ésta tendría sus raíces en el Derecho Natural, y conforme a la naturaleza humana la procreación de seres humanos debería darse dentro del matrimonio³⁰.

Planteamiento que no se comparte en el presente artículo y que coincide con lo advertido por Yolanda Sánchez, que crítica cualquier fundamentación basada en el Derecho Natural porque:

El derecho natural tampoco es estrictamente derecho carece del elemento de eficacia necesario para contribuir a la organización social. A esto se le agrega la dificultad de desconocer el contenido concreto del derecho natural, salvo que éste se apoye en unos principios religiosos. El mismo Kelsen señala que la doctrina del Derecho Natural es de índole religiosa³¹.

Incluso se ha señalado por algunos autores que la noción de un “derecho al hijo” no es coherente con un sistema jurídico civilizado, puesto que implica reducir al hijo a un crédito, vulnerando así su dignidad como persona³². En igual sentido, y esta vez despojando la fundamentalidad del *derecho a procrear* se ha referido Maricruz Gómez de la Torre señalando que: *En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente el derecho a procrear; lo que sí cabe dentro de la categoría es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, es decir, el derecho a fundar una familia³³.*

Así las cosas, y desde la vereda opuesta se ha señalado que el *derecho a procrear* podría considerarse incluido en el derecho a la vida y el desarrollo de la personalidad, pero circunscrito a un proceso reproductivo natural tradicional, excluyendo así a las técnicas de reproducción asistida, y con ello a la maternidad subrogada³⁴.

Sin embargo, el ejercicio del *derecho a procrear* no puede quedar circunscrito a un proceso natural, pues éste cobra relevancia cuando se sirve de mecanismos artificiales, y que parece conteste con la tesis del autor J. A. Robertson quien afirma que el hecho de carecer de la capacidad natural de tener hijos, no habilita para suponer la negación de este derecho; agrega que es perfectamente posible

derivan los derechos sexuales y reproductivos. Para mayor profundidad ver GOBIERNO DE CHILE: Informe del Ministerio de Salud. Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Disponible en «<http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/795c63caff4ede9fe04001011f014bf2.pdf>» [última visita: 5 de junio 2012].

30 Cfr. SILVA, Jaime: Ob. cit., p. 304.

31 GÓMEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción Humana*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 25-29.

32 Cfr. ANDORNO, Roberto: *Incidencia de la Fecundación In Vitro sobre la distinción entre personas y cosas*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1992, p. 15. En este sentido se ha referido DE LEÓN ARCE señalando que el derecho a procrear no es absoluto, ni un hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo. Cfr. DE LEÓN ARCE, A: «La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana». En AA.VV: Congreso de Filiación. La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 262.

33 GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz: Ob. cit., p. 41.

34 Cfr. CORRAL, Hernán: «Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial». En *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 19, Nº 3, Santiago, 1992, p. 459.

incluir dentro del *derecho a procrear* cualquier medio necesario para obtener la procreación, entre ellos la maternidad subrogada³⁵.

Además, y considerando que la procreación es inherente al ser humano puesto que su ejercicio permite la perpetuación de la especie, y donde su reconocimiento como derecho fundamental implícito deriva de este mismo carácter personalísimo, es que el constituyente sólo se limite a reconocerlo como derecho y que habilite a ejercerlo carente de injerencias externas, promoviendo con ello el libre desarrollo de la personalidad.

De ahí, que se sostenga que el fundamento constitucional del *derecho a procrear* esté en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, pero sobre todo, una manifestación de la libertad³⁶.

Al respecto, nuestro ordenamiento a través del Tribunal Constitucional ha señalado que el libre desarrollo de la personalidad encuentra sustento normativo en el Artículo 19 n° 4 de la Constitución Política que protege la esfera privada de las relaciones, que al proyectarse en el ámbito público son dignas de protección³⁷. Incluso se ha señalado por el Tribunal Constitucional Español que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad³⁸, dando paso a una vinculación entre el *derecho a procrear* y el libre desarrollo de la persona.

35 Para explicar esta defensa el autor asemeja la situación de las personas estériles con la de los ciegos, señalando que una persona ciega tiene el mismo derecho a adquirir información de los libros que una persona sin dicha discapacidad. Esto porque la incapacidad de leer visualmente no puede impedir a la persona a utilizar el método braille, grabaciones o bien recurrir a una persona capacitada para adquirir la información contenida en un libro. Cfr. ROBERTSON, J.A.: «Procreative liberty, embryos and collaborative reproduction». Colloquium de Derecho Comparado en Cambridge, 1987, p. 1. En BANDA, Alfonso: Ob. cit., p. 23.

36 En este sentido la autora Yolanda Gómez Sánchez afirma que el derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es un problema de libertad por dos razones; la primera porque implica una elección que vincula con la libertad física de asumir derechos y obligaciones derivados de la procreación y una segunda razón porque las restricciones no provienen del cumplimiento de una pena sino que de un acto de libertad, cuyo ejercicio debe ser compatible con la libertad de los demás y con el respeto a la legalidad. Cfr. GÓMEZ, Yolanda: Ob. cit., p. 48.

37 Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol n° 634- 2006, 9 de agosto de 2007, Considerando 21°. En este sentido, interesante es lo que señalado por Eduardo Novoa Monreal cuando aborda el contenido del término vida privada señalando que no existe un único concepto, el cual varía según ciertas circunstancias, agregando que el componente cultural y social es de suma relevancia. Cfr. NOVOA, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, Madrid, 1979, pp. 42 y 43.

38 El apartado 1° del Artículo 10 de la Constitución Española señala que: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social* [Asimismo] *La sexualidad constituye una dimensión fundamental de la personalidad, y parte del contenido de la intimidad que constituye objeto de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 de la C.E. En este mismo sentido lo confirma la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional. En cuanto a la protección de los derechos de la infancia, la Constitución Española vincula [a la sexualidad] conforme a los acuerdos internacionales*. GOBIERNO DE ESPAÑA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: «Garantías jurídicas de los menores respecto a la sexualidad y la contracepción». Disponible en «<http://www.mspes.es/ciudadanos/proteccionSalud/adolescencia/ganarSalud/analisis.htm>» [última visita: 5 de junio 2012].

Sin embargo, se ha señalado que la procreación, es decir el acto de producir vida, no es algo que dependa exclusivamente de la libertad humana, sino que está determinada por múltiples factores naturales³⁹.

Con todo, el reconocimiento del derecho a procrear se daría por conexidad, esto es, aquel que no siendo calificado como fundamental por el texto constitucional -dicha fundamentalidad- le sería comunicada por la íntima relación con otros derechos fundamentales⁴⁰.

Reconocimiento que no resulta pacífico, cuando postulamos la existencia de un *derecho fundamental a procrear o tener hijos*, donde los límites y jerarquía dentro del ordenamiento nacional dependerán de la concepción imperante en la sociedad, y cuyos fundamentos son patrimonio de una determinada concepción filosófica, moral y política⁴¹.

Incluso, el reconocimiento del *derecho a procrear* bajo la fórmula de conexión con otros consagrados expresamente por el texto constitucional podría calificarse como *antidemocrática*, por suponer una voluntad presunta de aquel poder constituyente originario derivado de las actas constitucionales.

Sin embargo, cuando entendemos que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual posibilitando el *libre desarrollo de la personalidad*, es que es perfectamente viable configurarlo como derecho inalienable y esencial que emana de la naturaleza humana, y por ende, independiente de un reconocimiento constitucional expreso.

En definitiva, esta conclusión no sólo resulta coherente con una interpretación *pro homine*, propia del derecho internacional de los Derechos Humanos, sino que este mismo razonamiento ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia Rol n°519, permitiendo concluir que: *Todo órgano del Estado debe respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, independientemente de si se encuentran garantizados por normas constitucionales o del Derecho Internacional convencional*⁴².

39 Cfr. SILVA, Jaime: Ob cit., p. 303.

40 Cfr. CHINCHILLA HERRERA, Tulio: *¿Qué son y Cuáles son los derechos Fundamentales?* Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 104. En este sentido resulta interesante lo señalado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos que en el año 1942, en el caso *Skinner vs. Oklahoma* al juzgar un *statute* que autorizaba la esterilización de ciertos delincuentes sexuales declaró que la procreación debía considerarse un derecho fundamental de la persona, es decir, como un derecho de autonomía. Cfr. PRETOVICH HURTADO, A.: «La Biotecnología reproductiva humana y el derecho a procrear como derecho fundamental: alcance bioético». Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Carlos III de Madrid, 1993.

41 Cfr. NINO, Carlos: *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, 1997, p. 418. En un sentido similar Stuart Mill señaló en su artículo titulado Sobre la Libertad que: *Las preferencias y aversiones de una determinada sociedad, o de una parte influyente de la misma, son las que, de manera principal y en la práctica, han determinado aquellas normas que, bajo amenaza de sanción por la ley y la opinión, han de ser observadas por todos*. MILL STUART, John: *Sobre la Libertad*. Editorial Aguilar, Uruguay, 2010, p. 46.

42 PEÑA, Marisol: «La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitu-

En consecuencia, el *derecho a procrear* constituye una *norma fundamental adscripta*, pues su fundamento deriva de normas iusfundamentales expresamente estatuidas y sólo a través de una serie de interpretaciones invocadas más arriba⁴³.

En este contexto, el ejercicio del *derecho a procrear* bajo la técnica de la maternidad subrogada se ejecuta por *inmediación*, advirtiendo que tanto la mujer gestante como el sujeto subrogante -llámese éste parejas de igual o distinto sexo, mujer o hombre soltero, casado, homosexual o heterosexual- estarían ejerciendo dicho derecho, sin perjuicio de hacerlo con finalidades distintas y, que en nuestro parecer, no despojan la titularidad que detentan y que está vinculada estrechamente al ámbito de lo privado y de la libertad humana.

Hasta aquí entonces, será posible sostener que aquella voluntad procreacional derivada del ejercicio del *derecho a procrear*, es la que permite legitimar actualmente, la maternidad subrogada, fragmentando no sólo la maternidad sino que generando un cambio conceptual de lo que siempre entendimos por ser madre.

5. Importancia de la dignidad humana en el debate sobre el contrato de maternidad subrogada. La experiencia regulada española

El contrato de maternidad subrogada encuentra su fundamento en el ejercicio del *derecho a procrear*, sin embargo dado que su objeto es el útero de una mujer y su causa jurídica la concepción y posterior entrega de un sujeto, a cambio de una suma de dinero, se han generado diversas críticas que obligan a evaluar si su celebración califica dentro del *derecho a procrear*, o bien si resulta ser un atentado a la dignidad humana.

Entonces, y desde una dimensión constitucional surge la pregunta ¿cómo ponderamos en concreto la posible colisión del *derecho a procrear* con el derecho a la integridad y dignidad de la persona, este último sustento de la noción de persona en nuestra Constitución Política?

Dicha interrogante, obliga a señalar que la dignidad humana y la condición de persona es un aspecto fundamental a considerar, cuando se aborda la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, y en especial cuando se evalúan los límites del *derecho a procrear*. Atributo inalienable del individuo y que sustenta el argumento de los que en la actualidad han rechazado el contrato de maternidad subrogada.

cional Chileno». En *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, 2008, p. 219. Ver también Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol n° 519- 2006, 5 de junio de 2007.

43 En este mismo sentido Gonzalo García y Pablo Contreras han sostenido que el derecho de acceso a la información pública en Chile es posible construirlo como adscripción de normas iusfundamentales, que importa básicamente una actividad eminentemente normativa, argumentativa, doctrinaria y jurisprudencial. Cfr. GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo: «Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional». En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, Número 1, 2009, p. 141.

Esto lleva a precisar el concepto dignidad humana, y que la doctrina española define como:

*el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Entonces, la dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre, distinto de los demás seres vivos debido a que posee razón y libertad*⁴⁴.

Con todo, dicha definición, parece ambigua y poco clara, ya que sólo confunde con términos como naturaleza o categoría del hombre, los cuales no pueden ser definidos por el sentido común menos por la cultura, cuando esta última se presenta hoy por hoy como diversa y plural.

La crítica ha ido dirigida, como ya se apuntó, a señalar que la subrogación de útero en su variante onerosa atenta contra la dignidad humana, ya que se incluye como objeto del contrato a una parte del cuerpo que está fuera del comercio, pues la mujer no es un receptáculo ni el niño una mercancía.

En nuestra opinión, y siguiendo la línea argumental del profesor Pantaleón lo que se comercializa no es el niño, sino que la capacidad gestacional de la mujer, como ya se señaló, y que ejercería tanto su *derecho a procrear* como aquella libertad que la autoriza a disponer de su propio cuerpo⁴⁵.

Esto explica que el objeto de este contrato, el cuerpo de la mujer, en particular su útero se rechace, dada la imposibilidad de vender o alquilar partes que están fuera del comercio, como el sol o la luna⁴⁶. Además, puede dar lugar a casos de explotación de mujeres vulnerables, tomando en cuenta que, y a pesar del precio que se pague, el cuerpo humano no es una incubadora⁴⁷.

Por otro lado, y en este mismo orden de ideas, se plantea desde la doctrina española que:

*El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer y del hijo nacido. [Señala además] que la dignidad de ambos constituye el argumento principal para rechazar la práctica de la gestación por sustitución (...) la dignidad representa el minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar*⁴⁸.

44 FERNÁNDEZ SECADO, E.: «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico». En LÓPEZ MORENO, A. (dir.): *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid, 1999, p. 48.

45 Cfr. PANTALEÓN, E.: «Técnicas de reproducción asistida y Constitución». En *RCEC*, 15 (mayo-agosto, 1993), p. 133.

46 Cfr. RODRÍGUEZ, Dina: «Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato». En *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, año IV, Nº 11, 2005, p. 117.

47 Cfr. PASCUCCI, Enrico: «Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida». En *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Volumen I, Año 2003, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 16.

48 Cfr. GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 30. En este mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la*

Claramente, lo anterior se contrapone con la *voluntad procreacional*⁴⁹ que todo individuo detentaría, y que conforme a lo señalado previamente genera un conflicto entre el respeto a la dignidad e integridad humana y el *derecho a procrear*. En este sentido, es menester entender, desde el plano teórico, que estaremos ante un *conflicto de derechos* cuando:

*Dos derechos entran en conflicto, el resultado es que uno de esos derechos se cumple a expensas de otro. Es decir, un derecho es infringido por el ejercicio legítimamente permitido del otro. [También podría sostener que] un “conflicto de derechos” es una situación en la cual los derechos de dos personas no pueden ser ambos respetados; haciendo respetar cualquiera de ellos, impediremos honrar (honoring) el otro*⁵⁰.

De esta manera ante el eventual conflicto de derechos que plantea la maternidad subrogada tanto onerosa como gratuita, es dable distinguir cuál de los dos tipos atenta con la dignidad, tomando en consideración la Ley n°19.451 sobre Transplantes y Donación de Órganos, que en el Artículo 3 señala *que la donación de órganos sólo podrá realizarse a título gratuito y será nulo y sin ningún valor el acto o contrato que, a título oneroso contenga la promesa o entrega de un órgano para efectuar un transplante*.

En efecto, si bien la maternidad subrogada no involucra una donación sino que un arriendo, *porque en ella la mujer gestante no hace entrega de una parte separable de su cuerpo, sino que pone a disposición de otras personas algo tan intransferible y ligado a su propia integridad física como es un útero*⁵¹, la norma en comento resulta importante en términos orientadores, sobre todo cuando se postula por Enrico Pascucci que la maternidad subrogada con interés lucrativo:

*Plantea serias objeciones éticas, al señalar que, cuyo fundamento coincide con el de otras prácticas en la que interviene el aprovechamiento comercial del organismo humano, o alguna de sus partes. En suma, el interrogante que podemos plantear aquí sería el siguiente: ¿es éticamente admisible que una o varias personas se lucren mediante un supuesto de maternidad subrogada? Parece que la respuesta más razonable y coherente con la concepción occidental de la dignidad de la persona humana es la negativa*⁵².

persona. Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 82. También en GÓMEZ, Yolanda: Ob. cit., p. 102.

49 Se entiende como voluntad procreacional al deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. Cfr. BRESNA, Ingrid: «Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Biblioteca Virtual Mexicana. Disponible en «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>» [última visita: 5 de junio 2012].

50 MENDOCA, Daniel: *Los Derechos en Juego: Conflicto y Balance de Derechos*. Editorial Tecnos, p. 54.

51 SÁNCHEZ, Rafael: Ob. cit., p. 25.

52 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOFFE BENEGIU, J.M.: Ob. cit., p. 157.

De ahí que no sea extraño que Rafael Sánchez comparando ambos tipos, señale:

*Ciertamente, no admite el mismo juicio ético el comportamiento de una mujer que decide llevar adelante de forma gratuita la gestación de un niño a partir de células reproductivas de su hermana, víctima de una enfermedad o deficiencia que le impide gestar el niño por sí misma, que el de aquella otra mujer que se ofrece a llevar a cabo una gestación por encargo de una desconocida y a cambio de una suma de dinero*⁵³.

En consecuencia, cuando el contrato de maternidad subrogada de interés altruista entra en escena, éste asume un carácter solidario y libre de intenciones comerciales, sin perjuicio que el procedimiento sea el mismo. Sin embargo, este planteamiento se torna incompleto puesto que si bien no se arrienda el útero bajo condición de pago, en los hechos podrían generarse pagos encubiertos o clandestinos, bajo la forma de regalos o dádivas. De ahí que, deba preguntarse si lo anterior también importa un atentado a la dignidad, o bien si por el sólo hecho de no mediar contraprestación económica el atentado ya no es tal⁵⁴.

6. Alcance del concepto de dignidad humana tras una eventual admisión del contrato de maternidad subrogada en Chile

El debate acerca de si existe o no una vulneración a la dignidad tras la maternidad subrogada, debe centrarse en lo que actualmente entendemos por dignidad y en la manera en que ejercemos nuestro *derecho a procrear*.

Lo primero se condice con lo sostenido por el Tribunal Constitucional Alemán, en orden a considerar el contexto social cuando se evalúe algún atentado a la dignidad, sosteniendo que:

*El Derecho Constitucional positivo reside básicamente en la Constitución, integrada en su gran parte por preceptos impregnados de dimensiones que exceden el significado estricto del término legal y que no pueden ser activadas en la actividad jurídica, especialmente en la jurisdiccional, sin esos elementos que el Juez constitucional federal alemán Udo Di Favio contextuales al referirse a la dignidad humana, cuyo respeto “exige siempre un pensamiento contextual” y siendo la valoración de tal contexto imposible “sin una imagen del ser humano y de la sociedad impregnados de cultura”*⁵⁵.

En efecto, al ser la dignidad humana un concepto indeterminado cuyo contenido debe ser construido por el juez, y considerando que el carácter de la dignidad es

53 SÁNCHEZ, Rafael: Ob. cit., p. 26.

54 En este sentido, es posible advertir el caso de Ángela una madre gestante que cobró por el arriendo de su útero correspondiente a una suma compensatoria producto de los meses de inactividad laboral durante su embarazo, ya que sus razones fueron estrictamente altruistas. Cfr. EL PAÍS DIGITAL: «Una madre de alquiler da a luz a dos gemelos de dos parejas distintas», 23 de octubre de 1997. En PASCUCCI, Enrico: Ob. cit., p. 16.

55 DI FAVIO, Udo: *Die Kultur der Freiheit* (La cultura de la libertad). Editorial Beck, Munchen, 2005, p. 70. En Sentencia Tribunal Constitucional, Rol n° 787- 2007, 18 de diciembre de 2007, voto disidente, número 5.

propio de cada individuo y que debe evaluarse conforme al contexto social, es posible concluir que será patrimonio de cada sujeto la determinación de si efectivamente se ha vulnerado o no su propia dignidad e integridad corporal.

Dicho argumento se relaciona con lo que se ha denominado como las diversas funciones de la dignidad que no siempre corren en el mismo sentido, y que permiten comprender la importancia de ésta cuando se evalúan los derechos fundamentales. Al respecto, y siguiendo el esquema de César Landa, es posible identificar siete funciones de entre las cuales la legitimadora, temporal, limitadora, integradora y libertaria aparecen como básicas al evaluar el posible conflicto que se generaría al celebrar un contrato de maternidad subrogada⁵⁶.

Esto porque la dignidad en su función temporal constituye una expresión de la voluntad política de la comunidad respecto de sus principios y valores, generando estabilidad a la Constitución. Este aspecto permite vincular el contexto social con el contenido de aquella dignidad que se dice vulnerada, cuando se aborda la maternidad subrogada⁵⁷.

En consecuencia, la dignidad adquiere un carácter flexible y móvil, permitiendo

*integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social, en virtud del cual el texto literal de la norma constitucional se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la persona humana*⁵⁸.

Por otro lado, la función libertaria e integradora de la dignidad permite incluir dentro de su contenido no sólo la autodeterminación del individuo sino que también su libertad; aspectos que se vinculan directamente con los argumentos a favor del contrato de maternidad subrogada el cual, como ya se señaló, encuentra fundamento en el *derecho a procrear* relacionado con aquella esfera de libertad y autonomía del individuo.

Libertad vinculada de manera estrecha con la manera en que el individuo vive su sexualidad, asumiendo un significado que la autora J. M. Arregui explica señalando que:

El control despótico y la capacidad de modificar la propia corporalidad sexual pasan a constituir la esencia de la dignidad humana. De manera que

56 Cfr. LANDA, César: «Dignidad de la Persona Humana». En *Cuestiones Constitucionales*, Julio- Septiembre, Número 7, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 123-129.

57 En este sentido pertinente es lo sostenido por Ferrando Mantovani al señalar que: *Los eventuales conflictos entre el desarrollo de la ciencia y la dignidad de la persona humana se resuelven en uno u otro sentido según cual sea la concepción de fondo que el orden jurídico tenga respecto de la esencia del hombre*. MANTOVANI, Ferrando: «Diritto penale e tecniche biomediche moderne». En *L "Indice Penale"*, N° 1, 1988, p. 14. En ANDORNO, Roberto: *Ob. cit.*, p. 14.

58 DAU LIN, Hsu: *Die Verfassungswandlung*. Berlin and Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1932, p 32. En LANDA, César: *Ob. cit.*, p. 125.

el ser humano es digno porque el propietario de sí mismo, y su propiedad es, además, absoluta; y precisamente porque “tiene” -y no “es”- un sexo, su carácter sexuado no pertenece a su identidad sexual⁵⁹.

En definitiva, es posible sostener que la maternidad subrogada en especial su variante comercial, constituye una expresión clara del concepto dignidad; dado el carácter libertario y temporal, y cuyo ejercicio también podría catalogarse como digno. Se trataría de una nueva forma de la dignidad humana, sobre todo cuando se desarrolla en el ámbito de la procreación y con el libre consentimiento de las partes.

Sin embargo, este planteamiento no es del todo pacífico, sobre todo cuando se señala que

aunque exista una aceptación libre por parte de la persona, ello no desvirtúa la calificación del acto atentatorio de la dignidad. En cuanto valor informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto⁶⁰.

Con todo, y sin perjuicio de los anteriores planteamientos, es necesario preguntarse acerca del contenido de aquella dignidad humana y cuáles son los elementos que la singularizan. Esta determinación permitirá no sólo solucionar una eventual colisión de derechos sino que también evaluar si el ejercicio de la maternidad subrogada transgrede con aquella dignidad que se dice vulnerada, sin perjuicio, que en lo personal, constituya otra expresión más de aquella.

Lo segundo, se relaciona con la manera en que se ejerce el *derecho a procrear*, íntimamente relacionada con los límites de éste y cuyo respeto se transforma en el *minimum* infranqueable que la dignidad y respeto a los derechos de terceros exige.

Es decir, lo que se intenta señalar es que cuando se recurre a la maternidad subrogada de tipo altruista y onerosa se está ejerciendo el *derecho a procrear*, sin embargo cuando dicha técnica asume una modalidad contractual serán no sólo las condiciones y cláusulas del acuerdo sino un análisis que considere tanto la autonomía individual como el contexto social de la dignidad, las que determinarán en el caso concreto si efectivamente la subrogación de la maternidad vulnera aquel límite llamado dignidad humana.

Esto último, sin perjuicio que la maternidad subrogada y el ejercicio del *derecho a procrear* operan en ámbitos privados, pero también públicos, involucrando así intermediarios bajo la figura de agencias y clínicas especializadas en arriendo de útero dificultando cualquier solución que se proponga en el ámbito de la dignidad humana, sobre todo cuando se apela al *fenómeno de cosificación de la persona*⁶¹.

59 ARREGUI, J. V.: «La Homologación al matrimonio las parejas de hecho». En *Nuestro Tiempo* I/III, 1995, pp. 115- 116.

60 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: Ob. cit., pp. 113-114.

61 Roberto Andorno cuando se refiere al fenómeno de cosificación de la persona sostiene que: *Los más amplios derechos que recaen sobre las cosas dan la facultad de disponer de ellas. Por esto, cuando se dice que se trata a algo como “cosa”, se quiere significar que se la puede poseer, usar, y en última instancia destruir.*

Un posible criterio de solución a esta colisión de derechos está dado según el modo en que se presente la maternidad subrogada, no existiendo una solución única y definitiva al respecto. Será entonces tarea del sentenciador determinar en el caso concreto, considerando no sólo la concepción y el contexto del concepto dignidad sino que también el contenido del *derecho a procrear*, si el contrato de maternidad vulneró o no la dignidad tanto del nacido como de las partes.

Se trataría de dos elementos fundamentales a la hora de ponderar y resolver dicha tensión de derechos, íntimamente vinculada con una elección de entre las diversas concepciones de dignidad existentes y con los límites del *derecho a procrear*.

En suma, la dignidad y su contenido no deben quedar petrificados por los siglos de los siglos, sino que exigen ser reinterpretados por el contexto social actual, los avances de la ciencia y la cultura de las comunidades. Sólo así, podremos dar una respuesta sensata y honesta a la admisión, regulación o condena del contrato de maternidad subrogada el cual también es otra forma de expresar la dignidad humana, no exento de críticas, y sin duda coherente con el contenido del *derecho a procrear*.

Si se siguiera una solución basada en valores tratando de imponer una determinada moralidad se cometería un grave error generando así y como bien lo señala un autor, una tiranía de valores⁶², vulnerando el imperativo constitucional de la mayor realización espiritual posible del individuo.

Y es por esta razón que la intromisión en Chile del Derecho Penal bajo un proyecto de ley que sanciona esta técnica con el tipo penal de la sustitución de la maternidad, se explica por el argumento de J.L. González, quien a propósito del debate en torno a la nueva legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, sostiene que:

El Progreso de Ciencias tales como la Biomedicina o la Biotecnología obliga al sistema jurídico a resolver un innegable conflicto entre diversos y múltiples intereses en juego, ofreciendo cobertura al derecho fundamental a la producción, creación y desarrollo científicos, a la protección a la familia e, indirectamente, a la mejora de la salud, que el uso de estas nuevas técnicas puede comportar, pero, a la vez, obliga a acotar su uso, fijándole límites ciertos e infranqueables, pues de otro modo pueden resultar gravemente lesionados bienes jurídicos personales como la vida, la salud, la intimidad o la libertad⁶³.

Esto último aplicado al hombre es sinónimo de: causarle la muerte (...) La concepción utilitarista del hombre lo considera a éste en la perspectiva de hombre-cosa, hombre-masa, hombre-medio, y como tal instrumentalizable para fines extrapersonales. ANDORNO, Roberto: Ob. cit., pp. 14 y 26.

62 El surgimiento del concepto "Tiranía de los valores" fue introducido por Nicolai Hartmann señalando que: *Todo valor tiene la tendencia de erigirse en único tirano del ethos humano en su totalidad y, de hecho, a costa de otros valores, incluso aquellos que no se le oponen diametralmente (...)* Tal tiranía de los valores ya es claramente visible en los tipos unilaterales de moral vigente y en la consabida impaciencia frente a una moral extraña (incluso cuando es deferente). También se ha señalado a modo ejemplar que cuando la dignidad aún no era un valor sino algo esencialmente distinto, el fin no podía justificar los medios. Que el fin pudiera justificar los medios se tenía por una máxima abominable. Cfr. SCHMITT, Carl: *La tiranía de los Valores*. Editorial Hydra, Buenos Aires, 2009, p. 140.

63 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Título V: Delitos relativos a la manipulación genética». En *Vives Anton*, T.S.

La explicación anterior refleja una particular visión de la ética y la moralidad social permitiendo evaluar tres aspectos que se constituyeron como importantes para el debate legislativo español, al evaluar la técnica la maternidad subrogada.

7. Dignidad de la persona humana y Derecho a procrear. Análisis de la maternidad subrogada desde la experiencia regulada española

En el debate jurídico español, tanto en los fundamentos a favor como en contra de la maternidad subrogada, la *dignidad humana* y el *derecho a procrear* configuraron el eje de la discusión. Sin perjuicio de ello, y a modo introductorio, es preciso señalar que la normativa que regula las técnicas de reproducción asistida en España está contenida en la Ley nº35/1988 reformada por la actual Ley nº14/2006 y la Ley nº42/1988 sobre Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos⁶⁴.

Así las cosas, el Artículo 10 de la Ley nº35/1988 y mantenido por la Ley nº14/2006 establecen la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada, oneroso o gratuito, mediante una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, quedando determinada la maternidad por el parto, siguiendo el principio romano *pars viscerum matris* o parte de las entrañas de la madre y permitiendo además la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, según las reglas generales⁶⁵.

Dicha disposición, una vez revisada la historia legislativa de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida, es coherente con las argumentaciones y recomendaciones de la “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial Humana” conocida como la Comisión Palacios, constituida el 29 de mayo de 1985 e integrada por biólogos, abogados, teólogos, filósofos y moralistas cuyas recomendaciones y conclusiones, luego de un intenso debate, derivaron en una propuesta legislativa sobre la materia discutida y que se reflejó posteriormente en las leyes más arriba mencionadas.

El primer aspecto a evaluar dice relación con el conflicto entre la libertad de la mujer y dignidad de la persona humana, sosteniendo que estos derechos en

Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I (Arts. 1 a 233), Valencia, 1996, pp. 815-816.

64 La ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida en su Artículo 5, señala que: *La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado (...) La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.* COLLADO, Miguel: «La nueva ley de reproducción asistida humana. Aspectos civiles». En *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial. Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Cuadernos de Derecho Judicial, Numero XI, 2006, p. 143.

65 Cfr. COLLADO, Miguel: Ob. cit., p. 155.

contraposición deben hallar la ubicación más deseable para el bien común que el Estado debe proteger, y donde los derechos subjetivos que nacen de las relaciones familiares quedan excluidos de la libre disponibilidad de las partes señalando que: *los hijos tienen fines propios y no deben ser instrumentalizados para la satisfacción de los sentimentalismos de una mujer solitaria*⁶⁶.

En el mismo sentido, desde la teología el profesor Gafo Fernández sostuvo en una de las sesiones de la Comisión que existe una tendencia a reprobar éticamente la maternidad subrogada, principalmente porque deriva en la comercialización de la vida humana dada la experiencia del embarazo⁶⁷.

Esto parece atendible desde una concepción valorativa de lo humano y que en palabras del catedrático de Teología Moral, Vidal García, rompe con aquella unidad de valor en la maternidad que no se respeta generando una distorsión humanizadora en las técnicas de maternidad por alquiler o maternidad subrogada⁶⁸.

Sin embargo, y considerando lo anterior, durante el debate surgieron ideas referidas a establecer una *autorización limitada de la maternidad subrogada* sólo cuando ésta sea del tipo altruista o gratuita, restringiéndola a parejas estériles y aconsejando que la mujer portadora provenga del entorno de la pareja solicitante⁶⁹.

Efectivamente, si bien se abrió la posibilidad a su admisión, desde una perspectiva constitucional y considerando el estatus de los derechos involucrados, se afirmó que:

*En la fecundación artificial pueden estar afectados derechos fundamentales y de la personalidad, como la integridad física, la intimidad personal y familiar, el derecho a la salud y a la procreación. En general resalta siempre el respeto a la dignidad de la persona y la sujeción a la Constitución de los ciudadanos y de los poderes públicos (...)*⁷⁰.

Un segundo aspecto que en el debate español aparece como relevante vincula con el deseo de una pareja infértil por tener descendencia y la existencia de un *derecho a procrear*, evaluando si aquel es absoluto o si presenta límites, concluyendo al respecto que:

La Comisión Especial cree objetivamente que no [debería autorizarse la maternidad subrogada], que las implicaciones son, individual, ética, social y legalmente demasiado graves y complejas, máxime si los riesgos a correr se producen para satisfacer no un hecho de urgencia vital, sino un deseo maternal

66 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, Número 74.1, p. 10.

67 Cfr. CONGRESO ESPAÑOL: Diario de Sesiones del Congreso, Número 376, 27 de noviembre del 1985, p. 11.470.

68 CONGRESO ESPAÑOL: Ob. cit., p. 11480.

69 Cfr. MARTÍNEZ -PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOFFE BENEGUI, J.M: Ob. cit., p. 97.

70 MORO, María Jesús: *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación "in Vitro"*. Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 341.

*muy loable, pero que no puede considerarse un derecho absoluto a satisfacer desde perspectivas unilaterales*⁷¹.

En efecto, y siguiendo el planteamiento de la Comisión Carlos Lema Añón ha señalado que el deseo de paternidad no constituye un argumento válido para reconocer el *derecho a procrear*, pues las motivaciones y deseos no equivalen al reconocimiento de un derecho⁷².

Por último, un tercer aspecto a destacar dice relación con los titulares de la técnica de maternidad subrogada señalando la Comisión que:

*Lo deseable para el legislador es que el hijo nazca en el seno de una familia, y engendrado dentro del matrimonio. Estas condiciones son las que mejor facultan el desarrollo de la personalidad del hijo. Las prácticas artificiales, en cuanto implican desviación de estos principios, sólo pueden ser admitidas excepcionalmente por razones muy cualificadas*⁷³.

Esto implicaría excluir a la mujer y hombre solteros, sin embargo permite incluir a aquellas parejas del mismo sexo, que en España pueden contraer matrimonio y formar familia.

De esta manera, es posible apreciar que del debate seguido en España en torno a la maternidad subrogada, la dignidad humana representa la piedra angular que decide prohibir y sancionar el contrato por medio del cual se renuncia a la filiación. Esto por diversos imperativos éticos, sociales, legales y considerando el eventual conflicto entre dignidad y libertad, fundamento esta última del *derecho a procrear*, señalándose al respecto que:

*En cuanto a la libertad para decidir, siendo respetuosos con los derechos que la Constitución protege, estimamos que no puede negarse, pero que está sometida normalmente a condicionantes y jerarquías sociales y legales, (...) de tal manera que las renunciaciones, transacciones etc.; quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado familiar (...)*⁷⁴.

En consecuencia, en el debate legislativo español el carácter de las relaciones familiares, el derecho del hijo a una familia y una determinada interpretación de la *dignidad humana*, constituyeron el principal argumento para prohibir en cualquier circunstancia el contrato de maternidad subrogada, y que a fin de cuentas implicó una elección de lo que significa ser madre y de los límites que tendría el *derecho a procrear*.

71 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOFFE BENEJUI, J.M.: Ob. cit., p. 101.

72 Cfr. LEMA AÑÓN, Carlos: *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Editorial Trotta, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Madrid, España, 1999, pp. 295-307.

73 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, Número 74.1, p. 10.

74 Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas, capítulo V: Gestación de sustitución. pp. 116-123. En MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOFFE BENEJUI, J.M.: Ob. cit., p. 99.

8. Conclusiones, críticas y comentarios

La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al *derecho a procrear*.

Dicho antecedente fue vital a la hora de analizar el conflicto de derechos, pues permitió conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada, entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría éste, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física, que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional⁷⁵ y las cuales Chile ha suscrito.

Asimismo, la existencia de un *derecho a procrear* en Chile fundamentado bajo la teoría del derecho fundamental adscrito y su conexión con otros derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución al “asegurar a todas las personas”, permitió no sólo definir las cualidades que definen la persona humana, entre ellas el ejercicio de la reproducción, sino que además proponer el ejercicio por intermediación del *derecho a procrear*, cuando éste se sirve de la maternidad subrogada.

Con todo, y sin desconocer que el análisis de la dignidad de la persona fue clave a la hora de determinar la legitimidad del contrato de maternidad subrogada, permite comprobar que el ejercicio de la reproducción, por medio de dicho procedimiento -considerando la esfera de libertad que detenta- igualmente es expresión de la dignidad humana, sobre todo cuando el contrato de gestación por encargo es de tipo altruista o gratuito.

Se trataría de una nueva forma de expresar la dignidad humana que se desarrolla en el ámbito de la procreación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el libre consentimiento de las partes.

75 Cfr. La Convención de los Derechos del Niño señala en su Artículo 8 que: *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.* En este sentido, la Convención Europea de Bioética, que acuerda entre todos los países europeos límites éticos a la investigación científica, en su Artículo 21 señala: *que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.* En Chile, ver Boletín n° 6306-07 sobre Sustitución de la maternidad.

Por otro lado, cuando se analizaron las normas referidas a la adopción, maternidad y filiación, fue posible advertir que si bien nuestra legislación sigue el principio romano *pars viscerum matris* o parte de las entrañas de la madre, a nuestro entender la relación de filiación no debe quedar determinada exclusivamente por un mero aspecto biológico-genético, sino que es necesario reconocer el contexto social del menor, que guarde coherencia con los principios que informan nuestro Derecho de Familia, en especial el *interés superior del niño*.

Esta advertencia, que implica la asunción de un nuevo paradigma en el Sistema Filiativo Chileno, permite darle un real y operativo contenido del *derecho a procrear* puesto que permite redefinirlo conforme a los avances de la técnica, que dan cuenta no sólo de los cambios culturales en materia de reproducción y maternidad, sino que también de los titulares involucrados.

De ahí que resultará interesante para esta investigación analizar los ámbitos involucrados en el *derecho a procrear*, y que exigen un tratamiento constitucional que considere no sólo la dignidad humana sino que aquel ámbito de libertad que pertenece a cada ser humano, considerando que la sexualidad corre en ámbitos públicos pero también privados.

Ámbitos que deben ser considerados cuando se evalúa el contenido del *derecho a procrear* en Chile, pues si bien la reproducción pertenece a la intimidad de cada sujeto y debe vivirse libre de interferencias externas sus efectos jurídicos exigen protección estatal que en el caso de la maternidad subrogada requiere contar necesariamente con una legislación que regule las técnicas de reproducción asistida destinando recursos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad.

En consecuencia, el *derecho a procrear* en su sentido positivo y negativo implica no sólo una protección a la salud, integridad y dignidad de los individuos, libre de discriminación, en su esfera de libertad procreativa, sino que también un respeto por parte del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada estrechamente a la dignidad humana que posee una función libertaria y un contenido histórico.

Libertad y dignidad, permiten admitir el contrato de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes, ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la capacidad generativa de una mujer, considerando también que dicha esfera reproductiva le pertenece exclusivamente a la mujer en virtud de su *derecho a procrear*.

Vale decir, el efecto filiativo del contrato de maternidad subrogada no es sustituir la maternidad, sino como bien se expresó por uno de los académicos de la "Comisión Palacios", constituirse en una adopción prenatal que guarda coherencia con los principios que informan la Ley nº19.620 sobre adopción en Chile, sobre todo con el de *interés superior del niño*.

En efecto, al evaluar el contrato de maternidad subrogada se hace necesario distinguir dos aspectos: por un lado la nulidad del acuerdo conforme los artículos

del Código Civil que abordan dicha materia y por otro los efectos jurídicos vinculados al Derecho de Familia como la determinación de la filiación del nacido, fruto de esta técnica; o los derechos, deberes y beneficios de los padres vinculados a la maternidad.

El primer aspecto, se resuelve analizando la normativa sobre contratos y que conforme a ella la capacidad gestacional no está disponible para el comercio humano, sin perjuicio que dicha esfera de libertad le pertenece a la mujer al estar ejerciendo su *derecho a procrear*. Este argumento igualmente aplica cuando en el contrato de maternidad subrogada media contraprestación económica sólo cuando ésta cubra los gastos médicos asociados o las eventuales rentas que la madre gestante dejase de percibir.

El segundo aspecto, que corre independiente de la nulidad del contrato de maternidad subrogada dice relación con los efectos jurídicos que trae consigo el que un tercero geste un niño y lo ceda a otro, compartiendo la idea de determinar la maternidad en favor de la que encargó el hijo y no de la madre gestacional.

En consecuencia, que la normativa española sobre técnicas de reproducción asistida declare nulo el contrato de maternidad subrogada o el proyecto de ley sobre sustitución de la maternidad sancione dicha práctica, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no sólo su dignidad como individuo sino que también la de la mujer que lo gestó.

De ahí que, ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista a todo evento, y el oneroso sólo cuando el pago se relacione con los gastos asociados al embarazo o cuando éste se vincule con la indemnización de la mujer que gestó y dejó de percibir rentas laborales durante dicho periodo.

Lo anterior, exige que la legislación que regule dicha técnica considere los diversos ámbitos involucrados tales como el derecho civil, el derecho penal que condiciona o sanciona su uso y el derecho administrativo en materia sanitaria, señalando los centros médicos y profesionales competentes.

Sobre todo cuando se exige del orden legal coherencia y razonabilidad, cuando le toca enfrentarse a estas nuevas realidades sociales, intentando integrar no sólo la *dignidad del individuo* sino que también el *derecho a procrear*.

Se puede concluir que la maternidad subrogada debe evaluarse desde *lo que se puede hacer* y no desde *lo que se debe hacer*, considerando el *derecho a procrear* y la *dignidad humana*, interpretando esta última bajo una mirada amplia que agrupe tanto su función temporal y libertaria, y que ante el conflicto entre lo éticamente aceptable y la autonomía de la voluntad, se opte por la última.

Autonomía y dignidad que corren inmersas por el ideal del progreso y superación de los conocimientos estructurando la lógica de la *acción técnica instrumental*,

en pos de la humanidad mejorando así las condiciones de vida de todos los seres humanos.

De esta manera, frente al conflicto entre el *derecho a procrear* y la dignidad humana luego de estudiar el contrato de maternidad subrogada, puede afirmarse que hombres y mujeres, a través de sus actos y anhelos, asumen un rol determinante contribuyendo a dignificar aquel estado de privilegio llamado maternidad.

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEY "SÚPER 8": ¿DEBE EL ESTADO REGULAR LA ALIMENTACIÓN DE LOS/AS NIÑOS/AS?

Constanza Aliste Requena*

1. Antecedentes

El Proyecto de Ley sobre rotulación de alimentos, ingresado por un conjunto de Senadores¹ en base a las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), pretendía instaurar y mejorar las políticas públicas existentes para la lucha contra la obesidad social, especialmente la infantil. En el año 2008 se realizó un Congreso en la ciudad de Valparaíso, donde participaron diversos expertos internacionales y nacionales, sociedades científicas, asociaciones de consumidores y ciudadanos ávidos de ser partícipes de lo que se propiciaba como uno de los cambios más relevantes en la historia de la salud pública, que vino a complementar y abrir el debate sobre la regulación de los alimentos altos en azúcares, grasas y sodio.

Pero cabe preguntarse ¿Por qué el Estado debe regular el mercado alimenticio? ¿Esta regulación genera beneficios para la sociedad?

Ante estas interrogantes, no cabe más que responder que el interés del Estado se inserta en un mercado alimenticio que no ha sido eficiente en la asignación de los recursos, es decir, no ha llegado a un *Óptimo de Pareto*, por cuanto, aún es posible mejorar la situación de la sociedad, especialmente de los niños, sin desmejorar la situación de las empresas productoras de alimento, dado que la regulación no afectaría en principio la utilidad de las empresas. En síntesis, podríamos decir que la regulación estatal buscaría corregir algunas fallas de mercado que logran identificarse a continuación.

Una de las primeras fallas que podemos identificar, que justificarían la intervención estatal, es la asimetría de información existente en los consumidores al momento de elegir los productos alimenticios; asimetría que se acrecienta en los consumidores escolares, que dada su corta edad, no poseen un adecuado discernimiento respecto de los alimentos buenos o malos para su metabolismo y salud. Conforme a un estudio desarrollado en nuestro país el año 2010, el 82% de los niños en nuestro país escoge alimentos poco saludables por su sabor agradable, desconociendo su alto contenido en grasas, azúcares y sodio².

* Estudiante de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

1 A la fecha de este artículo, el proyecto de ley finalizó su tramitación en el Congreso Nacional. Actualmente continúa su tramitación en el Tribunal Constitucional. Boletín 4921-11.

2 BUSTOS N. y COLS: «Colaciones habitualmente consumidas por niños de escuelas municipalizadas: motivaciones para su elección». En *Revista Chilena Nutrición*, volumen 37, n°2, Santiago, 2010, p. 182.

En general, la calidad de un producto no es verificable por el consumidor ni aún luego de su compra. Esto implica que las características del producto deben ser inferidas en base a la información otorgada por los productores y como ésta es deficiente, cae el supuesto de un mercado perfecto, donde los oferentes y demandantes poseen la misma cantidad y calidad de información. Además, la poca información que es entregada a los consumidores se expresa mediante una tabla nutricional en el envasado del producto, que no es comprendida por los usuarios³, y por tanto muchos se limitan a la lectura de la fecha de vencimiento del producto.

Otra falla de mercado que puede detectarse como fundamento de una regulación estatal, es la presencia de externalidades negativas en el mercado. A consecuencia del consumo indiscriminado y desinformado de alimentos altos en grasas, azúcares y sodio, se produce en la sociedad una tasa de sobrepeso y obesidad importante para la población. Conforme a datos entregados por la JUNAEB, alrededor del 70% de los niños de primer año básico del país tiene sobrepeso y/o obesidad⁴. Este efecto supone que el Estado (y no la empresa productora y distribuidora de alimentos) contemple en el futuro, como integrante del presupuesto de salud pública, las diversas complicaciones que se derivan de un aumento de peso, a saber las más comunes: diabetes, problemas cardiovasculares, hipertensión, entre otros.

Además, en una sociedad con niveles altos de sobrepeso y obesidad, existe una baja perspectiva de empleos para la gente con estos trastornos alimenticios. Esto debido a que los empleadores tendrían expectativas menores de productividad para la gente obesa en comparación con una persona de peso normal. Así lo demuestra la experiencia comparada de Estados Unidos, donde la gente obesa gana hasta un 18% menos que la gente de peso normal, demandan más beneficios en el trabajo y además se ausentan más días por problemas derivados de su enfermedad⁵.

Finalmente, podemos encontrar una falla del individuo, puesto que cuestionando el supuesto del mercado perfecto donde el hombre actúa racionalmente desde la perspectiva económica, en el comportamiento del consumidor influyen distintas variables en la decisión de compra, en base a aspectos socioeconómicos y a los propios hábitos alimenticios, prejuicios o gustos en determinadas comidas, que en muchos casos no responden a la eficiencia económica respecto de la decisión. El consumidor tiende a no elegir aquel producto que le reporte mayores beneficios alimentarios, sino aquel que por ejemplo, condicionado por la publicidad, le es

3 CARRERO, I.; VALOR, C.; ROSA, J. *Fomentando el consumo responsable en España. Documento de orientación de políticas públicas. Basado en estudio de la relación del consumidor con las etiquetas sociales y medioambientales*. Disponible en «http://www.council-consultores.com/uploads/documentos_adjunto/documentos_adjunto263.pdf» [última visita: 4 de junio 2012].

4 MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas. *Estado nutricional de escolares chilenos de primer año básico*. Disponible en «http://www.junaeb.cl/mapa_nutricional_2009» [última visita: 4 de junio 2012].

5 OCDE. *Obesity and the economics of prevention: fit not fat*. Disponible en «<http://www.oecd.org/dataoecd/13/20/46068529.pdf>» [última visita: 4 de junio 2012].

más atractivo. Podríamos con audacia indicar que la mantención de la conducta de niños de comprar alimentos “no saludables” se mantendrá en el tiempo, repitiendo conductas de selección desinformada que realizan sus padres.

2. Razones que se han dado para regular y cuáles para no regular

Una de la razones que han sido dadas como argumentos para rechazar el Proyecto de Ley de rotulación de alimentos, es decir, para no regular el mercado alimenticio, es que la Ley sería un tanto arbitraria, puesto que da el mismo tratamiento a alimentos y drogas, creando una norma prohibitiva de venta, distribución e incluso consumo.

Además, fijar la publicidad en horario nocturno, como indica el Artículo 7 del Proyecto, también coartaría la libertad de emitir información, que en muchos casos no es sólo propaganda para que los clientes adquieran el producto, sino que también otorga información nutricional importante. Al mismo tiempo, fijar por parte de la autoridad la receta de alimentos envasados afectará derechamente la propiedad de los productos, por cuanto se estandarizará y se prohibirá la innovación y desarrollo de los envasados, parte fundamental e integral de un producto, pues representa e identifica su calidad. Por tanto, la Ley, como afirma Marisol Figueroa, *no contribuirá a reducir la obesidad, sólo se basará en prohibir*⁶. Sin embargo, este no es un argumento válido para restarle importancia a la regulación, debido que a través del Proyecto no se intenta limitar la propiedad que tienen las empresas de sus productos, sino que el fin último de la norma es estandarizar y otorgar mayor información a los consumidores respecto de los componentes que contienen los productos, en especial a los padres, ya que ellos son quienes finalmente forman los hábitos alimenticios de los hijos, los que por falta de discernimiento para distinguir los alimentos saludables de aquellos que tienen grato sabor, se tornan incapaces de tomar decisiones adecuadas y eficientes respecto de su alimentación con relación a su peso y a su futuro.

Un segundo argumento contrario a la regulación, es que por medio de esta Ley se genera en la autoridad normativa una conducta de “policía alimenticio” (en palabras del propio Ministro de Salud), significando un retroceso importante en materias de libertad, donde es la persona y no el Estado quien debe decidir, *una decisión tan básica como la de elegir qué comer no puede ser regulada por el Estado*⁷. Si a los jóvenes se les considera imputables bajo la ley penal desde los 14 años, siendo consecuentes con dicho razonamiento, debieran ser considerados capaces de tomar decisiones sobre qué alimentos consumir, sin dictar normas prohibitivas que finalmente coartan la libertad fundamental del ser humano.

6 Conforme a declaraciones de Marcela Figueroa, Gerente de Alimentos ChileAlimentos. Disponible en «http://economia.terra.com.ve/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201104181059_INV_79617963» [última visita: 4 de junio 2012].

7 Editorial Diario Financiero: *Leyes buenas, leyes malas*. Disponible en «http://m.df.cl/leyes-buenas-leyesmalas/prontus_df/201104-26/214541.html» [última visita: 4 de junio 2012].

Finalmente, un fuerte argumento esgrimido por aquéllos contrarios a la regulación por medio de la “Ley Súper 8”, es que el camino correcto para combatir los problemas de obesidad e información alimenticia no pasa por restringir la venta de alimentos en establecimientos educacionales, ya que el consumo de comida chatarra también es asequible a ellos en centros comerciales, negocios del barrio, etc. Restringir la venta de alimentos tal como se proyecta en la Ley, es decir a los negocios al interior y cercanos a los establecimientos educacionales únicamente, además de atentar con la garantía constitucional del Artículo 19 n°21, podría ser también un grave atentando contra los derechos de los consumidores.

En cambio, las razones a favor de regular finalmente el mercado alimenticio son variadas. En primer lugar, podemos encontrar un argumento desde un punto de vista internacional, es decir, sujetarse a las recomendaciones y tendencias mundiales respecto del consumo de alimentos altos en grasas, azúcares y sodios. Sobre esta materia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a través de su Presidente, advirtió que el sobrepeso y la obesidad no sólo ponen en riesgo la salud de la población, sino también sus finanzas y futuro, puesto que las externalidades del mercado afectan la vida de las personas, por ello regular la publicidad y etiquetado de la comida chatarra es necesario⁸. Además la OMS recomendó a los países afiliados controlar la difusión de publicidad de alimentos altos en grasas para mejorar la alimentación de los niños. Conforme al texto que elabora la OMS, las estrategias pueden ser variadas, ya sea reduciendo la exposición a la promoción de los productos o legislando sobre los canales y horarios televisivos que transmiten la propaganda de los productos (ambas medidas recogidas en el proyecto de Ley en discusión⁹). Al mismo tiempo, la OMS destaca el papel de la escuela como una poderosa cadena para promocionar alimentos saludables a los niños¹⁰.

Otro fuerte argumento a favor de la “Ley Súper 8”, es que a través de ella se logrará disminuir cuantitativamente los niveles de obesidad, puesto que ayudará a crear hábitos alimenticios saludables, ya que en remplazo de la venta de “comida chatarra”, los negocios de los establecimientos educacionales deberán ofrecer comidas saludables. Al mismo tiempo, con el aumento de la actividad física, se erradicarán las conductas sedentarias arraigadas en nuestra sociedad. Este argumento, si bien desde el punto de vista del sedentarismo es aceptable, ya que de acuerdo a la Encuesta Nacional de Salud al menos el 90% de la población es sedentaria¹¹, el aumento de las horas de actividad física en establecimientos educacionales no

8 GURRÍA, José Ángel: *A propósito de un discurso para el gobierno mexicano*. Disponible en «<http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n1924317.htm>» [última visita: 6 de junio de 2012].

9 *La OMS pide disminuir los anuncios que exponen el consumo de comida chatarra*. Blog de Opinión. Disponible en «<http://quesespera.wordpress.com/2011/01/23/la-oms-pide-disminuir-los-anuncios-que-expone-el-consumo-de-comida-chatarra/>» [última visita: 6 de junio 2012].

10 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Marketing of food and non-alcoholic beverages to children*. Disponible en «<http://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/Oslo%20meeting%20layout%2027%20NOVEMBER.pdf>» [última visita 6 de junio de 2012].

11 CHILE. Ministerio de Salud. *Encuesta Nacional de Salud*, 2003.

erradicará el problema de raíz; son necesarias políticas estables, permanentes y de acuerdo a la población en general que fomenten el deporte, la vida saludable y el cambio de hábitos alimenticios. El tema de la educación en salud debiera pasar por políticas públicas orientadas a entregar información y también medios directos de actividad física, y no tan sólo por prohibiciones respecto de los alimentos que pueden y no pueden ser consumidos.

Finalmente, un argumento esgrimido es que la rotulación de alimentos disminuirá la asimetría de información existente entre los productores de alimentos y los consumidores, ya que por medio de una clasificación clara y con palabras tales como “ALTO en grasas”, “ALTO en azúcares” y “ALTO en sodio”, la gente podrá de manera fácil y entendible, saber realmente y de manera entendible la cantidad de componentes que tiene y su relación con el daños que ello representa para su salud.

2.1 ¿Son las razones a favor suficientes para justificar la regulación del mercado de la comida, en particular, prohibir la venta de ciertos alimentos en ciertos establecimientos educacionales?

Los argumentos a favor para la regulación justifican la intervención estatal en el mercado alimenticio, especialmente en la distribución y propaganda en los establecimientos educacionales. Existe hoy una tendencia mundial de regular la comida que se expende en los colegios¹², puesto que la autorregulación que por años se sostuvo a favor del propio mercado, demostró un efecto colateral que hoy ha sido catalogado como “la pandemia de la obesidad”.

Un claro ejemplo de la efectividad de una regulación en esta materia, es el caso de la intervención estatal en Brasil, ya que los datos de obesidad son similares a los de Chile¹³. En el año 2000 se inicia un programa nacional de alimentación y nutrición, a través de reglamentación en el etiquetado de alimentos por tamaño, valor acordado técnicamente. Además se reguló la propaganda para los niños en edad escolar. En la alimentación escolar, se destinó el 70% del presupuesto a verduras y frutas y a alimentos mínimamente procesados adquiridos localmente, incluyendo también en una intervención en los kioscos de los colegios. Respecto a este punto, es sumamente importante generar los cambios en la dieta chilena, puesto que se ha transformado en muchos casos en hipercalórica, por tanto, a través de la legislación de alimentos, se pueda también propender a la expansión de la dieta tradicional, con aporte de verduras orgánicas y alimentos ricos en nutrientes¹⁴.

12 El Estudio sobre Políticas y Programas de Salud en las Escuelas (*School Health Policies and Programs Study* o SHPPS) de 2006, demuestra que tras la regulación sobre venta de comida chatarra en EE.UU, las máquinas expendedoras que venden agua aumentó del 30% al 46% desde el año 2000 al 2006.

13 MARDONES, F., LEIGHTON, F., ROZOWSKI, J.: *Segundo Informe y Final del estudio: Propuesta de Modificaciones Regulatorias que tengan Evidencias en Apoyo a la Disminución de la Obesidad*. Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p. 84.

14 LEIGHTON, Federico: «Diets Mediterráneas: ¿Es la dieta chilena una de ellas?». En *Revista Chilena de Nutrición*, volumen X, 2001, pp. 284-289.

3. Aspectos más relevantes del proyecto de Ley. Fortalezas y Debilidades

La regulación que se intenta introducir mediante el Proyecto de Ley de rotulado de alimentos, incorpora normas que dicen relación con la prohibición de publicidad, venta, aumento de horas de educación física y regulación de los ingredientes que deben tener los alimentos que se encuentran comprendidos en la iniciativa.

En primer lugar, respecto de la rotulación de los ingredientes, el Artículo 2 del Proyecto, describe la obligación para fabricante e importadores de expresar en orden decreciente las porciones e información nutricional en porcentajes. Además mediante el Artículo 5 se propone introducir en las etiquetas las palabras “Alto en grasas”, “Alto en azúcares”, y otros, según corresponda.

Sin embargo, la obligación se introduce sólo para los alimentos envasados, olvidando que gran parte del comercio, y causa de la obesidad que se quiere revertir, se produce por la venta de alimentos igualmente altos en grasas, azúcares y sodio que no son envasados (por ejemplo: completos, hamburguesas, sopaipillas, etc.), entonces la regulación sería un tanto innecesaria, ya que los alimentos envasados ya están regulados a través de un reglamento del Ministerio de Salud.

La obligación de agregar en el envasado la palabra “alto”, es un aporte importante para disminuir la falta de información de los consumidores, puesto que ayuda a comprender de manera fácil y rápida aquellos productos que pueden, en exceso, poner en riesgo la salud. Entonces, sería mucho más factible y propio añadir esta obligación por vía reglamentaria.

Uno de los puntos más novedosos e importantes de esta Ley es la prohibición de transmitir propaganda comercial del Artículo 7 del Proyecto y la prohibición de utilización de ganchos comerciales para lograr la adquisición del producto. Está comprobada la existencia de una relación directa entre la propaganda comercial de los alimentos y el consumo de dichos productos¹⁵ por niños. También la prohibición de ganchos comerciales es un avance para la legislación en materia alimenticia, ya que por este subterfugio, muchas empresas tienden a potenciar indirectamente el consumo de alimentos en niños.

Incluir entonces regulación en este sentido es también ser partícipes de las tendencias mundiales de regulación de alimentos que buscan la disminución de la obesidad y el sobrepeso. Conforme a la sugerencia de la OMS, dada la influencia de hábitos alimenticios que se transmite por los medios de comunicación, es importante para Chile tener una propaganda que además de advertir los efectos nocivos de los alimentos altos en grasas, azúcares y sodio, propenda a una alimentación saludable.

En cuanto a la regulación que se intenta introducir en los establecimientos educacionales, tanto en la prohibición de expender, comercializar, promocionar y

15 MCGINIS, J., APLETON, J., KRAAK, V.: *Food marketing to children and youth: threat or opportunity. Committee on Food Marketing and the diets of children and youth. Institute of Medicine (U.S.)*. Editorial National Academies Press, Washington D.C., 2006, p. 228.

publicitar venta de productos alimenticios (Artículo 6 del Proyecto) y en las horas de actividad física (Artículo 4 inciso 2° del Proyecto), es necesario hacer una distinción. Respecto de la prohibición en relación a los alimentos, no cabe más que concordar con la reglamentación que se intenta introducir al mercado alimenticio, pues si la voluntad del legislador es crear en nuestra sociedad una conciencia de vida saludable no hay mejor camino que empezar desde las bases de la sociedad: la escuela. Sin embargo, es necesario introducir además de la prohibición y establecimiento de quioscos saludables, programas estándares de educación de alimentación, pues por sí sola la reglamentación no logrará un cambio de hábito alimenticio, pues tanto padres como niños podrán adquirir en otros puntos de venta los mismos alimentos dañinos para la salud.

Cuando el proyecto establece la obligatoriedad a los establecimientos educacionales de impartir a lo menos tres bloques semanales de actividad física con alto desgaste energético, olvida la gran problemática en que se encuentra la educación en nuestro país, especialmente de aquellos colegios que cuentan con menos recursos. El legislador olvida que para implementar tal requerimiento es necesario, además de financiar personal capacitado para las actividades físicas, que la jornada escolar aumente su duración (que ya es extenuante para los niños), o modificar las horas de clases de otros ramos. Esta materia puede ser muy controversial, considerando los planes gubernamentales y de los propios establecimientos en aumentar el rendimiento en aquellas “materias duras” que son evaluadas en instrumentos tales como la Prueba de Selección Universitaria, Simce, entre otras.

Podríamos concluir a priori, que si bien la legislación apunta a un fin social de vital importancia por todos los datos que han sido expuestos, en sus amplias pretensiones olvida puntos importantes que podrían colisionar y derribar la pretensión de salud. Es una materia que debe ser regulada por las características que presenta, pero debe ser regulada de manera correcta.

EL SECRETO EMPRESARIAL. IMPLICANCIAS PARA LA TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE

Francisco Javier Contreras Arce*

1. Introducción

El 20 de Agosto de 2008 entró en vigencia la Ley n°20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, normativa que reconoce a toda persona el derecho de acceso a la información pública. En concreto se puede solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, lo que comprende el acceso a actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga. Sin duda, ello ha fortalecido la legitimidad de las instituciones democráticas en el país, también ha facilitado el control y rendición de cuentas en las políticas públicas encomendadas a órganos estatales y a entidades privadas.

En el caso de éstas últimas se trata de empresas u organismos que no forman parte de la Administración Pública, pero que toman decisiones que afectan a la sociedad. La regulación pública de las empresas que poseen información que eventualmente podría ser de carácter público constituye un aspecto controvertido jurídicamente, fundamentalmente cuando el contenido de ésta es definido como secreto empresarial por las compañías requeridas. Basta mencionar el conflicto que supone la necesidad de acceso a la información de las empresas reguladas que proveen bienes públicos, como la salud, el agua, la energía, el transporte y la educación; y aquellas que tienen rentabilidad asegurada, en donde se encuentran, por ejemplo, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

La Constitución Política de la República de Chile, en su Artículo 8 inciso 2° reconoce que *sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de la persona, la seguridad de la nación o el interés general.*

En el plano legal, la Ley de Transparencia incorporó en su Artículo 21 las causales de reserva o secreto, en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. En su numeral segundo se encuentra la causal de reserva cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

* Abogado de la Universidad Alberto Hurtado. Magíster © en Derecho, Mención Contratación Comparada e Internacional, Universidad de Chile.

Mediante la expresión “derechos de carácter comercial o económico”, los terceros afectados por las solicitudes de acceso a la información pública han ejercido su derecho de oposición, esgrimiendo mediante un análisis económico del derecho, principalmente que la información requerida tendría carácter estratégica, de contenido comercial, que podría provocar, en caso de ser revelada, serios perjuicios en los negocios, y derechamente que se trataría de secreto comercial o industrial. En efecto, esta es la excepción que utilizan los particulares para impedir el acceso a la información pública que está en posesión alguna Administración del Estado.

Cada vez es más frecuente que los particulares asuman la prestación de bienes y servicios, provean educación, salud e incluso seguridad a miles de personas. Su participación se extiende a mercados y zonas estratégicas reguladas por el Estado. Sin embargo, en todas estas actividades, antes tradicionalmente brindadas por agencias públicas, las entidades privadas utilizan estándares comerciales protegidos por el secreto empresarial¹.

El Consejo para La Transparencia (en adelante, CPLT), ha resuelto interesantes casos a propósito de los derechos de contenido comercial de terceros, reconociendo que es necesario respetar el secreto empresarial por aplicación de la Ley de Propiedad Industrial y los tratados y acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sobre derechos de propiedad intelectual². Sin embargo, sigue siendo un aspecto potencialmente conflictivo, debido a que convergen el deber de divulgar la información pública, y por otro lado, la necesidad de proteger los secretos empresariales. Lo público y privado en este punto se conectan. En definitiva se trata de una materia objeto de discusión y que da lugar a opiniones contrapuestas, que precisa mayor análisis en la dogmática jurídica chilena.

Este trabajo busca profundizar los casos de secreto empresarial e identificar las posibles implicancias jurídicas sobre la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que deberían considerar, con preocupación, los organismos y servicios públicos obligados por la Ley y comprometidos en perfeccionar un gobierno democrático. Para ello se tomará en consideración, por un lado, las decisiones más relevantes emanadas del Consejo, y por otra parte, la literatura y jurisprudencia que brinda el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica en esta materia.

2. Secreto Empresarial y Acceso a la Información Pública en Chile

El secreto empresarial actualmente está definido en nuestra legislación en el Artículo 86 de la Ley n°19.039 sobre Propiedad Industrial, como *todo conoci-*

1 Cfr. CARLINO, Gerald, *et al.*: «Matching Learning in Cities: Evidence from Patent Data». En *Data Reserve*, Bank of Philadelphia, Working Paper n°04-XX, 2004.

2 Cfr. Decisiones de Amparo Rol n° A114-09, Rol n° C887-10, Rol n° 252-09.

*miento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*³. Lo anterior tuvo lugar gracias a la publicación en el año 2005 de la Ley n° 19.996 que modificó la Ley de Propiedad Industrial, incorporando el Título XIII *De los secretos empresariales y de la información presentada a la autoridad para la obtención de registros o autorizaciones sanitarios*. Dicha modificación se debió a que Chile suscribió en 1994 el Acuerdo de Marruecos, en cuyo Anexo se encuentra el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (conocido ampliamente por sus siglas en inglés TRIPS)⁴.

Usualmente, en nuestro país el secreto empresarial está asociado con la protección penal y en relación a la competencia desleal. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia comenzaron a funcionar las causales de denegación total o parcial de información. Entre ellas, las entidades privadas opusieron la causal segunda contenida en el Artículo 21, que permite invocar el secreto empresarial como doctrina jurídica comercial. Desde este momento, esta noción comienza a tener relevancia en relación a la transparencia y acceso a la información pública.

El CPLT, para decidir sobre la procedencia del secreto empresarial como causal de denegación total o parcial de información pública, ha debido determinar el sentido y alcance de esta institución. En efecto, el 26 de Febrero de 2010 resolvió el primer caso en que se opuso la causal de secreto empresarial para negar la entrega de información⁵. Se trata de la Decisión Rol n° C501-09, cuyo requirente es una persona natural que solicita al Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR), acceso a información consistente en los proyectos de todos los oferentes seleccionados y evaluados por la Comisión Evaluadora del proceso de licitación pública sobre “producción de videos y comerciales de televisión de promoción turística de la región de Arica y Parinacota”, en la que el solicitante participó como oferente.

El caso es relevante porque el Consejo tuvo que conocer y aplicar la doctrina del secreto empresarial por primera vez. En primer lugar precisa el concepto, y para ello acude a la legislación de propiedad industrial y la literatura nacional. En el considerando decimotercero de la Decisión, el jurista nacional Domingo Valdés Prieto, informante en el caso en análisis, define el secreto empresarial de la siguiente manera: *el secreto o reserva comercial o empresarial halla su fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su*

3 En el derecho nacional existen otras disposiciones que regulan el secreto empresarial, como el Artículo 19 n°25 de la Constitución, los Artículos 87 y 88 de la Ley n°19.039 de Propiedad Industrial. También en el Artículo 39 letra a) del DL n°211 sobre Libre Competencia, y en la Ley n°20.169 sobre Competencia Desleal.

4 Disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e.htm [última visita: 21 de junio 2012].

5 Este caso ha servido de base para resolver otros similares. Por ejemplo, la Decisión Rol n° A204-09, de 15 de marzo de 2010, considerando octavo. Decisión Rol n° A114-09, de 6 de julio de 2010, considerando noveno. Decisión Rol n° C887-10, de 3 de diciembre de 2010, considerando decimosegundo.

vertiente de una competencia libre y leal y en el derecho de propiedad en todas sus formas constitucionales.

En efecto, en el considerando decimonoveno se indica que la definición contenida en la Ley de Propiedad Intelectual sigue el modelo español sobre protección del secreto empresarial, el cual lo define como *toda información relativa a cualquier cambio de ámbito, parcela o esfera de la actividad empresarial, esto es, en su sentido industrial, comercial o estructural u organizativo, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva.*

En el considerando vigésimo de la Decisión en comento, el Domingo Valdés agrega la definición que brinda el Derecho Norteamericano, específicamente en la *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, sobre el secreto empresarial. La disposición establece que consiste en:

información, incluyendo una fórmula, modelo, compilación, programa, aparato, método, técnica o proceso que: (I) derive en un valor económico independiente, sea potencial o actual, de la circunstancia de no ser generalmente conocido o fácilmente investigable por medios adecuados, y (II) es el objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto.

El Consejo también recepciona el concepto entregado por el derecho internacional, específicamente aquél contenido en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. La Decisión en análisis contiene una alusión expresa a este cuerpo normativo en su considerando vigesimosegundo. Básicamente el Artículo 39:

las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y, c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Una vez precisado el contenido del secreto empresarial, el Consejo aplicó el test de daño para resolver si la causal de secreto empresarial constituye una excepción al principio de publicidad⁶. En términos generales este consiste en *realizar un balance*

6 A partir de la Decisión Rol n° A45-09, de 28 de julio de 2009, el Consejo comienza a utilizar esta técnica de razonamiento jurídico. Cfr. RAJEVIC MOSLER, Enrique: «La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia». En *Revista de Derecho*, n° 22, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2009, pp. 31-54. Cfr. TELLO, Cristóbal, CERNA, Marcelo, PAVÓN, Andrés: «Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo para la Transparencia». En *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, n°5, Santiago, 2009, pp. 198-199.

entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. En la Decisión Rol n° C501-09, el Consejo aporta tres criterios económicos para evaluar los efectos comerciales que implicaría revelar información catalogada como secreta. Estos se infieren de la definición legal y el aporte dogmático expresados en el caso; el primero consiste en el valor comercial de la información que se mantiene en reserva, es decir, el valor de ésta como ventaja competitiva que tiene para su titular. El segundo, contempla que el titular ha realizado esfuerzos razonables para mantener el secreto. Finalmente, la información sujeta a secreto no es generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza este tipo de información.

Utilizando estos tres criterios, el Consejo ha logrado determinar si la divulgación de información calificada como secreto empresarial constituye una afectación a los derechos comerciales y económicos de una persona, y en consecuencia si es o no una excepción al acceso a la información pública. El examen de cada requisito exige una actitud positiva de la persona que invoca la excepción de acceso a la información pública, en consecuencia no es suficiente mencionar que la divulgación de un secreto empresarial causará efectos patrimoniales adversos. Así lo ha establecido el Consejo en el considerando decimoprimer y decimosegundo de la Decisión de Amparo Rol n° C515-11, cuyo requirente solicitó información a la Superintendencia de Servicios Sanitarios relativo a un contrato de servicios sanitarios que celebró la empresa Aguas de Antofagasta S.A., con sus clientes no regulados.

3. El secreto empresarial. Experiencia en Estados Unidos

El secreto empresarial está constituido por el secreto y por los usos comerciales. Estas dos nociones son el núcleo de la definición⁷, y su protección está dada por tres fuentes:

- i) *Restatement (First) of Torts* de 1939. Este documento es elaborado por prestigiosos académicos, abogados y jueces. Contiene básicamente la jurisprudencia y doctrina más relevante sobre determinadas materias de derecho. En este caso, entrega los elementos básicos del secreto empresarial. Dispone que *puede consistir en cualquier fórmula, patrón, dispositivo o compilación de información que se utiliza en los negocios y que da al titular una oportunidad para obtener ventajas en relación a sus competidores que no lo poseen o utilizan.*
- ii) *Uniform Trade Secrets Act*. (UTSA) de 1979 y modificado en 1985, contiene una moderna definición de secreto empresarial. Consiste en *la información, incluyendo una fórmula, patrón, programa, compilación, dispositivo, método,*

⁷ Cfr. MERGES MENELL, Lemley: *Intellectual Property in the New Technological Age*. Aspen Publishers, Fourth Edition, New York, p. 39. Cfr. United States Court of Appeals for de second circuit, *Lehman vs. Dow Jones & Co., Inc.*, 1986.

técnica o proceso que: (I) se deriva un valor económico independiente, real o potencial, que no sea de conocimiento general, y que no sea fácilmente determinable por medios adecuados o por otras personas, (II) es el objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto. Este instrumento ha sido utilizado por cincuenta estados de los Estados Unidos.

iii) *Restatement (Third) of Unfair Competition de 1995*, contiene disposiciones relativas a la protección del secreto empresarial. En especial a su apropiación indebida, el incumplimiento por parte de un trabajador de su deber de confianza y confidencialidad. Además, agrega qué consiste en *cualquier información que pueda ser utilizada en la operación de un negocio u otra empresa y que es lo suficientemente importante y secreto para dar una ventaja real o potencial sobre los demás.*

Las tres fuentes que permiten proteger al secreto empresarial entregan elementos clave para definir su contenido. Más allá de los matices de cada una de las definiciones, lo importante son los criterios que permiten determinar si la información constituye o no un secreto de empresa⁸. Encontramos en primer término el grado de conocimiento sobre la información fuera de la empresa; segundo, el nivel que tienen los trabajadores, de acuerdo a su jerarquía y función, de acceso a la información de la empresa⁹. Tercero, las medidas concretas realizadas por la empresa para proteger la información. Esto último depende exclusivamente de la capacidad de la empresa para ejecutar determinados planes y acciones, generalmente en el plano contractual. Cuarto, el nivel de esfuerzo y dinero invertido en el desarrollo de la información sometida a secreto¹⁰. Quinto, el valor comercial de la información para la compañía. Finalmente, el grado de facilidad o dificultad en relación al acceso a la información por otras personas.

Con la intensificación de la economía en Estados Unidos y el aumento del uso de las tecnologías de las comunicaciones e información, las empresas han comenzado a prestar bienes y servicios en áreas que estaban reservadas décadas atrás para el Estado. Energía y recursos naturales, defensa y educación son mercados en donde las compañías están utilizando las seguridades que otorga el secreto empresarial para evitar el acceso, por parte de los ciudadanos, a la información. Incluso el propio Estado incentiva que entidades privadas asuman determinados negocios, e inviertan en investigaciones complejas de interés público. Para ello rebaja impuestos, condona deudas e incluso otorga créditos con bajos intereses para esta finalidad. Sin embargo, las personas no pueden acceder, por ejemplo, a la metodología empleada por una empresa o el resultado alcanzado, debido a que está de por medio el secreto empresarial. Por tanto, el secreto empresarial es el

8 Un caso en que se aplica la definición y criterios del *Restatement (First) of Torts* de 1939: United States Court of Appeals for the fifth circuit, *Metallurgical Industries Inc. vs. Fourtek Inc.*, de 1986.

9 *Cfr.* United States Court of Appeals for the seventh circuit, *Smith vs. Dravo Corp.*, de 1953.

10 *Cfr.* United States Court of Appeals for the fifth circuit, *Rockwell Graphic System Inc. vs. DEV Industries, Inc.*, de 1986.

principal resguardo en los Estados Unidos para evitar divulgar información a los ciudadanos¹¹.

En efecto, son tres los elementos que permiten sostener que el secreto empresarial en Estados Unidos comienza a ser un dolor de cabeza para la doctrina de la transparencia y acceso a la información pública. Primero, la amplitud de las hipótesis de secreto y usos comerciales¹². Segundo, la creciente participación de compañías privadas en mercados donde antiguamente sólo actuaba el Estado ha transformado el espacio público también en privado. Tercero, el secreto puede ser extendido para siempre, lo que depende únicamente de la voluntad del titular. Conclusión, el secreto empresarial se ha ido expandiendo, abarcando más casos sujetos a su tutela. Como contrapartida, la transparencia y acceso a la información se ha ido limitando paulatinamente.

4. ¿Cómo se han resuelto estos casos en los Estados Unidos?

La legislación de acceso a la información pública en los Estados Unidos denominada *Freedom of Information Act (FOIA)*, reconoce como excepción al principio de publicidad el secreto empresarial. De la misma manera que la Ley de Transparencia en Chile, la normativa norteamericana reconoce también causales de reserva. En ambas instituciones, la regla general es la publicidad de todos los actos de la administración. Sin embargo, el continuo uso del secreto empresarial como causal de reserva ha permitido ir diluyendo, en los hechos, el acceso a información pública¹³. El abuso de esta institución lo determinan, mayoritariamente, las cortes federales.

En las últimas décadas, la doctrina en los Estados Unidos ha tomado un camino propio. Esto se debe principalmente a las siguientes circunstancias. Primero, pese a la existencia de los seis requisitos que se indican en el *Restatement of Torts*, basta acreditar un *minimun* para sostener que existe un secreto empresarial¹⁴. La razón está dada por la preferencia que ha tenido el criterio sexto del *Restatements*, es decir, el grado de facilidad o dificultad en relación al acceso a la información por otras personas para que dupliquen el secreto. Para ello, los tribunales han considerado el esfuerzo, tiempo y costos asociados. Si estos son bajos, entonces la información no es constitutiva de secreto empresarial.

Asimismo, la ideología detrás del secreto empresarial, no sólo es la honesta y justa competencia en los negocios, sino que también la promoción del libre desenvolvimiento del mercado en una economía capitalista, que busca estimular el desarrollo económico. Hay una política consistente en estimular los procesos de innovación y creación de tecnologías, para lo cual es fundamental que la inversión

11 Cfr. CARLINO, Gerald: Ob. cit.

12 United States Court of Appeals for the second circuit, *Lehman vs. Dow Jones & Co., Inc.*, de 1986.

13 Cfr. United States Court of Appeals district of Columbia circuit, *McDonell Douglas Corp., vs. Widnall*

14 Cfr. United States Court of Indiana, *Amoco Prod. Co. vs. Laird*, de 1993.

sea protegida, al igual que el producto final. Para esto el remedio legal preferido en la actualidad es el secreto empresarial¹⁵.

Por otro lado, la modificación realizada a *Uniform Trade Secrets Act* en 1985 trajo consecuencias insospechadas para la transparencia y acceso a la información pública. A diferencia de la legislación chilena, el secreto empresarial es entendido como aquel que *tiene un valor económico independiente, real o potencial*. La flexibilidad que agregó la última palabra permite que se proteja una mayor cantidad de información. En este sentido, los tribunales han acogido esta doctrina sin mayores reticencias¹⁶. En Chile, el Consejo ha realizado un examen más conservador en relación al contenido del secreto empresarial. En efecto, en la Decisión Rol n° A114-09, considerando decimonoveno, se establece que *la divulgación de una información determinada afectaría el bien jurídico si cumple con las siguientes condiciones: a) tiene un valor comercial por ser secreta, lo que significa que poseerla proporciona a su titular una ventaja competitiva (...)*. De esta manera, no es suficiente que la información sea potencialmente valiosa, se debe acreditar con actos positivos. Luego, la información sujeta a protección ¿es estrictamente comercial? ¿Cuál es el límite a la extensión del secreto? ¿Qué naturaleza debe tener la información que se protege?

En definitiva, la noción de secreto empresarial en los Estados Unidos, en el contexto de contratos entre el Estado y entidades privadas ha generado un conjunto de implicancias jurídicas para la doctrina de la transparencia y acceso a la información pública. Especialmente debido a la expansión del uso de este instrumento por parte de las empresas y la amplitud que contempla la legislación norteamericana en relación a los conceptos de “secreto” y “usos comerciales.”

5. Conclusiones

El secreto empresarial es una herramienta de protección que reconoce el Derecho, últimamente de gran utilidad para resguardar las creaciones y valores más preciados para las empresas. El Consejo para la Transparencia ha resuelto interesantes casos a propósito de la causal de denegación de información cuando se afecta derechos de carácter económico. A partir de esta noción, los terceros han opuesto el secreto empresarial como un caso de excepción al principio de publicidad. En líneas generales, el Consejo no ha tenido mayores dificultades en estos casos, dado que ha aplicado la legislación de propiedad industrial que define el secreto empresarial, y por otro lado, ha acudido la literatura nacional y al Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En base a estos antecedentes ha elaborado un conjunto de criterios que permiten determinar si se afecta o no el secreto empresarial.

15 Cfr. KLITZKE, Ramon: «Trade Secrets: Important Quasi-Property Rights». En *Marquette University Law School*, Faculty Publications, 1986, p. 3.

16 Cfr. United States district Court Delaware, *Join Stock Soc'y vs. UDV N. Am., Inc.*, de 2000.

Sin embargo, es recomendable observar con atención la experiencia del Derecho Comparado, en específico el caso de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia más abundante y diversa, ha dado lugar a resoluciones judiciales que han impedido el acceso a la información pública, y con ello la imposibilidad para los ciudadanos de conocer las consideraciones del Estado y cómo éstas están relacionadas con negocios privados. Es razonable asumir que los fines perseguidos por las empresas y por la administración de lo público no son los mismos, incluso a veces suelen ser completamente contrapuestos.

LOS MÁRMOLES DE ELGIN EN EL BRITISH MUSEUM: ORÍGENES DE UNA CONTROVERSIA ACTUAL

Valeria Riedemann Lorca*

Mucho se ha debatido en las últimas décadas acerca de la posesión (lícita o no) de los mármoles del Partenón de Atenas que hoy se encuentran en el British Museum, también conocidos como los “mármoles de Elgin”. En mayo de 2005, la British High Court dictaminó, en relación a otro caso similar, que el British Museum no tiene la obligación moral de devolver objetos que hayan sido saqueados. Es así como los esfuerzos de Grecia por reclamar las esculturas siguen sin efecto pese a la gran inversión hecha en la construcción del nuevo Museo de la Acrópolis, inaugurado en 2007 y especialmente construido con la finalidad de acoger los mármoles originales en su regreso a casa¹. Hoy, no obstante, en los espacios que debiesen haber sido ocupados por los originales, hay copias dispuestas junto a las pocas piezas originales que aún se encuentran en Grecia. El objetivo de este artículo no es debatir las controversias actuales en torno a la devolución de los mármoles de Elgin a su lugar de origen, si no más bien, pretende exponer una breve introducción al contexto histórico en el cual los mármoles fueron extraídos.

Si Winckelmann fue el primero en hablar del idealismo griego, fueron los viajeros y poetas franceses e ingleses quienes confirmaron que este ideal no sólo era accesible a través de fuentes literarias, sino que también a través de los monumentos que aún se observaban en Grecia². El entusiasmo de Lord Byron, por ejemplo, no sólo se expresó en su poesía, sino que también dejó su huella en el grafiti con su nombre que aún se observa en una de las columnas del Templo de Poseidón en el Cabo Sounion (ca. 440 a.C.). El arte griego se empapó de valores del Romanticismo promovido también por poetas y filósofos alemanes³ quienes comenzaron a entender el clasicismo griego como el producto de circunstancias históricas particulares y el original *genius* de los antiguos griegos a través del estudio de la *Altertumswissenschaft* (ciencia de la Antigüedad)⁴. No obstante, para los griegos contemporáneos, esta idealización romantizada que el resto de Europa tenía por sus ancestros tendría profundas consecuencias políticas y culturales.⁵

* Licenciada en Filosofía y Magíster en Teoría e Historia del Arte, Universidad de Chile. Master of Arts en *Comparative Art and Archaeology*, University College London. Actualmente realiza su doctorado en Arqueología Clásica en la Universidad de Oxford. valeria.riedemann@arch.ox.ac.uk

1 Disponible en <<http://www.theacropolismuseum.gr>> [última visita: 21 de junio 2012].

2 WINCKELMANN, J. J.: *Geschichte der Kunst des Altertums*. 1764.

3 Cfr. HEGEL, Georg: *Sistema de las Artes*. Varias ediciones. Cfr. ASHMOLE, B.: *The Classical Ideal in Greek Sculpture*. Cincinnati, 1964.

4 Cfr. MARCHAND, S.: «The making of a cultural obsession» y «From ideals to institutions». En id. *Down from Olympus: Archaeology and Philhellenism in Germany 1750-1970*. Princeton, 1996.

5 Cfr. MORRIS, I.: «Archaeologies of Greece». En id. (ed.) *Classical Greece: Ancient Histories and Modern*

Esta historia tiene sus orígenes en 1674, cuando el artista Jaques Carrey acompañó al embajador francés en Constantinopla a Atenas, donde realizó los primeros bosquejos y dibujos del Partenón previo a su gran destrucción trece años más tarde durante la campaña de Morosini en la Guerra Turco-Veneciana⁶. La explosión causó irreparables daños a gran parte del friso, los pedimentos y la estructura del edificio, dejando el camino abierto a los saqueadores. Un poco más tarde, a mediados del siglo XVIII, los arquitectos James Stuart and Nicholas Revett hicieron dibujos detallados de lo que quedó de la arquitectura y esculturas del edificio, los que fueron publicadas en cuatro volúmenes bajo el nombre de *Antiquities of Athens*⁷. Su meta, no obstante, no tenía que ver con una comprensión del pasado griego, sino más bien con el mejoramiento del gusto inglés⁸. Stuart y Revett eran entusiastas helenistas, que preferían lo griego sobre lo romano, como sostienen en la introducción del primer volumen: *Grecia fue la gran maestra de las Artes y Roma no fue más que su discípula, por tanto, se puede inferir que los edificios que adornaron aquella ciudad imperial, no fueron más que imitaciones de originales griegos*⁹.

El impacto de esta publicación produjo que anticuarios y viajeros buscaran en Grecia un ejemplo del ideal que Winckelmann promoviera años atrás¹⁰. Desde 1750 en adelante, Atenas se uniría a Roma como una de las destinos del *Grand Tour*, y fue durante este período que varias piezas del Partenón salieron de Atenas para conformar colecciones privadas¹¹. Es en este punto cuando eventos externos afectaron por vez primera la nascente arqueología de Grecia: las luchas entre los imperios británico y francés a principios del siglo XIX crearon una rivalidad cultural nunca antes vista. Durante este período, la apropiación de los monumentos del mundo clásico se transformó en una ideología política que eventualmente derivó, entre otras cosas, en el establecimiento de instituciones culturales como los museos.

Poco antes de estos hechos, el British Museum había adquirido la colección de Hamilton y la colección de mármoles poseída por Townley en 1772 y 1805 respectivamente¹². Paralelamente, Napoleón había transformado el palacio real del Louvre en una muestra de la grandeza del imperialismo francés, para el cual hizo traer algunas de las más afamadas esculturas griegas, como el Apolo Belvedere y el Laocoonte, que trajo desde Roma a París en 1798. Desde aquí en adelante, los

Archaeologies. Cambridge, 1994, pp. 23-23.

6 STONEMAN, R.: *Land of Lost Gods: The Search for Classical Greece*. Londres, 1987, pp. 56-83.

7 Entre 1762 y 1816.

8 (...) *for the improvement of British taste*. WHITLEY, J.: *The Archaeology of Ancient Greece*. Cambridge, 2001, p. 26.

9 STUART y REVETT, 1762 (trad. V. Riedemann).

10 Cfr. POTTS, A.: *Winckelmann's construction of history*. *Art History*, vol. 5, 1982, pp. 377-407.

11 ST. CLAIR, W: *Lord Elgin and the Marbles*. Oxford, 1967, pp. 56-60.

12 JENKINS, I.: *Archaeologists and Aesthetes in the Sculpture Galleries of the British Museum 1800-1939*. Londres, 1992, pp. 102-6.

museos se convertirían en espacios públicos y en el foco de orgullo nacional¹³. Es en este contexto de competitividad entre la apropiación de monumentos de la Antigüedad Clásica que debemos entender las acciones del más afamado coleccionista de la época: Lord Elgin.

A principios del siglo XIX, el Imperio Otomano se encontraba en guerra con Francia, y fuerzas británicas habían frenado la ocupación francesa en territorio turco. Poco después de estos eventos Lord Elgin, embajador británico para el Imperio Otomano, recibió un permiso para “excavar y remover” los mármoles de la Acrópolis de Atenas¹⁴. Tres razones parecen haber sido las que promovieron la extracción de los mármoles: el mejoramiento y promoción de las artes en Gran Bretaña, la indiferencia del Imperio Otomano hacia las antigüedades griegas y -tal vez la principal de todas- incrementar su colección privada. Estas razones, no obstante, nos son suficientes para justificar la escala de las extracciones, puesto que Elgin no sólo se contentó con remover partes del Partenón caídas tras la explosión de 1687, sino que también extrajo esculturas, metopas y gran parte del friso que aún se encontraban *in situ*. En total, Lord Elgin extrajo 80 metros de los 160 del friso del Partenón, 15 de las 92 metopas y prácticamente todas las esculturas de los pedimentos. Además de las esculturas del Partenón, extrajo una cariátide y una columna del Erecteion, hoy también en el British Museum¹⁵. Por consiguiente, la gran escala de las adquisiciones de Elgin, que no conocía precedentes, incentivó a otros coleccionistas a actuar en forma similar. Hacia 1811, anticuarios alemanes y británicos excavaron y removieron esculturas del Templo de Atenea Afaia en Egina y del Templo de Apolo Epikourios en Bassai, Arcadia, hoy en Munich y en el British Museum respectivamente, sin contar los centenares de vasos griegos encontrados en tumbas etruscas, en Italia, que complementaban las colecciones¹⁶.

El British Museum compró los mármoles de Elgin en 1816, tras una larga controversia en torno su autenticidad, calidad artística y la legalidad de la extracción¹⁷. Cuando el Louvre fue obligado a devolver algunas esculturas a Roma en 1815, entre ellas el Laocoonte (hoy en el Vaticano), en 1820 los franceses se consolaron con la adquisición de la Venus de Milo, considerada en la época como una obra original de Praxíteles (la inscripción en la escultura que indicaba que el escultor le era desconocido a Plinio, desapareció convenientemente)¹⁸. En consecuencia,

13 WHITLEY: Ob. cit., p. 26.

14 ST. CLAIRE: Ob. cit., pp. 87-98.

15 BM Sculpture 407. Para la extracción de las esculturas. Cfr. ST. CLAIRE: Ob. cit., pp. 99-120; STONEMAN: Ob. cit., pp. 168-169.

16 VICKERS, M.: «Values and simplicity: eighteenth century taste and the study of Greek vases». En *Past and Present*, vol. 116, pp. 98-137.

17 Cfr. JENKINS, I.: *The Parthenon Sculptures in the British Museum*. London, 2007.

18 HASKELL, F. y PENNY, N.: *Taste and the Antique: The Lure of Classical Sculpture 1500-1900*. New Haven, Yale University Press, 1981, pp. 325-328. Cfr. STONEMAN: Ob. cit., pp. 201-206; WHITLEY: Ob. cit., p. 28. Sobre la recepción de la Venus de Milo en París, Cfr. FULLER, P.: «The Venus and internal objects». En id. *Art and Psychoanalysis*, London, 1980.

el frenesí del coleccionismo ya había llenado los museos de París, Londres y Munich, lo que se mantendría durante todo el siglo XIX y principios del XX con las excavaciones de Olimpia, Delfos y del Ágora de Atenas, lugares de interés excavados por arqueólogos alemanes, franceses y americanos respectivamente.

En síntesis, podemos sostener que el frenesí por la posesión de monumentos del mundo clásico es consecuencia, en primer lugar, del idealismo impulsado por Winckelmann en el siglo XVIII que incentivó a viajeros y artistas europeos a ir en busca del ideal clásico en los monumentos de Grecia y del Imperio Romano. Luego, la competencia imperialista entre Gran Bretaña, Francia y Alemania por la posesión de monumentos clásicos adquiere una connotación política cuando su exposición pública se transforma en motivo de “orgullo” nacional. Por último y en este contexto, aristócratas como Lord Elgin y otros coleccionistas adquieren de manera dudosa, permisos para extirpar monumentos emblemáticos de la antigua Grecia y sumarlos a su colección privada, muchas de ellas compradas por el British Museum en donde pertenecen hasta el día de hoy. En este breve artículo, he señalado las circunstancias que rodearon la extracción de los mármoles. Queda, por consiguiente, a criterio del lector reflexionar sobre la legitimidad de la posesión de las esculturas que se encuentran en una de las salas más visitadas de dicho museo en Londres¹⁹.

19 La explicación oficial del museo sobre este tema en. Disponible en «http://www.britishmuseum.org/about_us/news_and_press/statements/parthenon_sculptures.aspx» [última visita: 21 de junio 2012].

