

Corpus Iuris Regionis

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE



Nº 8 - Año 8





UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

CHILE

Corpus Iuris Regionis
Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE

REPRESENTANTE LEGAL
Gustavo Soto Bringas
Rector Universidad Arturo Prat

CONSEJO CIENTÍFICO

Sergio CARRASCO DELGADO (U. de Concepción); Carlos DEL RÍO FERRETTI (U. Católica del Norte, Coquimbo); Jorge TAPIA VALDÉS (U. Arturo Prat); Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ (U. de Chile); José Luis DIEZ SCHWERTER (U. de Concepción); Ximena FUENTES TORRIJO (U. Adolfo Ibáñez); Francisco CABELLERO HARRIET (U. del País Vasco); Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA (U. Arturo Prat); Francisco ZÚÑIGA URBINA (U. Diego Portales y Central de Chile); Juan Carlos MANRÍQUEZ ROSALES (U. Andrés Bello); Jorge BERMÚDEZ SOTO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (U. de Concepción); Eduardo ALDUNATE LIZANA (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

CONSEJO EDITOR

Hugo Vilches Fuentes
Director
Universidad Arturo Prat

Hans Mundaca Assmussen
Subdirector
Universidad Arturo Prat

VOCALES

Gigliola Carlevarino Weitzel
Universidad Arturo Prat

Ariel Smith Marín
Universidad Arturo Prat

Damián Todorovich Cartes
Universidad Arturo Prat

Raúl Soto Villaflores
Universidad Arturo Prat

Daniel Flores Azargado
Secretario de Redacción
Universidad Arturo Prat



Corpus Iuris Regionis
Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

1.- LÍNEA EDITORIAL Y OBJETIVOS: Atendido el contexto físico, sociocultural, político y económico en que territorialmente está inserta, los objetivos fundamentales de *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, son: primero: contribuir a la discusión y análisis de problemas y cuestiones de interés actual del Derecho vigente chileno y extranjero, en sus diversas fuentes formales de expresión, desde la óptica regional, provincial y local; segundo: sin desconocer la pertenencia de este Derecho, de contenido y territorio específicos, al Derecho de general vigencia y aplicación, también se plantea examinar y debatir los aspectos de mayor relevancia de este último; y tercero: contribuir al conocimiento del Derecho desde la perspectiva filosófica, histórica, sociológica, antropológica, y demás ciencias humanas.

2.- ADMINISTRACIÓN: La Revista está al cuidado científico de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile).

3.- COLABORACIONES: Los colaboradores y autores deben ceñirse en lo posible a las “Normas de Redacción e Instrucciones Generales para los Autores” que se incluyen en cada volumen. Los trabajos serán revisados y aprobados a través de un Sistema de Arbitraje de pares, de doble anonimato, nacionales o extranjeros, que al efecto recurra el Consejo Editor de la Revista. Los resultados del arbitraje serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanadas por el autor las observaciones del arbitraje, dicho Consejo decidirá de su publicación.

4.- CORRESPONDENCIA: La correspondencia académica (no comercial) para envío de trabajos, comentarios de jurisprudencia y fallos, reseñas, libros, canje y otros semejantes debe ser remitida al Consejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax: (57) 394254, Correo electrónico hvilches@unap.cl, hugo.vilches.fuentes@gmail.com

5.- PERIODICIDAD: La Revista se publica anualmente en forma regular, sin perjuicio de la edición de números especiales adicionales.

ISSN: 0717-9529 (Versión impresa)

<http://www.escueladerechounap.cl> (Versión electrónica)

Datos Básicos

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

ESCUELA DE DERECHO

IQUIQUE, CHILE

Ediciones Campvs

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

8 (2008), 162 pp., 17,5 x 24 cm.

1. Derecho Regional y Local; Ciencias del Derecho, la Integración y Derecho comparado.- 2. Ciencias humanas.- 3. Historia del derecho y del pensamiento jurídico.- 4. Ciencias jurídico-políticas.-

NORMAS DE REDACCIÓN E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AUTORES

Los colaboradores y autores deben ceñirse a las normas de redacción e instrucciones generales que se describen a continuación. En caso contrario, el Consejo Editor dispondrá que el trabajo, que se admita a trámite de publicación, sea reconducido a tales normas, lo que implica riesgos de errores, que los autores pueden evitar si previamente se adaptan a ellas.

1. Los trabajos se entregarán en disquete o en impreso y por correo electrónico en formato Word para Windows, sin espacios entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía Garamond, tamaño 10 para el texto, y 8 para la citas, notas o apostillas, las que van a pie de página. Cada trabajo deberá ir acompañado de un resumen (antepuesto al texto del trabajo o artículo), uno en castellano y, en lo posible, de un *abstract* en inglés, de no más de 15 líneas cada uno, y agregar ocho palabras clave.
2. Las colaboraciones deben contener en su texto el título completo del artículo, el nombre del autor, sus grados académicos, su filiación institucional en su caso y cualquier otro dato relevante identificatorio, y su correo electrónico.
3. El envío de un trabajo original supone un compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Los trabajos cuyos contenidos ya han sido publicados, o que están siendo sometidos a otros árbitros editoriales, deben adjuntar una carta en que se informa al Consejo Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con números romanos con rúbrica centrada y separada del cuerpo del discurso. Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1.], en lo posible no rubricados. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos, ni contener negritas.

EN RELACIÓN CON LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

5. La indicación de los lugares citados, sea de autores, sea de fuentes, se hará siempre en nota a pie de página, numeradas consecutivamente.
6. La cita de tratados, manuales, ensayos, monografías se hará de conforme al siguiente esquema que a modo ejemplar se indica:
 - i) Libros: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) El o los apellidos del autor irá en VERSALES¹, mayúsculas y minúsculas. Su o sus nombres de pila con letra normal. El título de la obra en *cursivas* o *itálicas*.
 - ii) Traducciones: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
 - iii) Artículos de Revistas: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47 (o bien pp. 40 ss.) Tanto el nombre del artículo como el nombre de la Revista irá en *cursivas*.

¹ Las letras VERSALES se obtienen: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: "formato/fuente/activación de "versales" en "efectos"/aceptar. Si se desea disponer del "ABC Versales" en la barra de herramientas se puede arrastrar a ella, que se encuentra en "herramientas/personalizar/comandos/formato en categorías".

- iv) Capítulos en libros editados y artículos en obras colectivas: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria, (Santiago, 1990), pp. 225-245. “VV. AA.”, o “AA. VV.”, significa que se trata de una obra colectiva.
- v) Cuando se trate de citar obras precedentemente citadas, se deberá proceder conforme con el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 44 de una obra de CLAVERO cuyo título el lector puede encontrar en la nota 3 del trabajo. Pero si en la nota 3 se hubiera citado más de una obra de CLAVERO, entonces se seguirá el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit. (n. 3), p. 44. De este modo se evita el sistema de colocar simplemente “*op. cit.*” u “*ob. cit.*”, sin más, que no suele orientar al lector en la búsqueda de la obra que se está citando.
- vi) Documentos en formato electrónico, un ejemplo:
 - SALINAS ARANEDA, Carlos, Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile, *Rev. estud. hist.- juríd.* [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2005], pp. 491-528. Disponible en World Wide Web: <<http://www.scielo.cl.php?>
 - Pueden existir otras modalidades de citar en formato electrónico, sin dejar de señalar los datos fundamentales que orienten la búsqueda del lector, como son la fecha de la consulta y la dirección electrónica completa.

8-2008

Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

ISSN 0717-9529

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

DERECHO PENAL

El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el derecho penal europeo 17
Moritz VORMBAUM

A inflação legislativa em matéria de crime organizado no Brasil: uma análise crítica 27
Cíntia TOLEDO MIRANDA CHAVES

¿Qué es la integridad sexual? 39
Nicolás OXMAN VILCHES

*La prevención general positiva y el derecho penal simbólico.
Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso de expansión
de la legislación penal*..... 57
Mario DURÁN MIGLIARDI

DERECHO PROCESAL

*Síntesis histórica de la aparición del principio del debido proceso
y su incorporación en el sistema de enjuiciamiento penal chileno* 75
Daniel SOLÍS ARAYA

DERECHO DE DAÑOS

Algunas notas sobre la determinación del daño material 95
Hans MUNDACA ASSMUSSEN

DERECHO CIVIL

*Las facultades económicas de los cónyuges en la compensación económica.
Doctrina y jurisprudencia*..... 113
Gigliola CARLEVARINO WEITZEL

HISTORIA DEL DERECHO

Aproximaciones al principio de irretroactividad en la historia del derecho.

*Su relación con el derecho administrativo sancionatorio y contractual chileno.....*125

Hugo VILCHES FUENTES

DERECHO ROMANO

El sistema de acciones del derecho romano clásico como modelo del nuevo

*procedimiento administrativo español.....*139

Raúl SOTO VILLAFLORES

II. CRÓNICA JURÍDICA

Semblanza de Gonzalo Oliva Dinamarca147

Hans MUNDACA ASSMUSSEN

III. RECENSIONES

GIGLIOLA CARLEVARINO WEITZEL: Saldías Collao, Osvaldo. *El contrato de compraventa internacional en el comercio Chile-Unión Europea.*

*Marco jurídico y los principios de Derecho Europeo de los Contratos (Santiago, 2006).....*153

GIGLIOLA CARLEVARINO WEITZEL: Ramírez Necochea, Mario. *Derecho*

*Internacional Privado (Santiago, 2005).....*157

I. ESTUDIOS

DERECHO PENAL

EL DESARROLLO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INFLUENCIA SOBRE EL DERECHO PENAL EUROPEO¹

MORITZ VORMBAUM
 Universidad de Berlín

INTRODUCCIÓN

Pese a todos los cambios políticos y sociales que se han vivido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial², ha de reseñarse que por encima de todos estos cambios históricos, el acontecimiento que al final ha ejercido la influencia más importante sobre los Estados europeos, ha sido, a mi juicio, la fundación de la Comunidad Europea y de la Unión Europea. Hoy día, la Unión Europea tiene una enorme influencia sobre la legislación de sus veinticinco Estados miembros en todas las áreas del derecho, incidiendo tanto en su aplicación como en su interpretación.

Por eso, los principales objetivos de este artículo serán explicar cómo se ha llevado a cabo la “unificación” de Europa, qué tipo de estructura tiene la Unión Europea, de qué manera ejerce hoy día su influencia sobre los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, y hasta qué punto se puede calificar esa influencia como positiva o como negativa³.

I. “EUROPA”

Para entender la influencia que tiene hoy día la Unión Europea sobre el derecho en Alemania y en los demás Estados miembros, es imprescindible explicar la estructura de dicha institución. Eso resulta más difícil de lo que quizás se podría imaginar. La razón es que se trata de una construcción política y jurídica tan compleja que, aunque “Europa” es un tema que tiene una presencia diaria en los medios de comunicación, una gran parte de los propios europeos seguramente tendría serias dificultades a la hora de explicar las estructuras fundamentales de la política europea.

Para comprender la estructura que tiene la Unión Europea hoy día, lo mejor será examinar su génesis⁴. La idea de una Europa unificada tiene una tradición antigua que

¹ Agradezco mucho a DR. ALFONSO GALAN MUÑOZ de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España) por su ayuda al traducir el texto al español.

² Por ejemplo, a los duros tiempos que siguieron a la guerra, cuando gran parte del continente estaba en cenizas, le siguió la división de Europa en una parte occidental y otra parte oriental, como consecuencia de la “guerra fría”, lo que marcó un paréntesis en toda Europa que se vio cerrado con la posterior caída del muro de Berlín. Por otra parte, otros países como España, después de la dictadura de Franco, Portugal o Grecia, también vivieron sus particulares momentos de transición.

³ Véase en general VORMBAUM, Moritz, *Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht*, Editorial LIT-Verlag (Münster, 2005).

⁴ En general, acerca de la evolución de la Unión Europea, véase por ejemplo EMMERT, *Europarecht*, Editorial

ya dura varios siglos. Las bases de esta idea han sido aspectos que todavía hoy continúan teniendo actualidad, como son, por ejemplo, el aseguramiento de la paz o la supranacionalidad o libertad del mercado y del tráfico. Estos aspectos ya existían a mediados del milenio pasado, y se los puede encontrar, por ejemplo, en los trabajos del escolástico Pierre DUBOIS, a principios del siglo catorce, así como en los del gran filósofo alemán Immanuel KANT a finales del siglo dieciocho.

Pero no fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial cuando se dio el primer gran paso hacía la realización de esta idea. La pregunta básica que se planteó por aquel entonces fue la de cómo se debía tratar a la vencida Alemania.

Para entender el problema se debe tener en cuenta que Alemania ya entonces era el país con la población más grande de Europa y tenía una capacidad económica enorme. En tal tesitura, se podría haber procedido a realizar una repartición del capital alemán entre los poderes vencedores y a decretar su aislamiento económico, pero, sin embargo, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, SCHUMANN, presentó un plan distinto (el famoso “Schumann-Plan”). Según este plan la producción de carbón y acero de Alemania y Francia debería tener una organización común, organización que permitiría la incorporación a la misma de otros Estados europeos.

Ese fue el origen de la fundación en el año 1951 de la llamada “Comunidad Europea del Carbón y del Acero” (también llamada “Montanunión”). Su meta era la creación de una agrupación de los sectores claves, militares y económicos, bajo la vigilancia de una organización supranacional.

Después de esta experiencia positiva, vino una integración más amplia a través de los “Tratados de Roma” del año 1957, que dieron lugar a la fundación de otras organizaciones en otros sectores, como fueron la Comunidad Europea de la Energía Atómica (la llamada “Euratom”) y la Comunidad Económica Europea. Esta última creó un mercado interior, o sea, un mercado único europeo. Era la más importante de las comunidades fundadas hasta entonces y ha seguido influyendo hasta hoy día de manera decisiva en los procesos económicos entre sus Estados miembros. Como esta comunidad tiene una importancia mucho más grande que las otras dos, hoy día, cuando se habla de la “Comunidad Europea” siempre se está haciendo alusión a la “Comunidad *Económica* Europea”.

Más tarde, y poco a poco, fueron fusionados los órganos de las comunidades diferentes, lo que significó una unificación institucional entre los Estados miembros.

Existen desde entonces:

- Un Parlamento Europeo con sede en Estrasburgo
- Un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo
- Un Consejo Europeo, que consta de un ministro de cada Estado miembro, por eso, de vez en cuando, también se usa el nombre “consejo de ministros”, como órgano legislativo
- Así como una Comisión Europea, con sede en Bruselas y Luxemburgo, que consiste en representantes de todos los Estados miembros y tiene la función de un órgano ejecutivo.

Beck (Munich, 1996), 3; SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 5ª ed., Editorial Luchterhand (Neuwied, 1996), 2; HERDEGEN, *Europarecht*, 5ª ed., Editorial Beck (Munich, 2002), pp. 37 y ss.; STREINZ, *Europarecht*, 5ª ed., Editorial Müller (Heidelberg, 2003), pp. 4 y ss.

Poco a poco las comunidades han ido creciendo gracias a los ingresos de otros países europeos como Dinamarca, Reino Unido e Irlanda en el año 1973, Grecia en el año 1981 o Portugal y España en el año 1986.

En el año 1992, el proceso de la unificación de Europa llegó hasta una dimensión nueva. En la ciudad de Maastricht (Holanda) fue firmado el “Tratado de la Unión Europea”, que incluía cambios radicales de la estructura entonces existente.

El nombre “Unión Europea” describe una construcción política, que, muchas veces, se intenta explicar con la imagen de una “casa” o un “techo” con “tres pilares”. El primer pilar representa las tres comunidades hasta entonces existentes, o sea, a la denominada “Comunidad Europea” centrada principalmente para la economía europea y el mercado común.

Pero con este nuevo tratado, la cooperación se amplió a dos sectores más allá de la economía, es decir, fue creada la base para una cooperación:

- En el ámbito de la política exterior y de seguridad común, y
- En el ámbito policial y judicial en materia penal.

Las nuevas cooperaciones políticas fundadas en estos dos ámbitos representan desde entonces el “segundo” y el “tercer” pilar⁵. Podemos decir, por tanto, a modo de resumen, que en Europa desde de la introducción del Tratado de la Unión Europea, existe ahora una cooperación estructurada en tres ámbitos (tres pilares):

- Economía (a través de la Comunidad Europea)
- Política exterior y de seguridad, y
- Una cooperación policial y judicial en materia penal.

La Unión Europea representa el “techo” de estos tres pilares. Eso quiere decir, la Unión Europea establece las conexiones entre estos distintos ámbitos políticos, económicos y jurídicos. Por tanto, en Europa existe ahora una cooperación en los ámbitos políticos y jurídicos más importantes, cooperación que sigue siendo intergubernamental, con lo que no va unida a la pérdida de derechos de soberanía.

II. INFLUENCIAS DE LA UNIFICACIÓN EUROPEA AL DERECHO PENAL

Después de esta mirada a la estructura de la U.E., el siguiente objetivo es mostrar cómo el cambio de la política europea ha tenido una influencia sobre el derecho de sus Estados miembros.

En efecto, la influencia “europea” sobre la legislación de los distintos Estados miembros ha sido enorme. Y eso, a pesar de que ni el Tratado de la Unión Europea, ni el de la Comunidad Europea, prevén expresamente una armonización del derecho de los mismos, y de que tampoco existe un “código penal europeo” (del mismo modo que tampoco existen en los ámbitos del derecho civil o del derecho público).

En sus preámbulos y en muchas ocasiones más, los tratados hablan, de una manera general, del proceso de “integración”, que se quiere proseguir.

Esta integración se considera un proceso progresivo y dinámico, que tiene lugar en niveles distintos, que no solo no se pueden separar el uno del otro, sino que más bien se superponen. Si bien el acercamiento de los Estados europeos, como hemos visto, desde el principio, tenía principalmente como meta intereses económicos, es evidente, que eso no se

⁵ Véase PERRON, *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en VV.AA. *Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2005), p. 730.

puede realizar sin la creación de un marco jurídico para sus Estados miembros. Por eso las prescripciones jurídicas de sus Estados miembros tienen, desde el punto de vista de la U.E., la obligación de favorecer el proceso de la integración, y de no bloquearla, ya que eso sería contrario al desarrollo de acercamiento de los Estados miembros previsto por el Tratado de la Unión Europea⁶.

La tarea de que las prescripciones jurídicas de los Estados miembros respeten la finalidad de la integración europea, corresponde de modo genérico al Consejo Europeo.

Este órgano se compone de un ministro de cada Estado miembro y es el único órgano que puede decidir actos legislativos de la Unión Europea, por eso ocupa una posición parecida a un parlamento. Aunque se pudiera pensar que el Parlamento Europeo de Estrasburgo podría tener derecho a tomar parte en dicho proceso legislativo, en realidad apenas lo tiene. Solo en pocos casos tiene el derecho de evitar una resolución del Consejo. Por eso en el caso del Parlamento Europeo casi no es justificado hablar de un parlamento verdadero.

Por supuesto, este reparto del poder legislativo significa un gran déficit democrático. De eso hablaremos más adelante, por ahora hay que enfatizar, que solo el Consejo Europeo, es decir la asamblea de los ministros, tiene el poder legislativo para poder influir sobre el derecho de estos con vistas a la consecución de la deseada política de la integración de la Unión.

El Consejo ha hecho uso de ese poder durante los últimos años, cada vez con más frecuencia. Independientemente de qué área del derecho se trate, el proceso de legislación es el siguiente: el Consejo Europeo, después de una propuesta de la Comisión Europea, manda normas respecto a una nueva ley a los Estados miembros, los que tienen la obligación de transformar esas normas en leyes del propio país, que se puedan aplicar dentro del mismo. Debe quedar claro por tanto que el Consejo Europeo y, en general, la U.E., no tienen la competencia de promulgar ninguna ley directamente dentro de los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Alemania, en el año 2002 se produjo la reforma más amplia del derecho de obligaciones desde 1900, reforma que tenía como razón de ser la de hacer compatible el derecho alemán vigente con la directiva de la Unión Europea referida a la defensa del consumidor.

En el ámbito de Derecho penal, dentro del tercer pilar, de la cooperación policial y judicial en materia penal, la Unión Europea tiene la posibilidad de adoptar “decisiones marco”⁷. Desde el punto de vista jurídico, la decisión marco tiene el carácter de una mezcla de una directiva europea y de un tratado de derecho internacional. La semejanza a la directiva europea se demuestra en la misma finalidad, es decir en la meta de la aproximación legal de los Estados miembros. Las decisiones marco tampoco tienen influencia directa sobre el ciudadano europeo, y no serán aplicadas por autoridades y jueces hasta que el legislador nacional las transforme en derecho nacional vigente. Sin embargo, no necesita ninguna ratificación, así que la decisión marco puede entrar en vigor en el momento, que fije el Consejo Europeo.

Para el Consejo, la decisión marco es un instrumento con que él puede ejercer influencia sobre el Derecho penal nacional, fácilmente y sin grandes obstáculos.

⁶ CALLIESS en CALLIESS/RUFFERT, *EU/EGV Kommentar*, Editorial Luchterhand (Neuwied, 1999), Art. 1 EUV, Rn. 8; BLECKMANN, *Europarecht*, 5ª ed. Editorial Heymanns (Colonia, 1990) 4 XIV; STUMPF en *Schwarze EU-Kommentar*, Editorial Nomos (Baden-Baden, 2000), Art. 1 EUV.

⁷ Véase Art. 34 2. b) del Tratado de la Unión Europea.

Desgraciadamente, muy pocas de las medidas adoptadas por la Unión Europea en el ámbito de Derecho penal, tienen como meta mejorar la integración europea de una manera dogmática. Lo que sí se intenta, de vez en cuando, es proteger bienes jurídicos de la misma Unión Europea y de las Comunidades, especialmente su presupuesto económico ante el fraude y el soborno. Pero en la gran mayoría de los casos, las medidas de armonización se limitan a problemas actuales como el terrorismo, el tráfico de seres humanos, el blanqueo de dinero, el narcotráfico y otras formas de la criminalidad organizada, que se intenta conseguir dominar a través de una armonización de Derecho penal en los Estados miembros.

Esa política de armonización en el ámbito del Derecho penal, ha tenido como consecuencia que existan ahora en ciertos ámbitos penales de los Estados miembros normas armonizadas respecto a los requisitos del tipo y a las penas mínimas. Sin embargo, la reorganización, o digamos, el “saneamiento” dogmático y estratégico del Derecho penal de los Estados miembros no ha sido llevado a cabo hasta ahora.

Pero este punto es solo uno de los aspectos por los que se podría criticar la influencia europea sobre el Derecho penal, o, por lo menos, sobre el modo en que se ha realizado la misma.

III. PROBLEMAS EN LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Los puntos de partida para criticar la armonización son varios y se pueden plantear desde distintas perspectivas.

1. *El carácter del Derecho penal.* Algunos representantes de la dogmática alemana son de la opinión de que un “Derecho penal europeo”, en general, es imposible. Según ellos, Derecho penal es siempre una consecuencia de la soberanía del Estado, mejor dicho, es la parte esencial del monopolio de poder del Estado. Pero donde no existe ningún poder estatal monopolizado, y eso es justamente el caso de la Unión y de la Comunidad Europea, no se pueden promulgar normas penales⁸. Por eso la soberanía del legislador nacional en el ámbito penal debe quedar intacta ante las intervenciones de la U.E.

En mi opinión, respecto a la política criminal, hoy día común dentro de la U.E., una discrepancia entre las concepciones de valores de los Estados miembros, no representará, por el momento, ningún problema. Es cierto, que sí existen distintas concepciones de valores dentro de Europa. Pero como las decisiones marco, que adopta la U.E., casi solo sirven para proteger bienes jurídicos, que son reconocidos dentro de todos Estados miembros (por ejemplo, narcotráfico, terrorismo etc.) dicho problema solo se plantearía en los casos en que el Consejo Europeo adoptara decisiones marco para todos los Estados miembros en áreas, influidas *fuertemente* por el orden del Estado, de la economía o de la sociedad del mismo Estado miembro.

Por dar un ejemplo común para uno de esos casos, podría hablar del delito de negación de crímenes, realizados por el régimen nazi durante el tiempo de su dictadura entre 1933 y 1945. Así, la negación, por ejemplo del holocausto, o sea, del asesinato en masa a los judíos en Alemania es un delito⁹, mientras que en otros ordenes jurídicos, por ejemplo en Inglaterra, no es; lo que demuestra que la relación entre la libertad de expresión y la gravedad

⁸ BRAUM, *Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?*, en *Strafverteidiger* 2003, p. 576; ALBRECHT/BRAUM, *Kontingentes, Europäisches Strafrecht in actio*, en *Kritische Vierteljahresschrift* 2001, p. 312.

⁹ Véase 130 3. del Código Penal alemán.

de la conducta mencionada se valora de manera diferente dentro de cada Estado miembro, dependiendo, por supuesto, de su historia.

Así pues, y mientras estos casos no sean incluidos a la armonización de la U.E., no considero que la naturaleza del Derecho penal plantee un grave problema a la armonización del mismo.

2. *Falta de democracia.* Un problema mayor se deriva de las faltas respecto al principio democrático que se puede apreciar en la adopción de decisiones marco por el Consejo Europeo. Estrictamente hablando, la legislación de la U.E., no tiene ninguna legitimación democrática¹⁰. La “legislativa” está dominando, en cuanto al contenido, por los representantes gubernamentales de los Estados miembros, que forman el Consejo Europeo. Una discusión parlamentaria no existe. Los parlamentos de los Estados miembros no tienen más remedio que transformar los contenidos de las normas europeas, como han sido decididos a nivel europeo. Se desacata, por tanto, de manera normativa y efectiva la reserva parlamentaria.

Sin embargo, de vez en cuando, también se presentan argumentos a favor de la legislación europea. Así, por ejemplo, se afirma la existencia de una cierta base democrática, atendiendo al hecho de que los representantes del Consejo Europeo tienen su propia legitimación democrática por el hecho que han sido elegidos democráticamente en sus respectivos países. Bueno pues, para mí, este argumento no tiene ninguna fuerza persuasiva. Si se tiene en cuenta que son 25 ministros los que forman el Consejo Europeo, tendremos que entender que cada uno de ellos no estará popularmente legitimado desde el punto de vista de 24 de los Estados miembros. Por lo menos yo no me puedo recordar que en Alemania se haya votado sobre el mandato de, digamos, Tony Blair, Rodríguez Zapatero o de los representantes de Letonia o de Malta.

Exigir tal legitimación democrática tampoco es un formalismo exagerado. Precisamente en el ámbito de Derecho penal, aun más que en otros ámbitos del derecho, es imprescindible, una legitimación democrática. Se debe considerar, que el Derecho penal es una materia, donde el Estado interviene sobre los derechos del ciudadano de manera muy intensiva y extensa. Por eso, siempre hay que exigir una legitimación del nivel más alto posible. Pero eso solo puede partir de un parlamento que haya sido votado en elecciones libres, iguales, universales y secretas. Eso mismo debe regir respecto a las votaciones de los representantes en el Consejo Europeo¹¹.

3. *Las normas de competencia.* Otro problema se plantea en relación con las normas que permiten al Consejo Europeo adoptar decisiones marco. Muchos son de la opinión que esas reglas fueron formuladas de forma demasiado imprecisas y parecían fórmulas de compromisos políticos¹².

Si se analizan las normas de competencia del Tratado de la U.E., hay que admitir esta opinión. Según sus términos, el Consejo tiene la competencia de adoptar medidas “en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”¹³. Pero

¹⁰ Según SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, en *Goldtdammer's Archiv* 2004, pp. 193, 200 el déficit de democracia es gigante e inaguantable.

¹¹ Véase HIRSCH, *Derecho penal y derecho procesal penal en la Unión Europea*, en VV.AA. *Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2005), pp. 657, 669.

¹² ALBRECHT/BRAUM, *Kritische Vierteljahresschrift* 2001, pp. 312, 347.

¹³ Véase Art. 31 Nr. 1 e) del Tratado de la Unión Europea.

ya el término “delincuencia organizada” es un término bastante vago y apenas delimitable. Además, por lo menos, causa una mala impresión la formulación de este concepto en forma de enumeración junto con las palabras “terrorismo” y “tráfico ilícito de drogas”, precisamente, estos hechos aparecen en general como una forma organizada. Eso tiene como consecuencia, que, solo de manera insegura y poco limitada, se determinarían los ámbitos delictivos que pueden ser organizados por decisiones marco en todo Europa. En el Tratado de la U.E. se encuentran otros ejemplos parecidos, lo que causa una cierta inseguridad respecto a los límites de la competencia del Consejo Europeo¹⁴.

Hay que notar que este tipo de indeterminaciones dentro de la regulación del Tratado de la Unión Europea causan mala impresión, especialmente, en el ámbito del Derecho penal con su principio de certeza respecto a normas penales. Además, la competencia casi ilimitada del Consejo Europeo significa una nueva vulneración del principio democrático.

4. *Aplicación por la Unión Europea*- Estos tres aspectos que acabo de presentar derivan de la compatibilidad de la armonización y los principios básicos del derecho. Junto a esto, se hace necesario criticar la *aplicación* de las normas del Tratado de la U.E. por el Consejo Europeo.

Como ha sido aludido antes, las decisiones marco, adoptadas por el Consejo Europeo durante los últimos años, están relacionadas con temas como el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de seres humanos, la criminalidad mediante sistemas informáticos, la pornografía infantil o conductas realizadas por motivos racistas. Analizando los temas tratados por la U.E., se percibe que el Consejo Europeo casi exclusivamente reacciona ante problemas actuales y muy publicitados. En ningún caso se plantea la pregunta de si la lucha contra la criminalidad en estos ámbitos era antes insuficiente, precisamente, por las deficiencias que presentaban las legislaciones de los Estados miembros; es decir, no se cuestiona si, a lo mejor, la propia legislación de sus Estados miembros ya resultaba suficiente. Por eso, se da la impresión de que el Consejo Europeo se deja llevar por la política actual y usa selectivamente el Derecho penal para realizar su política o, por lo menos, para presentarla al público.

Así que entre penalistas y políticos en todo el mundo se plantea una pregunta muy discutida, es decir, la pregunta de si el Derecho penal tiene también una función política o si un Derecho penal funcionalizado debe ser rechazado.

Otra polémica presente en relación con la armonización del Derecho penal, que durante los últimos años ha sido discutida entre penalistas en todo el mundo, viene referida a la famosa tesis del penalista alemán, Günter JAKOBS, sobre el así llamado “Derecho penal del enemigo”¹⁵. Según esta tesis, existen dos formas de Derecho penal distintas. Es decir, un Derecho penal para el ciudadano, conteniendo todas las garantías del Derecho penal común, y otro Derecho penal para los “enemigos” –aunque queda indefinido, a quienes se tendría que tener por tales–; derecho este en el cual no existen garantías o por lo menos estarán limitadas.

JAKOBS ha recibido muchas críticas de penalistas de todo el mundo, por esta tesis. Sin embargo, se debe resaltar, que ninguna de las críticas se ha referido a la pura observación

¹⁴ Véase por ejemplo Art. 31 1. c) del Tratado de la Unión Europea: “La consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación”, expresión que según SCHÜNEMANN, en *Goldtdammer's Archiv* 2004, pp. 193, 196, es “schlicht ominös” (simplemente dudoso).

¹⁵ Véase sobre esta temática también MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Editorial Hammurabi (Buenos Aires, 2005).

de JAKOBS de dicho fenómeno, ya que dicho “Derecho penal del enemigo” existe en la realidad y su aplicación es común. Sobre ello, nadie ha mencionado dudas en ninguna ocasión. Estas características del “Derecho penal del enemigo” pueden encontrarse también en la armonización del Derecho penal por la U.E.

Esto se nota, por ejemplo, cuando la U.E. usa su competencia respecto a la adopción de decisiones marco, para crear normas penales bastante duras. De este modo, se da la impresión de que la U.E. quisiera presentarse como una organización muy severa ante la criminalidad¹⁶. Así, la introducción de penas mínimas desproporcionadas y la ampliación de la penalización son caracteres típicos de la adopción de decisiones marco por parte de la U.E. Pero en esto no se toma en cuenta que un “espacio de libertad, seguridad y justicia” (la creación de un espacio así es la meta según el mismo Tratado de la U.E.), no solo debe garantizar seguridad *a través* del Derecho penal, pero también *ante* el Derecho penal. La armonización del Derecho penal por la U.E., que originalmente debería ser una armonización de las normas y estándares dentro de los Estados miembros, al final ha llegado a ser una pura ampliación de la penalidad en todos los casos. No existe, por tanto, ningún concepto de la Unión Europea que permita crear desde sus fundamentos un sistema equilibrado, que sirva para la protección de la U.E., sus órganos, sus ciudadanos y del mercado libre. Solo se opera de manera puntual y con medidas draconianas. Esto, ciertamente, no es una armonización en un sentido jurídico.

IV. PRINCIPIOS DE UNA SOLUCIÓN

¿Cómo se puede, entonces, resolver estos problemas? El año pasado parecía que existía la probabilidad, por lo menos, de mejorar el primer problema, es decir, la falta de la legitimación democrática.

En la primavera del año 2005 fue presentado en Roma, después de años de negociaciones duras y largas entre los Estados miembros, el proyecto de una llamada “Constitución Europea”. Por supuesto, no era una constitución en un sentido jurídico estricto, puesto que la U.E. no es un Estado y por ello no puede darse una constitución. Pero el título “constitución”, sí es justificado en un cierto sentido. Se trata de un nuevo tratado, que contiene un catálogo de derechos básicos y valores comunes. Además se prevé una reforma básica de la estructura, entre otros puntos, concediendo más derechos al Parlamento Europeo. Aunque tampoco con la “Constitución Europea” se hubieran resuelto todos los problemas respecto a la falta de elementos democráticos, este tratado habría significado un paso en dirección a una participación más amplia de los ciudadanos europeos en el proceso de la legislación y aportando, en general, a más seguridad jurídica.

Pero esta “Constitución Europea” hasta ahora no ha sido ratificada. A los Estados miembros se dejaba elegir, llevar a cabo la ratificación de la “Constitución Europea” a través de una decisión en el parlamento nacional, o a través de un referendo. En algunos países, como en Alemania, que eligieron la opción de dejar la decisión al parlamento, una ratificación era de esperar y fue realizada sin problemas. En otros países, por ejemplo en España, la población votó a favor de la “constitución”. Pero en el referendo en Francia, y poco después en Holanda, no se pudo alcanzar un resultado positivo. Sospechando que otros países podrían seguir ese ejemplo, el proceso de la ratificación de la “Constitución Europea” ha sido

¹⁶ SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, en *Goldammer's Archiv* 2004, pp. 193, 197.

suspendido. Además, estos resultados negativos han causado una crisis existencial grave, de la cual la Unión Europea se está recuperando solo lentamente.

Después de los resultados negativos en Francia y Holanda, se ha especulado mucho sobre los motivos por los que los ciudadanos europeos han rechazado la idea de una “Constitución Europea”. Se sospechaba que la U.E., durante los últimos años, se volvió demasiado poderosa, pero, al mismo tiempo, demasiado alejada de sus ciudadanos. Ellos tenían la impresión que todas decisiones eran tomadas en Bruselas, es decir, lejos de su tierra, y que los mismos ciudadanos europeos, en el fondo, no tenían ninguna posibilidad de participar en los procesos. Encima, muchos franceses y holandeses estaban descontentos sobre la situación económica y laboral dentro de sus mismos países y echaban la culpa de dicha situación a la U.E.

Paradójicamente, cambiar eso, o por lo menos mejorarlo en parte, era justamente la meta de la “Constitución Europea”. Bajo este punto de vista, no se puede entender la votación, y solo se explica por la frustración de los ciudadanos sobre la situación dentro de sus propios países, que les habría llevado hasta una actitud antieuropea. Pero tal vez esta situación también se deba a que los políticos desaprovecharon la ocasión de hacer suficientes campañas informativas respecto a los fines de la “Constitución Europea”.

En cualquier caso, las faltas respecto a los principios democráticos en la adopción de decisiones marcos, provisionalmente se mantienen. Solo queda esperar que la “Constitución Europea” algún día sea ratificada, o, si no, que se fortalezcan los elementos democráticos dentro de la U.E. a través de cambios en los tratados de la U.E. y de la Comunidad Europea¹⁷.

Los problemas respecto a la práctica de la adopción de decisiones marco por la U.E., solo pueden ser resueltos por los representantes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea. Ellos deberían ser conscientes de que el Derecho penal, ya por naturaleza contiene la función de la *ultima ratio*, por lo que no puede servir como instrumento de la política. Desgraciadamente, casi no hay esperanzas de que en el futuro se trate de forma más responsable la materia del Derecho penal. No solo en Europa, sino en todo el mundo, el Derecho penal se ha establecido como instrumento político. La aparición de normas penales en el sentido de un “Derecho penal del enemigo”, o como parte de una política de la “tolerancia cero” es frecuente. Por eso, parece necesario realizar una llamada de atención a los responsables para que reflexionen y vuelvan a la base, es decir, a los principios básicos y a las garantías del Derecho penal, aunque dicha llamada se realice sin demasiadas esperanzas.

REFLEXIONES FINALES

El desarrollo de la U.E., especialmente, su influencia creciente en el derecho de los Estados miembros, no se puede ni celebrar completamente, ni maldecir. Por su parte, las opiniones que se dan respecto a este tema varían en la ciencia, la política y en la opinión pública.

Por un lado, se encuentra las visiones de una Europa unificada, como un espacio económico floreciente, con garantías de seguridad y libertad. Claro que esas visiones en muchas ocasiones han sido difundidas por los mismos políticos y representantes gubernamentales. Sin embargo, la pertenencia a la U.E. sigue siendo una meta importante para muchos países,

¹⁷ Véase HIRSCH, *Derecho penal y derecho procesal penal en la Unión Europea*, en VV.AA. *Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2005), pp. 657, 669.

especialmente de Europa occidental. Se promete con esa pertenencia un auge económico y un apoyo respecto a la solución de problemas en el mismo Estado. Actualmente, incluso está en cuestión la posible futura pertenencia de Turquía a la U.E., y ello aunque incluso se puede dudar sobre si ese país geográficamente y culturalmente pertenece a Europa.

Por otro lado, se presenta la imagen de una Europa que se transforma, por causa de la U.E. y sus medidas, casi en un Estado policial, parecido a lo de la famosa novela “1984” del escritor GEORGE ORWELL: sin derechos de participación democráticos, ajena al ciudadano y con normas penales draconianas. De hecho, muchos ciudadanos comparten esa opinión, como lo demuestran los resultados negativos en Francia y Holanda.

Respecto a las influencias de la U.E. sobre el Derecho penal, el problema se plantea, en mi opinión, en las tendencias contrarias, entre las metas de la U.E. y las características que tiene el Derecho penal. Es decir, la U.E., como explica en su preámbulo, tiene como meta la creación de la libertad, la caída de fronteras, la simplificación de la convivencia entre los Estados de Europa. Por supuesto, todo eso son metas que valen la pena, y por las cuales merece luchar. Pero hay que tener cuidado que la pertenencia a la U.E. no signifique también un paso atrás respecto al Derecho penal de los Estados miembros. Falta de legitimación democrática, abuso político del Derecho penal y expansión exagerada, no tienen nada en común con las metas de la U.E. que acabo de exponer.

Por eso, la U.E., pero igual cualquier otra organización supranacional que ejerce una influencia a las órdenes del Derecho penal de sus Estados miembros, debería tener en su mente, de forma especial, la parte jurídico-estatal y protectora del Derecho penal, y no solo limitarse a la función represiva. La U.E. tiene que intentar eliminar sus carencias democráticas y presentarse, en general, más transparente. En el ámbito de Derecho penal es urgente realizar una limitación atendiendo en su uso a la *ultima ratio*.

Nada está contra un “saneamiento” del Derecho penal. Por supuesto, el Derecho penal también debe amoldarse a la nueva realidad existente, pero eso debe ser llevado a cabo con cuidado y ponderación, tal y como merece una materia como la penal.

Aún no es demasiado tarde para realizar esos cambios. Quizás, al final se pueda sacar incluso algo positivo de los citados resultados negativos; por lo menos, el haber contribuido a que los altos representantes de la U.E. reflexionen sobre su propia estrategia. En definitiva, hay que esperar que algunos de aquellos dirigentes europeos, a quienes les gusta referirse al hecho histórico de que en Europa nació la idea de democracia, recuerden de nuevo sus propios orígenes democráticos.

A INFLAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

CÍNTIA TOLEDO MIRANDA CHAVES¹
 Universidade Federal de Juiz de Fora (Brazil)

“A história humana não se desenrola apenas nos campos de batalha e nos gabinetes presidenciais. Ela se desenrola também nos quintais, entre plantas e galinhas; nas ruas de subúrbio, nas casas de jogo, nos prostíbulos, nos colégios, nas ruínas, nos namoros de esquina. Disso quis eu fazer a minha poesia, dessa vida obscura e injustificada, porque o canto não pode ser uma traição à vida, e só é justo cantar se o nosso canto arrasta consigo as pessoas e as coisas que não têm voz”.

Ferreira Gullar

INTRODUÇÃO

Mensagem corrente no discurso punitivo oficial é o necessário aumento da agressividade legislativa em razão do crescimento “vertiginoso” do fenômeno da *criminalidade organizada*, cuja delimitação, quer desde o ponto de vista jurídico, quer criminológico, ainda está longe de ocorrer, se é que tal proeza poderá ser atingida algum dia. A consequência é a maximização dos perigos e riscos de referida criminalidade (ou, dito de outra forma, o aumento do discurso do medo) para que se possa buscar uma suposta legitimidade no endurecimento do sistema punitivo. Não é exagerado dizer que a temática sobre a criminalidade organizada ocupa um lugar proeminente, tanto para opinião pública como para os estudiosos do Direito penal, políticos, mídia e imaginário popular, para não dizer nas ficções cinematográfica hollywoodianas. Tal constatação, evidentemente, não quer aqui demonstrar a gravidade do problema mas, fundamentalmente, os aspectos ideológicos e os motivos pelos quais se dá “tamanho importância” à temática.

O medo é instrumento utilizado há muito para legitimar a repressão penal. Segundo Vera Malaguti, “trabalhar o medo como fio condutor discursivo de uma política pressupõe o que Gislene Neder interpretou como o conjunto de alegorias do poder e a produção imagética do terror que compõem então um papel disciplinador emergencial”². Assim, a

¹ Doutoranda em Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Professora de Direito Penal das Faculdades Integradas Vianna Junior e do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Federal de Juiz de Fora. cintiatoledo@hotmail.com

² BATISTA, Vera Malaguti, *A arquitetura do medo*, In: *Discursos Sediciosos*. Ano 7, n 12. Editora Revan (Rio de Janeiro, 2002), p. 99.

política do medo e do terror impõe um modelo de exceção, de emergência, de restrição das liberdades em nome do aumento da segurança, que na prática não ocorre, onde o medo é superdimensionado, na medida em que o “terror objetivo”³ é incrivelmente inferior ao “terror subjetivo”, ou seja, a possibilidade de sermos vítimas de algum delito é menor do que o medo que sentimos. Em verdade, com a excessiva criminalização de condutas, nosso “volumoso prontuário”, na expressão cunhada por Zaffaroni⁴, vai ganhando magnitude. É mais provável nos transmutarmos em autores que em vítimas, elemento que não pode ser descartado dentro desta conjuntura absolutamente criticável. Política de segurança ou ideologia da dominação? A resposta é evidente, assim como a manipulada legitimidade galgada pela opinião pública que aplaude estas medidas restritivas de liberdades individuais sem muitas vezes se dar conta do perigo que representam para a democracia.

A desproporção do discurso leva, inexoravelmente, à desproporção do sistema penal, sendo necessário questionar até que ponto esta “guerra” travada contra a criminalidade dita organizada, deste ponto de vista do fácil caminho do direito penal repressivo e emergencial, não representa um grave risco para os valores e instituições do próprio Estado de Democrático de Direito.

Traçar um paralelo entre o surgimento do chamado “crime organizado” e o modelo de mercado e de Estado presentes no Brasil atual, apesar de não ser o objeto principal deste trabalho, torna-se imprescindível para que se possa melhor compreender os aspectos ideológicos da resposta institucional do Estado Brasileiro, que segundo Juarez Cirino, possui as seguintes características: a) natureza emergencial, formuladas sobre o impacto emocional; b) ignoram a relação entre estrutura de exclusão das sociedades desiguais e promoção da criminalidade; c) representa resposta simbólica no melhor estilo do discurso repressivo das políticas criminais autoritárias, dirigidas à produção de efeitos sócio-psicológicos no imaginário popular⁵.

O modelo de mercado (e de Estado) presentes no Brasil e em grande parte do mundo é caracterizado, a grosso modo, por um dismantelamento do Estado assistencial e por um robustecimento do Estado eficiência no âmbito repressivo, pois aquele, controlado pelo mercado, necessita manter a política de segurança, antes destinadas aos “comunistas subversivos”, e agora voltadas para a camada excluída da população, que de alguma forma precisa ser controlada, e nada melhor que o sistema penal. Como bem aduz Juarez Távarez, “destruídas as bases de riqueza nacional, que constituíam o sustentáculo do Estado social, o neoliberalismo deve responder às necessidades através de medidas simbólicas convertidas em

³ SILVA SANCHEZ destaca o papel dos meios de comunicação como uma das causas geradoras da sensação de insegurança, ressaltando que “la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no corresponde con el nivel de riesgo colectivo”. In, SILVA SÁNCHEZ, José María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de las sociedades postindustriales*. Civitas, (Madrid, 1999). p. 28. Não podemos nos olvidar também dos interesses políticos que giram em torno da temática da criminalidade organizada, na medida em que motivos de oportunidade política levam a adoção de medidas que muito mais que eficácia real, acabam por agregar votos no debate político eleitoral. Assim aduz L. BLASKESLEY “es fácil caer en la trampa: los políticos ganan popularidad y votos recurriendo a la expresión “duro al crimen”, especialmente al crimen organizado”. In BLAHESLEY, Christopher. El sistema penal frente al reto del crimen organizado. Informe General del Coloquio Preparatorio sobre “Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I – Derecho Penal General” celebrado em Nápoles nos dias 18 a 20 de setembro de 1997. In, *Revue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Études Pénales*, n. 3 e 4, Éres (Paris, 1997) p. 101 e ss.

⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, Revita dos Tribunais (São Paulo, 2004) p. 58.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino. Crime Organizado. In: *Direito Penal e Processual Penal*. Gilson Bonato (org), Lumen Juris, (Rio de Janeiro, 2001) p. 148.

conquistas e incrementos reais pelos meios de comunicação de massa. Por isso é absolutamente inadmissível o anúncio de uma criminalidade alta e perturbadora, a criminalidade dita organizada, mas que se trata basicamente de criminalidade de rua”⁶.

Dúvidas não há que o fenômeno da criminalidade organizada é contemporâneo a este modelo e à própria globalização, pois é cediço que “cada época possui a sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge, para agitar, ainda mais, as águas revoltas do oceano criminal”. A novidade contemporânea em matéria repressiva é o crime organizado, uma manifestação sem precedentes históricos, que busca se beneficiar das melhorias tecnológicas e demais avanços da modernidade; não tão novo, mas chocante, é, todavia, a forma em que o discurso do medo, utilizado para espantar os “demônios” criados pelo próprio homem, está vinculado ao endurecimento do sistema repressivo no decorrer da história⁷.

Vinculada ao momento histórico contemporâneo, a criminalidade organizada é um fenômeno de nosso século, e nas enfáticas palavras de Zaffaroni, “é absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria, etc, porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito”⁸.

Seria inimaginável a existência de uma criminalidade nos moldes encontrados na atualidade sem a presença, por exemplo, do capitalismo financeiro, que além de não ignorar, até mesmo se beneficia das atividades ilícitas desenvolvidas no seio da criminalidade organizada, conforme ressaltado por Pino Arlacchi, ao afirmar a “alianza entre el capital de origen criminal y todo un sector del capitalismo financiero internacional”⁹, em referencia ao mercado do eurodólar e ao paraísos fiscais.

EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

Em que consiste a expressão crime organizado? Quais são suas características? É possível construir uma definição legal?

A confusão criada no imaginário popular, a manipulação das informações que poderiam facilitar uma melhor compreensão e até mesmo a diversidade e complexidade do fenômeno em estudo dificultam, quando não impossibilitam, sua conceitualização. Um exemplo de Rafael Bech demonstra, ademais, que “não raro os exemplos são sobremaneira ampliados sem qualquer preocupação técnica (cite-se, apenas como exemplo, a adjetivação do “Movimento Nacional Sem-Terra” como modalidade de crime organizado)”¹⁰. Assim, mesmo fazendo parte de nosso cotidiano, a expressão traz em seu bojo uma confusão e uma

⁶ TAVAREZ, Juares. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: *Discurso Sedicioso*. Ano 2. N 4. Freitas Bastos. (Rio de Janeiro, 1997). p. 32.

⁷ Sobre o tema vale uma referência a Fauzi Hassan Chourk, *Processo Penal de Emergência*. Lumen Juris (Rio de Janeiro, 2002), p. 40 e ss, que fazendo uma instigante referência a obra *História do Medo no Ocidente - 1300-1800*, de Jean Delumen, demonstra a relação entre o endurecimento do sistema punitivo e o discurso do medo em largo período histórico.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. In: *Discursos Sediciosos*, Relume/ Demará ano 1, v.1 (Rio de Janeiro, 1996), p. 46.

⁹ ARLACCHI, Pino. Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales em el mundo actual. In: *Poder Judicial*, (Madrid) n. 16., p. 40

¹⁰ BECH, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias*. IBCCRIM (São Paulo, 2004). p. 63 e 64

dificuldade sem precedentes no que se refere à sua conceitualização e caracterização, fazendo com que o legislador se sinta “livre” para estabelecer o conceito e os meios de intervenção/punição com o que melhor lhe aprouver sendo, conseqüentemente, fonte de incertezas e insegurança.

A doutrina que procura tratar da questão é unânime em afirmar a dificuldade, quando não a impossibilidade de qualquer definição sobre o fenômeno¹¹. Antes mesmo de qualquer definição legal e dogmática, a própria observação criminológica torna-se tarefa árdua em razão dos empecilhos postos pelo próprio objeto de análise. Para Borrallo tais dificuldades se dão em razão da “compleja naturaleza y la heterogeneidad, tanto de los fenómenos que abarca como de los comportamientos a través de los que se manifiesta”¹². Zaffaroni, numa perspectiva mais crítica e direta aduz que o desconcerto existente entre os criminólogos se dá em razão da imposição de “encontrar uma categoria que satisfaça os políticos, a polícia e, sobretudo, a imprensa e, em certa medida, os autores de ficção”. E continua: “o *organized crime* não é um conceito criminológico, mas uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos”¹³.

No âmbito internacional, a Associação Internacional de Direito Penal, a União Européia e a própria ONU buscaram construir um conceito de crime organizado, sendo comumente exigível as seguintes características: a) três ou mais pessoas (a União Européia, diferentemente, exige somente a presença de duas pessoas); b) distribuição de tarefa c) permanência / estabilidade da organização; d) Violência; e) Cometimento ou *suspeita* da prática de infrações graves; f) Obtenção de benefícios¹⁴.

Na busca de construir um conceito legal, um dos primeiros problemas enfrentados é a abrangência da definição, eis que a expressão busca englobar um elevado número de definições delituosas como tráfico de drogas, tráfico de armas, terrorismo, lavagem de dinheiro, corrupção, concussão, prevaricação, contrabando de mercadorias, tráfico de seres humanos, material genético, crimes ambientais, crimes de informática, etc. Outros fatores que dificultam a elaboração de uma definição são, por exemplo, “a heterogeneidad con la que se manifiesta, como por la multitud de sectores sociales y económicos a os que afecta”¹⁵. Também a dificuldade de “reducir a un denominador común manifestaciones tan dispares y dependientes de contextos históricos y geopolíticos diferentes”, tornam a tarefa essencialmente complexa¹⁶. Não se pode olvidar, contudo, e julgamos esta o maior de todos os empecilhos,

¹¹ A título de exemplo vale citar: BORRALLO, Enrique Anarte. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In, *Delincuencia organizada*. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferre Olivé e Enrique Anarte Borrallo (Org.) Huelva: Universidad de Huelva, 1999. p.20; AGUADO, Javier Zaragoza. *Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español*. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas, In, Delitos contra la salud pública, José Ramón Soriano (Director), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 54; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. In, *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Demará, ano 1, v.1, 1996^a, p. ; MONET, Jean-Claude. *Policías e Sociedade na Europa*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: USP, 2001, p. 184. Vale citar, por fim, DOS SANTOS, Juarez. Crime Organizado. In: *Direito Penal e Processual Penal*. Gilson Bonato (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 147, ao afirmar que se trata de “conceito sem validade científica não pode ser demonstrado”.

¹² BORRALLO, Enrique Anarte. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In, *Delincuencia organizada*. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos FERRE OLIVÉ e Enrique ANARTE BORRALLO (Org.) Universidad de Huelva, (Huelva, 1999), p.33.

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. cit. (n.9), p. 48

¹⁴ Para a Associação Internacional de Direito Penal, ver, *Révue Internancioal de Droit Pénale Nouvelles Études Pénalles*, número 3 y 4. Éres, (Paris: 1997), p. 1042. Com relação à União Européia, ver art. 1 da Ação Comum de 21 e dezembro de 1998, com base no art. K-3 do Tratado da União Européia, Publicada no Diário Oficial da Comunidade Européia nº. L 351/1 de 29.12.98. Quanto à ONU, ver art. 1 do Projeto de Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada (texto revisado de março de 1999).

¹⁵ DELGADO, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Bosch (Barcelona, 2001). p. 35.

¹⁶ BORRALLO, Enrique Anarte, cit (n. 13) p.20

que “crimen organizado es un nombre con mayor carga sugestiva, que efectivo significado semântico”¹⁷.

Hassemer, um dos maiores expoentes da Escola de Frankfurt, sustentando a necessidade de construir uma definição¹⁸, assevera que “se debe distinguir a la criminalidad organizada de la criminalidad de masas. Estas tienen en sus condiciones de origen muy poco que ver entre sí y requieren estrategias diferentes de prevención y represión. Esta diferenciación puede también disminuir la presión dirigida a la agravación de las medidas que existen actualmente en el ámbito del combate de la criminalidad organizada”¹⁹. Na tentativa de atingir esta distinção, destaca as seguintes características: a) caráter cambiante da criminalidade organizada, na medida em que está sujeita às necessidades mercadológicas; b) abrangência de um arquipélago delitivo onde o sujeito passivo é difuso, sendo o delito capaz de produzir “danos invisíveis”; c) uso da intimidação e ameaça; d) geralmente encontra-se fixada em uma base territorial com capacidade de ramificações a outros lugares; e) disponibilidade de disfarce e simulações²⁰.

Como principal característica desta forma de manifestação da desviação, Hassemer é claro ao afirmar que “la corrupción es el corazón de la criminalidad organizada”, sendo este o elemento que dá “a la criminalidad organizada una nueva cualidad”²¹. Para o citado penalista, a fundamentação de referida tese não apresenta qualquer dificuldade na medida em que na criminalidade clássica se pode partir do pressuposto que os que lutam contra o crime encontram-se capacitados e motivados a esclarecer o delito. Com relação à criminalidade moderna, o fator distintivo está na capacidade de abalar as estruturas estatais por meio da corrupção, na medida em que esta é capaz de paralisar o braço que deve combatê-la.

Apesar da tese de Hassemer representar uma interessante variável restrita, a doutrina segue na busca de outros critérios conceituais.

No Brasil, Gabriela Palhares, após descrever as características da criminalidade organizada para vários doutrinadores, nacionais e estrangeiros, afirma que predomina na doutrina a existência de um núcleo comum que “permite concluir que a expressão em apreço está sendo usada para se referir àquela modalidade de organização criminosa que, atuando de forma empresarial e transnacional na exploração de um atividade ilícita, impulsionada por uma demanda de mercado, utiliza, para tanto, os modernos meios tecnológicos colocados à nossa disposição, as práticas mercantis usuais e, principalmente, a convivência dos órgãos responsáveis pela sua repressão, os quais restam imobilizados por força da corrupção”²².

Günter Kaiser, por sua vez, numa perspectiva caracterizadora, ressaltando, assim como todos os autores analisados a dificuldade conceitual, elenca as seguintes notas configuradoras: a) associação duradoura de uma pluralidade de pessoas; b) estrutura de organização

¹⁷ FOFFANI, L. Criminalidad organizada y criminalidad económica. In: *Revista Penal*, Praxis, n. 7, (Madrid, janeiro de 2001) p. 55.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. Perspectivas de uma moderna política criminal. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. Elaborada por Cezar Roberto Bitencourt. In *Três Temas de Direito Penal*. AMF/ Escola Superior do Ministério Público, (Porto Alegre, 1993). p. 61-97

¹⁹ HASSEMER, Winfried. Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada – tesis e razones. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. N. 11 (Distrito Federal, 1988) p. 222 e ss

²⁰ HASSEMER, Winfried. cit. (n. 19). p. 61-97

²¹ HASSEMER, Winfried. Possibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. In: *Pena y Estado*. Corrupción de Funcionarios públicos. N. 1. Editores del Puerto, (Buenos Aires, 1995) p. 149.

²² BRAS, Graziela Palhares Torrões. *Crime organizado X Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, (Brasília, 1999). p. 34.

hierárquica; c) atuação planejada e com divisão de trabalho; d) realização de negócios ilegais, adaptados a cada momento ante as necessidades da população; e) tecnologia flexível do delito e variedade de meios para delinquir, desde a exploração, ameaça, extorsão, violência, proteção obrigada e terror, e até suborno; f) aspiração a posições de poder econômico ou político; e f) internacionalização e mobilidade²³.

Segundo Zaffaroni²⁴, “o crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o Estado não o fazem. Em termos mais precisos, sua função econômica seria a de abranger as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado”. Com base no entendimento que o crime organizado é um fenômeno do “mercado desorganizado ou não disciplinado”, o penalista Argentino conclui que “não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas”, asseverando que se trata de uma categoria frustrada, tese que corroboramos integralmente.

Importante ressaltar que, além da dificuldade / impossibilidade de fixar parâmetros definitórios, o que mais importa neste momento é perceber como categoria criminológica vem sendo utilizada para o endurecimento das leis penais e processuais que pretende atacá-la sem saber muito bem qual o “monstro” que se pretende enfrentar. O resultado é o mesmo de sempre: os atingidos são os autores de criminalidade de rua, de pequeno vulto, movidos muitas vezes (para não dizer em quase todas) por razões de cunho social.

A legislação relativa ao crime organizado no Brasil: aspectos inconstitucionais de um modelo legislativo de exceção.

A política irracional do medo gera, conforme aduzido anteriormente, uma sensação de vulnerabilidade, de insegurança, produzindo um discurso emergencial, policialesco e beligerante, onde o inimigo, numa visão maniqueísta e questionável, deve ser eliminado ou, quando muito, neutralizado e afastado. Este discurso, já comprometedor das garantias fundamentais, acabou por resultar no chamado “direito penal do inimigo”, um modelo de direito penal patrocinado pelo penalista alemão Gunther Jakobs onde se defende a assustadora tese de que alguns indivíduos “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”²⁵ y “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”²⁶. A estes, verdadeiros inimigos, e em nome da segurança da própria sociedade, nada resta a não ser a exclusão, ou seja, ser-lhe-á aplicado um direito penal cujas garantias constitucionais e internacionais restam comprometidas e dilapidadas. Muñoz Conde é duro e certo nas críticas à tese de Jakobs, afirmando claramente sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e seus riscos para a democracia. Relata, ainda, o citado autor espanhol que uma das origens desta visão excessivamente repressiva, que visa separar os cidadãos em “amigos” e “inimigos” é o nacional-socialismo alemão, com as leis de “Estranhos a Comunidade”, que culminou em um dos períodos mais vergonhosos e tristes da história da humanidade. E concluir, “una sociedad en la que la

²³ KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*, Dykinson (Madrid, 1988) p. 225.

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. cit (n. 9), p. 49.

²⁵ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Civitas, (Madrid, 2003) p.40.

²⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. cit (n. 26), p. 47.

seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”²⁷.

É com base neste modelo de direito penal repressivo que se reproduz no Brasil instrumentos legislativos simbólicos como a Lei de Crimes Hediondos, e, como não podia deixar de ser, a lei de crime organizado. Olvida-se o legislador que, conforme leciona Canotilho, “o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as conseqüências jurídicas da “Constituição de exceção” (grifos no original)²⁸.

Este “moderno Direito Penal”, na feliz expressão cunhada por Winfried Hassemer²⁹, tem por base a defesa de um estatuto que seja não somente uma forma de controle social institucionalizada, formal e regulada, mas um direito penal de transformação, na medida em que se converte em instrumento de ação política eficiente, com clara renúncia aos direitos fundamentais. O direito penal perde, assim, seu caráter de *ultima ratio*, para apresentar-se como *primera ratio*, ou em *sola ratio*, como instrumento repressivo que seria a resposta para todos os males.

Aos supostos traficantes, v.g., (adotando aqui a posição da *mass média* que claramente, consciente ou inconsciente, adota um claro direito penal do autor, tão a gosto dos períodos de interrupção democrática e que caracteriza, por exemplo, nossa lei de tóxico) deve-se impor medidas duras de restrições de direitos fundamentais, como se vê nas inúmeras leis como: lei de crimes hediondos, lei da prisão temporária, que em quase nada se distancia da prisão para averiguação da ditadura militar, interceptações telefônicas absurdamente desproporcionais, aumento irrestrito e desproporcional dos marcos penais, proliferação de novos tipos penais, aumento da tipificação dos questionáveis crimes de perigo abstrato, restrição das garantias processuais, restrição da liberdade provisória, decretação de prisões provisórias sem fundamento legal (leia-se constitucional), agente infiltrado e, como se não bastasse, regime disciplinar diferenciado. No âmbito penal também se percebe o desaparecimento entre participação e autoria, entre tentativa e consumação³⁰. Basta uma breve análise jurisprudencial, v.g. da lei de tóxico para que se perceba a veracidade desta afirmação. Tudo em nome da eficácia, ainda que comprometedora dos princípios constitucionais.

Diante da dificuldade conceitual relativa ao crime organizado, o legislador pátrio optou por um modelo simplista, carente de rigor científico e inconstitucional.

O artigo 1º da Lei 9034/95, com redação dada pela Lei 10217/01, dispõe da seguinte forma, “esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Se esquece o legislador (quicá propositalmente) de definir os institutos ainda não delimitados pela ordem jurídica pátria, fixando “o entendimento de que toda quadrilha ou bando podem ser considerados organizações criminosas”, isto é, buscando conduzir a uma identidade normativa entre as duas modalidades desviantes: quadrilha ou

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Hammurabi (Buenos Aires, 2005) p. 72.

²⁸ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, (Coimbra, 1998) p. 973

²⁹ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *A responsabilidade pelo resultado em Direito Penal*. Tradução de Cíntia TOLEDO MIRANDA CHAVES. Lumen Juris (Rio de Janeiro, 2008) (no prelo).

³⁰ Sobre o tema, ver MUÑOZ CONDE, Francisco e AUNIO ACOSTA. *Drogas y Derecho Penal*. In Eguzkilore, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n. 5. (San Sebastián, Dezembro de 199, p. 151).

bando e organização criminosa³¹. Não olvida o legislador, sem embargo, de criar um processo de exceção com características inquisitoriais ao definir meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas como, v.g., a ação controlada, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

É cediço que a noção mais elementar de crime organizado passa, necessariamente, pela pluralidade de agentes, sendo esta característica, todavia, insuficiente para qualquer tipo de categorização. Vale ressaltar, como lembra Mannheim, que a participação de duas ou mais na prática do crime é tão antiga quanto o próprio crime³² não tendo de antemão qualquer relação com a noção de criminalidade organizada, da mesma forma que o tipo de quadrilha ou bando.

Referido delito, definido no art. 288 do Código Penal, é uma excepcional incriminação autônoma de ato meramente preparatório, uma forma de antecipação da tutela penal utilizada massivamente pelos regimes autoritários, onde se joga por terra o um dos pilares do Direito Penal liberal: *cogitationes nemo patitur*. Tal aforismo procedente de Upiano reflete, em termos dogmáticos, a distinción entre as fases do delito – interna e externa – impedindo a punição da primeira, e em termos constitucionais, validar o Estado social e democrático de Direito, propugnando pela consolidação de valores superiores do ordenamento jurídico como a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo. O que se procura impedir, evidentemente, é que o Estado atribua a qualquer pensamento o rótulo de ilegalidade, na medida em que somente sua exteriorização, ou seja, somente as ações possam ser taxadas de ilegais, nunca o pensamento. Dentro de um Estado dito democrático não se pode admitir que o pensamento, que as ideais possam delinquir, porque são, evidentemente, carentes da lesividade exigida para que possam ser objeto de proibição, ainda mais pela drástica via da sanção penal.

O Código Penal Brasileiro, cuja parte especial data de 1940, define o crime de quadrilha ou bando, exigindo, para sua adequação típica, a presença de, no mínimo, quatro pessoas, cominando pena de 01 a 03 anos de reclusão. O que se percebe é que o legislador já parte de um tipo excepcional, na medida em que não há, ainda, qualquer violação a bem jurídico, mas desde já, se faz incidir o mais duro Direito penal, eis que o crime em análise se consuma, segundo o STF, “em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quando àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no momento da adesão de cada qual; crime forma, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fins da associação”³³.

³¹ COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Lumen Juris, (Rio de Janeiro, 2004) p. 135.

³² MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução J. F. FARIA COSTA e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (Lisboa, s.d). Vol II, p. 953.

³³ HC 70919-2, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, dj 29/04/94, p. 9731.

Pela simples leitura do tipo penal mencionados percebe-se, destarte, que qualquer tentativa de aproximação entre o tipo penal de quadrilha ou bando e a noção de organização criminosa é inadequada e inconstitucional. Não se pode equipar conceitos e, no âmbito penal, como é cediço, por força do princípio da legalidade, não cabe ao intérprete, por analogia ou qualquer outro recurso hermenêutico, criar tipos penais inexistentes”. Segundo Renata Almeida Costa, “ a lei 9034 é uma lei penal em branco não declarada (...). Esqueceu de delimitar, em um artigo primeiro, de forma certa e estrita, o conceito do crime para o qual disponibiliza os meios processuais”³⁴. Afinal, é uma legislação especial que se intitula de combate ao crime organizado e dispõe de meios para “combatê-lo”, prevendo medidas investigativas tão radicais e excepcionais a qualquer tipo de quadrilha ou bando, como o agente infiltrado –que também consideramos inconstitucional–, violando de forma aberrante as noções mais elementares de proporcionalidade. Às mais toscas e cômicas quadrilhas delitivas, aos verdadeiros “ladrões de galinha”, poder-se-ia aplicar medidas tão radicais, violando o princípio da proibição de excesso? Evidentemente que não.

Diante da ausência de tipo penal de organização criminosa (e a nosso ver de sua impossível delimitação jurídica e criminológica) e da total impossibilidade de qualquer equiparação deste ao delito de quadrilha ou bando ou a mera associação para o tráfico, e da inconstitucionalidade (por violação ao princípio da proporcionalidade) da aplicação das medidas investigativas à qualquer quadrilha ou bando, o que fazer com esta lei? A melhor solução é dada por Prado, Douglas e Gomes: “não aplicá-la em nenhuma hipótese”³⁵. Também Luis Flávio Gomes ressalta os perigos de aplicação de tal lei sem qualquer definição prévia de organização criminosa, uma vez que, “a lei foi feita para combater a criminalidade sofisticada, não a quadrilha ou bando (que integra o conceito de criminalidade massificada)”³⁶.

Com esta solução seria possível fortalecer a ordem constitucional democrática e as garantias processuais e penais aí incluídas, deixando de reconhecer institutos arbitrários e tão questionáveis do ponto de vista ético e jurídico como a ação controlada, agente infiltrado, acesso irrestrito a dados privados, impossibilidade de liberdade provisória e tantas outras típicas de regime de exceção, onde se reconhece formas de poder autoritárias e carentes de legitimação.

O assunto voltou a tona com a ratificação pelo Brasil da Convenção de Palermo, publicada em 30 de maio de 2003. Dita convenção trouxe o conceito de crime organizado como sendo “todo grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral.”

Vê-se que, ainda que um decreto legislativo pudesse criar um tipo penal, o que não é possível, tal definição não pode ser aplicada por violar, por exemplo, o princípio da taxatividade, pois ausente a delimitação temporal, afinal, o que se entende por “algum tempo”? Ademais, bastaria a exigência de um menor número de pessoas que a quadrilha ou bando que exige no mínimo quatro ou um maior agrupamento que o delito de associação para o tráfico que se

³⁴ COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Lumen Juris, (Rio de Janeiro, 2004) p. 134.

³⁵ GOMES, Abel Fernandes, PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. *Crimes Organizado e suas conexões com o poder público*. Comentários à lei 9034/95. Considerações Críticas. Impetus (Rio de Janeiro, 2000) p. 50.

³⁶ GOMES, Luis Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico e político-criminal*. RT. (São Paulo, 1997). p. 90

satisfaz com a presença de duas pessoas para que tenhamos uma distinção suficiente? Seria, enfim, admissível a equiparação dos conceitos de quadrilha, bando, associação, organização? E mais, para um conduta lícita, pois não há sua tipificação legal, poder-se-ia prever consequências tão graves? Seria, enfim, defensável a utilização de um juiz inquisitor, do flagrante retardado com ação controlada, o amplo acesso a dados fiscais, bancários, financeiros, etc, a interceptação ambiental, a infiltração de agentes policiais, como previstos na lei de crime organizado, para qualquer tipo de associação ou quadrilha? Não, não e não!

Qualquer resposta afirmativa seria, sem qualquer dúvida, trabalhar com o direito penal do inimigo onde já não existem cidadãos e onde a suposta exceção, desde já ilegítima, transformou-se em regra como era de se esperar. E perde a democracia!

E nos restará a voz de Chico Buarque, despertando o Hino de Duran
 Se tu falas muitas palavras sutis
 E gostas de senhas, sussurros, ardis
 A lei tem ouvidos pra te delatar
 Nas pedras do teu próprio lar

Se trazes no bolso a contravenção
 Muambas, baganas e nem um tostão
 A lei te vigia, bandido infeliz
 Com seus olhos de raio-x

Se vives nas sombras, frequentas porões
 Se tramas assaltos ou revoluções
 A lei te procura amanhaá de manhã
 Com seu faro de dobermann

E se definitivamente a sociedade só se tem
 Desprezo e horror
 E mesmo nas galeras és nocivo
 És um estorvo, és um tumor
 A lei fecha o livro, te pregam na cruz
 E depois chamam os urubus

Se pensas que burlas as normas penais
 Insufas, agitas e gritas demais
 A lei logo vai te abraçar, infrator
 Com seus braços de estivador
 Se pensas que pensas (etc.)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO, JAVIER ZARAGOZA, *Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas*, In: *Delitos contra la salud pública*, José Ramón Soriano (Director), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- ARLACCHI, PINO, *Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales em el mundo actual*. In: *Poder Judicial*, n. 16.
- ASUA, JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal, VII, El delito y su exteriorización*, Buenos Aires: Losada, 1985.

- BATISTA, VERA MALAGUTI, *A arquitetura do medo*. In: *Discursos Sediciosos*. Ano 7, n 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECH, FRANCIS RAFAEL, *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- BORRALLLO, ENRIQUE ANARTE, *Conjecturas sobre la criminalidad organizada*. In: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Juan Carlos Ferre Olivé e Enrique Anarte Borralllo (Org.) Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- BORRALLLO, ENRIQUE ANARTE, *Conjecturas sobre la criminalidad organizada*. In: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Juan Carlos Ferre Olivé e Enrique Anarte Borralllo (Org.) Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- BRAS, GRAZIELA PALHARES TORRÕES, *Crime organizado X Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- CANOTILHO, J.J. GOMES, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 1998.
- CHAVES, CÍNTIA TOLEDO MIRANDA E KATO, MARIA IGNEZ BALDEZ, *Judiciário dá um temp. Em homenagem à Bezerra da Silva*. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Volume 156. São Paulo, 2005.
- CHOURK, FAUZI HASSAN CHOURK, *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada (texto revisado de março de 1999).
- COSTA, RENATA ALMEIDA DA, *A SOCIEDADE COMPLEXA E O CRIME ORGANIZADO: A CONTEMPORANEIDADE E O RISCO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS*. RIO DE JANEIRO LUMEN JURIS, 2004.
- COSTA, RENATA ALMEIDA DA, *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2004.
- DAMÁSIO JESUS, *Novas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELGADO, JOAQUIN, *Criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch, 2001.
- DIÁRIO OFICIAL DA COMUNIDADE EUROPÉIA Nº. L 351/I DE 29.12.98.
- FOFFANI, L. *Criminalidad organizada y criminalidad económica*. In *Revista Penal Praxis*, n. 7, janeiro de 2001.
- FRANCO, ALBERTO SILVA, *Crimes Hediondos*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, ABEL FERNANDES, PRADO, GERALDO E DOUGLAS, WILLIAM, *Crimes Organizado e suas conexões com o poder público*. Comentários à lei 9034/95. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- GOMES, LUIS FLÁVIO, *Crime organizado: enfoques criminológico e político-criminal*. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, VICENTE. *Tóxicos, Prevenção e Repressão: comentários à lei 6368 de 21.10.1976*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HASSEMER, WINFRIED E MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *A responsabilidade pelo resultado em Direito Penal*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 (no prelo).
- HASSEMER, WINFRIED, *LIMITES DEL ESTADO DE DERECHO PARA EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD organizada – tesis e razones*. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. N. 11, 1988.
- HASSEMER, WINFRIED, *Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción*. In *Pena y Estado. Corrupción de Funcionarios públicos*. N. 1. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.
- HASSEMER, WINFRIED, *Segurança pública no Estado de Direito. Perspectivas de uma moderna política criminal*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. Elaborada por Cezar Roberto Bitencourt. In *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre, AMF/ Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HC 70919-2, STF, 1ª TURMA, unânime, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, dj 29/04/94, p. 9731.
- Informe General del Coloquio Preparatorio sobre “*Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I – Derecho Penal General*” celebrado em Nápoles nos dias 18 a 20 de setembro de 1997. In: *Revuê International de Droit Pénale Nouvelles Études Pénalles*, n. 3 e 4. Paris; Éres, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER e CENCIO MELIÁ, *Manuel. Derecho penal del inimigo*. Madri: Civitas, 2003.
- KAISER, GÜNTHER, *Introducción a la criminología*. 7 ed. Madrid: Dykinson, 1988.

- MANNHEIM, HERMANN, *Criminologia comparada*. Tradução J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (s.d). Vol II.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO E AUNIO ACOSTA, *Drogas y Derecho Penal*. In *Eguzkilore, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n. 5. San Sebastián, Dezembro de 1991.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- RÉVUE INTERNANCOIAL DE DROIT PÉNALE NOUVELLES ÉTUDES PÉNALES, número 3 y 4. Paris: Éres, 1997.
- ROXIN CLAUS, *Funcionalismo e Imputação Objetiva*. Tradução de Luis Greco. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA SILVA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SANTOS, JUAREZ CIRINO, *Crime Organizado*. In: *Direito Penal e Processual Penal*. Gilson Bonato (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA JUNIOR, JOSÉ. Tóxicos. In: Franco, Alberto Silva e Stocco, Rui, et alli, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Volume 2.7ª edição. São Paulo: RT,2002, p. 3209.
- Tavarez, Juarez, *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*. In: *Discurso Sedicioso*. Ano N 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- ZAFFARONI, EUGÊNIO RAÚL, *"Crime Organizado": uma categorização frustrada*. In, *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Demará, ano 1, v.1, 1996.
- ZAFFARONI, RAUL EUGENIO E PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. São Paulo: RT, 2004.

¿QUÉ ES LA INTEGRIDAD SEXUAL?

NICOLÁS OXMAN VILCHES*
 Universidad Central

Resumen

En el presente trabajo el autor trata desde los principios que han de inspirar el Estado Constitucional y democrático de Derecho el fundamento e importancia que debe tener el bien jurídico, sobre todo para un adecuado entendimiento de la integridad sexual.

Palabras Clave: Estado democrático de derecho, bien jurídico, integridad sexual

Abstract

In the present report the author treats from the principles that are to inspire the Democratic Rule of Law the foundation and importance that must have the legally protected interest in sexual offenses, on everything for a suitable understanding of sexual integrity and sexual liberty.

Keywords: Democratic Rule of Law, legally protected interest, sexual integrity, sexual liberty

I. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y EL DERECHO PENAL SEXUAL

Hace algunos años a propósito del estudio de la tentativa SERRANO-PIEDECASAS explicaba –de modo nítido–, que toda discusión dogmática exigía tomar partido sobre la legitimación material del Derecho Penal, ello requeriría necesariamente elegir entre asumir como punto de partida la teoría del bien jurídico, o bien, inclinarse por la teoría del quebrantamiento de la norma, según la cual la máxima contribución del Derecho Penal “está en garantizar la vigencia de la norma, para asegurar el mantenimiento de la configuración de la sociedad”¹. Para esta última visión, la necesidad de tutela de un bien jurídico no se origina en un determinado valor o interés que la sociedad estima digno de protección, sino que la

* El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas. Ayudante de Derecho Penal, Universidad Central de Chile nicooxman@gmail.com

¹ SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación Objetiva del Injusto de la Tentativa en el Código Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Boletín Oficial del Estado (Madrid, 1998), volumen II, p. 37. “La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den pérdidas en caso de que resulten defraudadas”. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Traducción de Joaquín Cuello Contreras/José Luis González de Murillo), Editorial Marcial Pons (Madrid, 1997), 2ª edición, p. 45. En otro lugar, el mismo autor sostiene que “las normas determinadoras de identidad de la sociedad necesitan ser garantizadas puesto que también serían practicables otras alternativas. La garantía es prestada al encomendar como tarea a cada persona el seguir la norma, y en tanto el no seguimiento es penado, esto es, la identidad se ve ratificada. Con la pena se lleva a cabo definitivamente la ratificación”. JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Editorial Civitas (Madrid, 2004), p. 97.

justificación de la intervención penal está en el deseo de mantener la firmeza de las expectativas normativas frente a las decepciones de que puedan ser objeto, expresándolo, con un ejemplo de JAKOBS “lo que constituye una lesión de un *bien-jurídico* penal no es la causación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición subyacente en el homicidio evitable”².

Por otra parte, hay quienes estiman que el bien jurídico es una elaboración que trasciende los límites del sistema positivo; en tal sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE³ lo concibe como una síntesis normativa que resulta de la contradicción que se genera como resultado de la tensión dialéctica entre el Derecho Penal como expresión de coerción y el reconocimiento de los derechos y libertades de los individuos en una sociedad democrática; MIR PUIG⁴ razona que es necesario introducir al concepto de bien jurídico en un planteamiento social de la función del Derecho Penal y, por ende, constituyen los objetos concretos a través de los cuales se cumple la finalidad de mantenimiento de los sistemas sociales, específicamente, determina qué procesos de interacción y participación merecen ser tutelados a nivel normativo; HASSEMER⁵ enseña que no existen intereses, ni valores de naturaleza colectiva o funcional que merezcan por sí mismos ser elevados a la categoría de bien jurídico, porque estos nacen en el campo de tensión entre, por una parte, el individuo y, por la otra, la sociedad y Estado (comunidad), entonces, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida en que son también intereses de la persona, ya que de otro modo no requieren de protección penal; ROXIN⁶ postula que en todo grupo humano existen dependiendo del contexto histórico-social en que se encuentre una serie de presupuestos imprescindibles para asegurar una existencia común, que se concretan en determinadas condiciones valiosas (bienes jurídicos) que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, dentro del marco de un sistema global estructurado sobre la base de tales concepciones.

Por otro lado, ZAFFARONI⁷ señala que nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro y, por ello, exclusivamente se trata de un concepto indispensable para dar cumplimiento al principio de lesividad, que no debe confundirse con el uso legitimante de la intervención penal (teoría del bien jurídico tutelado por la norma), ya que de la operatividad práctica del poder punitivo deviene la verificación empírica de la falsedad de dicho juicio.

Sin perjuicio de todo lo anterior, hoy existen tesis que señalan que la función de vigencia de la norma no es totalmente incompatible con la función de protección de bienes jurídicos y de prevención de ataques lesivos a los mismos, porque serían dos actividades que participan en planos diferentes: la función de protección de bienes jurídicos legitima el

² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...*, cit. (n. 1), p. 46.

³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Política Penal en el Estado Democrático”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Boletín Oficial del Estado (Madrid, 1984.), volumen XXXVII, p. 343.

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Editorial B de f (Buenos Aires, 2003), 2ª edición, p.122.

⁵ HASSEMER, Winfried, *Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico*, en *Doctrina Penal*, año XII (Buenos Aires, 1989), p. 289. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1989), p. 109.

⁶ ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus. S. A. (Madrid, 1976), p. 21. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de la 2ª. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Civitas (Madrid, 1997), p. 56.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Ediar (Buenos Aires, 2002), pp. 128 y 486 y ss.

sistema penal, en cambio, la función de vigencia de la norma estructura el sistema jurídico-social⁸. ¿Qué explicación debe preferirse? La respuesta a esta pregunta debe partir de la base que toda posición dogmática que pretenda tener una aplicación empírica debe comenzar por admitir y preguntarse, aun en el caso de problemas teóricos, como la teoría del bien jurídico, qué trascendencia tiene el asumir una determinada postura, como señala MIR PUIG “únicamente será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la ley”⁹. Así en lo referente al Derecho Penal sexual, la posible solución pasa, primero, por dar respuesta a la interrogante de cuál de las diferentes posturas en torno a la teoría del bien jurídico puede ser aplicada a nuestro ordenamiento jurídico, no solo en el mundo deontológico, sino que también desde la perspectiva de su operatividad práctica a la luz de las necesidades del sistema normativo actualmente vigente, sobre todo en lo que toca a su adecuación a los principios del Estado constitucional y democrático de Derecho; segundo, una vez efectuada la respectiva toma de postura, se debe desentrañar el contenido conceptual de los bienes jurídicos propuestos por el legislador como objetos de tutela en el ámbito sexual, a fin de conectarlos con la función limitadora del *ius puniendi*, situándose en el estado actual de la discusión dogmática, particularmente en su pretendida potencialidad de *lege data* y de *lege ferenda*; tercero, realizada la exclusión se debe ir en la búsqueda de la eventual virtuosidad práctica de o de los bienes jurídicos elegidos, de modo que la evolución legislativa esté a la par el progreso social suscitado paralelamente, a fin de que pueda decirse que el legislador está atento a los cambios experimentados en los usos y costumbres en el plano sexual.

Nuestro ordenamiento jurídico-penal debe someterse en su creación, aplicación y modificación a los principios establecidos en la Constitución, a fin de que pueda estructurarse una adecuada conexión comunicativa entre los valores significados en el texto constitucional y la realidad social¹⁰. Por ello, el bien jurídico debe ser entendido como un juicio de valor, un interés o un derecho constitucionalmente reconocible por ser expresión de la vigencia de una sociedad democrática en constante evolución¹¹.

El control social que es ejercido por el Derecho Penal, es el producto de una decisión racional que apela a una identidad colectiva en constante dinamismo, esa es la razón por la cual la sociedad va revisando los contenidos normativos de los preceptos penales, a fin de que la ley penal pueda dar respuesta a los cambios culturales; en consecuencia, se van incluyendo o excluyendo, revitalizando o relativizando las intensidades de tutela, en especial en nuevos sectores de realización individual y colectiva que han pasado a ser considerados relevantes y, con ello, la pregunta radica ya no en la legitimidad de los intereses o valores, sino en la de los argumentos que son esgrimidos para que estos sean estimados como constitucionalmente dignos y necesitados de protección; en fin, se trata de un asunto de justificación de la injerencia penal y, por ello, el énfasis debe estar situado en la elaboración de una teoría de la

⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 5ª Edición, Bosch, 2004, p. 152.

⁹ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 25.

¹⁰ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista*, en *Jueces para la Democracia* 30 (Madrid, 1997), p. 10. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/GARCÍA RIVAS, Nicolás/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ SERRANO-PIEDecasas, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Praxis (Barcelona, 1996), pp. 6-7. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 2ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), p. 32.

¹¹ Así, ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), pp. 157-158.

legislación penal, o sea, del procedimiento a través del cual puede estimarse como legítimo el consenso alcanzado como consecuencia de la involucración activa de los distintos estamentos del control social, en cuanto operan como configuradores del orden social normativo¹².

En ningún caso la Constitución estatuye de modo estricto los bienes jurídicos susceptibles de ser considerados como necesitados de tutela, sin embargo, implícitamente constituye un baremo inicial en la determinación tanto de lo que se debe tutelar, como también de todo aquello que es merecedor de protección en un Estado democrático de Derecho¹³; es un instrumento de límite al poder punitivo por cuanto permite no solo descriminalizar, sino que también reorientar la ley penal hacia una intervención más racional que cumpla de modo irrestricto con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad¹⁴. En tal sentido, la visión anteriormente esbozada debe ser complementada con una referencia material, la que debe ser extraída del artículo 1º de la Constitución, que enlazado con el principio de necesidad de la intervención penal, indica que toda norma penal debe ser expresión de la libertad, igualdad y dignidad, a la vez que debe motivar a las personas al respecto de las posibilidades de desarrollo material y espiritual de los seres humanos en una sociedad democrática (artículo 4º de la Constitución)¹⁵.

En lo relativo a la materia del presente trabajo, si se asume que el Derecho Penal debe cumplir con garantizar los principios constitucionales de un Estado democrático de Derecho, tanto en el plano netamente formal como en el ámbito material, se está postulando como pilar fundamental la imposibilidad de indicar a las personas valores éticos de comportamiento sexual distintos de la libertad y responsabilidad del ser humano en el ejercicio de su sexualidad. Ello se debe a que en el Estado de Derecho las personas asumen comunicativamente la existencia de un cierto respeto de las condiciones de igualdad necesarias para el mantenimiento de una seguridad jurídica suficiente para lograr su pleno desarrollo individual. Es decir, la visión constitucional debe ser complementada con criterios materiales que permitan establecer la manera en que se alcanzan los contenidos del orden social acordado, esto es, la forma en que los valores expresados o no en el texto constitucional adquieren significado y relevancia penal como relaciones sociales concretas, es decir, como relaciones entre personas¹⁶. Al menos en el campo de los delitos sexuales se trata de una relación social concreta que ha de permitir a los individuos su autorrealización en la vida sexual individual y social, por otro lado, ha de ser expresión de confianza del sistema normativo hacia la persona, de respecto a la diversidad,

¹² Por todos, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta (Madrid, 2003), pp. 17 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Bien Jurídico Protegido...* cit. (n. 10), pp. 13 y ss.

¹³ Siguiendo a MUÑOZ CONDE, "El Derecho Penal no solo protege derechos fundamentales, pero, en general, se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan la libertad, el Derecho Penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas (...), y de otros derechos y principios que igualmente por su importancia para el individuo y la configuración democrática de la sociedad tienen rango constitucional". MUÑOZ CONDE, Francisco, *Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional del Derecho Penal*, en: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Quintero Olivares, MORALES, Gonzalo, PRATS, Fermín* (coords.), Aranzadi, 2001, p. 562. Otra opinión, BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta (Madrid, 2004), p. 33.

¹⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, Casa editrice dott. Antonio Milani, Quarta edizione (Padova, 2001), p. 210.

¹⁵ Similar opinión, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición (Santiago, 2005), p. 55.

¹⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Consecuencias Políticas Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV, julio de 2003, p. 128.

de interacción comunicativa tolerante y pluralismo en sede democrática¹⁷; en consecuencia, la libertad sexual es la base sobre la cual debe estructurarse todo el análisis de la configuración derecho vigente en lo tocante a los delitos de significación sexual.

II. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA EXCLUSIÓN DE LOS DISCURSOS MORALIZANTES

Con la dictación de la Ley N° 19.927 de 14 de enero de 2004, el título VII del Libro II del Código Penal dedicado a los delitos sexuales, pasó a denominarse: “crímenes y simples delitos contra el *orden de las familias* y contra la *moralidad pública* y la *integridad sexual*”. Esta reforma no solo introdujo la expresa referencia a la integridad sexual, sino que también incorpora de modo expreso la *libertad e indemnidad sexuales*, lo que tiene lugar en la adición del numeral 10° al artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales¹⁸.

Estos nuevos bienes jurídicos se agregan a los originalmente mencionados en el epígrafe (*orden de las familias y moralidad pública*), y a otros también incluidos por el modelo de la codificación, nos referimos *al pudor*, que está contemplado, por una parte, junto a los ultrajes públicos a las *buenas costumbres* (art. 373) y, de otra, al lado de la *honestidad*, pero en el primer caso como falta de ofensa pública a dicho valor, la cual se comete con la realización de acciones o dichos deshonestos (art. 495 N° 5); finalmente, se hace referencia –también como una falta– a la *decencia*, con motivo de las normas de baño en lugares públicos (art. 496 N° 9).

La fórmula dogmático-conceptual expuesta en el número anterior obliga a descartar la visión neokantiana¹⁹, según la cual el contenido del bien jurídico se determina mediante una remisión a los valores de la cultura²⁰ plasmados por el legislador en la ley penal. Según este punto de vista el bien jurídico se estructura sobre la base de referencias a lo espiritual, lo que implica una renuncia a toda pretensión de concebirlo como una frontera al poder punitivo y, por ello, el bien jurídico no puede terminar siendo la abreviatura de la idea del fin; la síntesis categorial; la *ratio legis* de una norma legal incuestionable²¹.

¹⁷ Para estas consideraciones en torno a la teoría general de bien jurídico, véase, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal, Editorial *B de f*, 2ª. edición (Buenos Aires, 2001), pp. 90 y ss. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal, Editorial *B de f* (Buenos Aires, 2003), p. 123.

¹⁸ El artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales señala: “Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 10. Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile. También se hace extensiva esta posibilidad al delito contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años”.

¹⁹ Ampliamente, DURÁN MIGLIARDI, Maño, *Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea*, Ediciones Jurídicas (Santiago, 2006), pp. 76 y ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Editorial Bosch (Barcelona, 2002), p. 55.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Introducción...*, p. 114.

²¹ Ampliamente, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Política Penal...*, p. 339.

1. La moral sexual

La posición esgrimida nos obliga a la deslegitimación del uso del Derecho Penal como valor promocional de costumbres sociales en el ámbito sexual, es decir, la utilización de la ley penal como prescripción de un determinado Código ético o moral²².

En general, cuando se habla de moral sexual se hace referencia a una de carácter secular o social, toda vez que al no existir Estado confesional, el Derecho Penal no protege la moral sexual cristiana, porque de aceptarse esto último no habría distinción alguna entre el delito y el pecado²³, o bien, entre moral y derecho²⁴. Fue la doctrina italiana, en el siglo pasado²⁵, la que intentó dotar de contenido los conceptos de moralidad pública²⁶, pudor²⁷ y buenas costumbres²⁸. Sin embargo, todos estos bienes jurídicos carecen de estructura autónoma, ya que cada vez que se intenta definir alguno de ellos resulta común su complementación con los otros, es decir, se produce una interacción subjetiva, lo que indica su total falta de riqueza conceptual²⁹, además, su existencia resulta altamente cuestionable en el modelo constitucional basado en la libertad, ya que abren la puerta a una interpretación antojadiza de los tipos penales que los consagran y, por tanto, contradicen el principio de lesividad, la seguridad jurídica y la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal³⁰.

La indeterminación de los tipos penales que hacen referencia a estos bienes jurídicos, puede ser calificada como paradigmática. Los conceptos normativos de valoración social como “buenas costumbres”, “pudor”, “hechos de grave escándalo”, “trascendencia”, tienen, como ya hemos expuesto, un contenido totalmente intercambiable. Se construyen en base a valores ideales o normas de conducta, sentimientos sociales, etc. No se sabe qué bien jurídico protegen –en el sentido definido aquí–, ni tampoco si son delitos de lesión material o ideal, de mera actividad, de peligro, de resultado. Mucho menos existe certeza sobre qué parte del tipo es la acción y cuál es el resultado. Por ejemplo, el art. 373 del Código Penal puede ser

²² Ampliamente, LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La Protección de la Libertad Sexual en el Nuevo Código Penal en Jueces Para la Democracia 27* (Madrid, 1996), p. 50.

²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el Sexo. (Límites, Criterios de Concreción y Contenido del Derecho Penal sexual)* Bosch Casa Editorial, S.A. (Barcelona, 1981), p. 1.

²⁴ Así, COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición (Valencia, 1999), p. 299.

²⁵ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, Volumen IV, traducción de José Ortega Torres, Temis (Bogotá, 1950), p. 49. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, Doott. A. Guiffredè-Editore (Milano, 1954), p. 354.

²⁶ La doctrina de la moralidad pública ha servido para justificar la punición del incesto argumentando no solo motivos eugenésicos, esto es, razones derivadas del interés en la pureza de la raza o en la necesidad de evitar su degeneración, sino que se ha dicho que su castigo resulta necesario por “la repugnancia moral que suscitan las uniones sexuales entre personas ligadas por vínculos de sangre”, ANTOLISEI, Francesco. *Manuale...* p. 330.

²⁷ El pudor es un sentimiento de reserva en las ideas y actos que aluden al ejercicio de la sexualidad y que se ve afectado tanto en los casos en que otra persona ve las partes del cuerpo que alguien desea sustraer de la vista o sus actos sexuales privados, como cuando alguien contra su voluntad es compelido o forzado a ver actos de naturaleza sexual o partes del cuerpo de una persona. Véase MANZZANTI, Manlio, *L'osceno e il Diritto Penale*, Dott. A. Giuffrè-Editore (Milano, 1956), p. 33.

²⁸ Para MAGGIORE, las buenas costumbres “son aquella parte de la moralidad pública que se refiere –como criterio de apreciación– a las relaciones sexuales”, la diferencia entre esta y la moralidad pública radicaría en que la primera está referida a una actividad externa ligada al uso recto de las relaciones carnales, en cambio, la segunda se vincula con lo íntimo. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen IV, traducción de José Ortega Torres, Temis (Bogotá, 1950), p. 49.

²⁹ Véase DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Exhibicionismo, Pornografía y Otras Conductas Sexuales Provocadoras. La Frontera del Derecho Penal Sexual”, Bosch (Barcelona, 1982), pp. 17-18.

³⁰ Así, en España la interpretación del Tribunal Supremo respecto de la derogada figura de escándalo público, consistía en estimar que para que concurrieran los requisitos de “grave escándalo y trascendencia”, expresados en el tipo, bastaba que una persona fuera sorprendida por un agente de policía en la realización de actos inmorales, como puede serlo la realización de una conducta homosexual, punto de vista que solo es sostenible si se piensa que el Derecho Penal está para proteger valores morales. Véase, MIR PUIG, Santiago, *Introducción...*, pp. 119-120.

reconstruido al antojo de la siguiente forma: la acción que consistió en un hecho de grave escándalo, ofendió el pudor de la víctima que puede ser la comunidad, la sociedad, un sujeto, un grupo pequeño, una familia, etc. También podría decirse: la acción que ofende el pudor de la comunidad, de la sociedad, de un sujeto, de un grupo, de una familia, causó grave escándalo a una persona³¹.

Como puede verse, no solo hay un gran número de principios cardinales del Derecho Penal que son quebrantados, sino que también son vulneradas las disposiciones constitucionales sobre las cuales hemos cimentado el bien jurídico, por ello, no existe en los delitos contra las buenas costumbres, objeto digno de protección para el Estado Democrático de Derecho; en consecuencia, son inconstitucionales.

2. La honestidad

La honestidad es definida por GUZMÁN DÁLBORA como “la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de sometimiento que impongan las valoraciones dominantes”³². En nuestra opinión se trata de un concepto sumamente extenso en sus contenidos, que delata el deseo de subordinar el Derecho Penal a pautas de conducta social mayoritarias. Por una parte, las críticas van dirigidas al hecho que la honestidad únicamente es considerada como un atributo excluyente, ya que se requiere que el sujeto pasivo posea o comprenda la “honestidad”, que tenga esa pretendida “calidad” de honesto, como condicionamiento social cultural, de tal forma que la prostituta no podría ser jamás víctima de un delito sexual, debido a que no cuenta con el requisito valorativo³³. Situación que se extendía –en el modelo de la codificación– no solo a la interpretación de los antiguos abusos deshonestos, sino que alcanzaba la regulación del delito de estupro, y a la derogada figura de raptó. La mujer debía acreditar su doncelléz, sea esta entendida como virginidad o inexperiencia en lo sexual, de otra forma no podía asumir la calidad de sujeto pasivo. Ni el sexo, ni la calidad del sujeto pasivo, ni sus preferencias sexuales pueden ser consideradas en un Derecho Penal propio de un Estado democrático de Derecho. Finalmente, a nivel dogmático lleva razón GIMBERNAT cuando explica que “la referencia a delitos contra la honestidad pone de manifiesto solo algo común a los hechos tipificados: que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor, pero los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos”³⁴.

³¹ Véase, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Protección de la Libertad Sexual (Insuficiencias Actuales y Propuestas de Reforma)*. Bosch (Barcelona, 1985), pp. 136, 137 y 138. De hecho en España el delito de escándalo público sirvió para castigar conductas tan dispares y morbosas como a una pareja que se le condenó por practicar sexo en una habitación a ventanas cerradas y por no tomar las precauciones “necesarias”, fueron vistas por un grupo de vecinos por medio de unas rendijas, sirviéndose estos de un espejo, causando el hecho grave escándalo. También se castiga a una pareja que se sacó fotografías con disparador automático mientras practicaban sexo con las que adquirieron publicidad al ser conocidas por la Policía en un allanamiento. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo, Pornografía...*, p. 493.

³² GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Apreciación y Reprobación de la Reforma de los Delitos contra la Honestidad en Chile*, Anuario de Derecho Penal, Hurtado Pozo (director), (Lima, 1999), p. 212.

³³ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La Regulación del Derecho Penal Sexual en España*, en *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual (enfoque dogmático y jurisprudencial)*, Reyna Alfaro (Director), Jurista Editores (Lima, 2005), p. 233.

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas (Madrid, 1976), pp. 197 y ss.

3. La intangibilidad e indemnidad sexuales

La intangibilidad sexual es un bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciar entre el objeto de protección de la conjunción carnal violenta o abusiva (libertad sexual), de aquel que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva (intangibilidad sexual del menor), ambas modalidades de agresiones sexuales previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano³⁵. En virtud de ello, se considera a ciertas personas como intocables sexualmente atendidas sus especiales características (minoría de edad, demencia), o bien, por encontrarse en una particular situación (privación de sentido³⁶).

Intangibilidad es, según el Diccionario, *cualidad de intangible* e intangible, quiere decir *que no debe o no puede tocarse*. Si a ello le sumamos el término sexual, habremos creado un bien jurídico que en sentido negativo apunta a un juicio de valor, en cuanto pareciera que no está dirigido –al menos en principio–, a la estimación de los menores de 18 años e incapaces como titulares de bienes jurídicos, sino que se orienta en una visión tutelar, que busca utilizar el Derecho Penal, para imponer un condicionamiento ético, una advertencia a los adultos en el ejercicio de la sexualidad y que señala que los menores e incapaces ostentan respecto de estos la cualidad de intocables³⁷. Esta tesis ha de ser rechazada por su extrema ambigüedad, ya que “intangibles” en el plano sexual son todas las personas, sean mayores o menores al límite de edad establecido por la ley penal como referencia para estimar plenamente válido su consentimiento en esta esfera de la intimidad³⁸.

Indemnidad es, según el Diccionario, *el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio*³⁹. En este sentido se dice que los destinatarios de este bien jurídico no son todas las personas, sino que solo aquellas que la ley quiere mantener al margen de todo daño, como ocurre con los menores y las personas con discapacidad mental, ya que al carecer de la suficiente aptitud volitiva y cognitiva, no pueden ejercitar una libertad sexual, precisamente porque carecen de total autodeterminación. Resulta curioso que al definir y establecer su contenido se apele a términos tan faltos de contenido pluralista y democrático como, por ejemplo, “orden sexual” o “normal evolución o desarrollo”, cuando no se le termina mencionando en forma conjunta con la intangibilidad⁴⁰, lo que tácitamente encubre discursos moralizantes. Lo que venimos diciendo se corrobora con el examen de los conceptos dados por la doctrina, así se ha dicho que se traduce “en el derecho a no padecer daño o perturbación en el orden sexual de la persona, para preservar, en su caso, su normal evolución y desarrollo”⁴¹. Según MUÑOZ CONDE, existiría “una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del

³⁵ DOLCINI, Emilio/MARINUCCI, Giorgio, *Codice Penale Commentato. Parte Speciale*, IPSOE Editore, 1999, p. 3165.

³⁶ Véase, CARMONA SALGADO, Concepción, *Los Delitos de Abusos Deshonestos*. Bosch, S.A. (Barcelona, 1981), pp. 34 y ss. También, RUS GONZÁLEZ, Juan, *La Violación en el Código Penal Español*, en *Colección Estudios Penales 4* (Universidad de Granada, 1982), pp. 281 y ss.

³⁷ Vid. la cita a CONTIERI en: DOLCINI, Emilio/MARINUCCI, Giorgio. *Codice...*, pp. 3165-3166.

³⁸ ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Editorial Tirant lo Blanch, colección delitos, N.º 34 (Valencia, 2001), p. 108.

³⁹ *Diccionario de la RAE, 22ª edición 2001*.

⁴⁰ Así, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los Delitos de Agresiones Sexuales Violentas*. Tirant Monografías, 2005, pp. 40 y 41

⁴¹ ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, *Delitos contra la Libertad Sexual*, en *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, tomo II, DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Editorial Comares, S.L. (Granada, 2001), p. 1436.

menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales”⁴².

Como puede verse, la tesis de la indemnidad sexual, entendida como el objeto de protección que se reconoce para las figuras penales en donde el sujeto pasivo es un menor de edad, encuentra su sustento en el hecho de que el legislador quiere proteger un desarrollo sexual alejado del daño o menoscabo psíquico que el relacionarse con adultos puede causarle. En el caso de enajenados mentales, se intenta evitar las eventuales injerencias perturbadoras que puedan realizar terceros. Así, se presentaría como un bien jurídico que requiere protección penal específica, ya que ella no está abarcada por la libertad sexual, porque, como se sostiene por esta doctrina, existen ciertas personas que por no estar dotadas de la suficiente capacidad volitiva, no pueden elegir libremente en estos ámbitos de la vida.

La indemnidad sexual no nace en interés de tutelar a todas las personas, sino que a un grupo específico de la sociedad que en razón de su edad o de la situación particular en que se encuentran, se hacen especialmente vulnerables a un ataque sexual, lo que tornaría aconsejable mantenerlas alejadas total o parcialmente de la sexualidad, a fin de evitar en los menores un perjuicio o daño en el desarrollo individual o en la adecuada formación sexual y también prevenir las repercusiones negativas que el ejercicio de la sexualidad puede tener para el proceso de socialización de las personas que sufren de anomalías o perturbaciones mentales; como puede verse la esencia de este bien jurídico es algo más elevado que un supuesto específico y difícilmente comprobable daño físico, psíquico o emocional que el contacto sexual pueda ocasionar. Se trataría de un derecho muy curioso, porque no se ejerce, sino que se posee, *per se*. Además, se vincula con la sexualidad solo en un aspecto negativo, es un derecho a no sufrir y, por ende, escapa a la explicación de la dimensión positiva, que tiene lugar cuando un menor realiza, por ejemplo, actos de autodescubrimiento de su sexualidad, en ese caso ¿ejerce su indemnidad o intangibilidad sexual? En los números que siguen, se hará referencia a la integridad sexual como bien jurídico, analizando su estructura conceptual, y determinando la crítica a la misma, para concluir el presente trabajo con la definición y potencialidad de la libertad sexual.

III. LA INTEGRIDAD SEXUAL

Quisiera invertir el orden del discurso y comenzar la exposición con una conclusión preliminar; en ese sentido, me atrevo a decir que quizás no exista otro bien jurídico más simbólico y de menor raigambre sociocultural que la pretendida integridad sexual. Se trata, de un concepto que no solo es ambiguo, sino que además controvertible. Sin embargo, goza hoy de una aparente simpatía en los autores nacionales⁴³ que han premiado una riqueza conceptual que no existe; pretendiendo legitimar su inclusión como una “novedad” teórica legislativa, tanto en el Anteproyecto de Código Penal como en el epígrafe del Título VII del Libro II, que después de la reforma que tuvo lugar con ocasión de la Ley N° 19.927, ha

⁴² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pp. 200-201.

⁴³ Así, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Sobre la Regulación de los Delitos contra la Integridad Sexual en el Anteproyecto de Código Penal*, en: www.politicacriminal.cl, N° 1, 2006, A1, p. 8. MOLINA CANTILLANA, RENÉ, *Delitos de Pornografía Infantil*, Editorial Librotecnia (Santiago, 2008), pp. 56, 57, 58 y ss.

pasado a denominarse: “crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública y la integridad sexual”.

Según MOLINA⁴⁴ con la introducción del bien jurídico integridad sexual al título VII del Libro II del Código Penal, el legislador ha venido a dar solución a la discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido, toda vez que este sirve de factor aglutinante de las diversas infracciones. Por otra parte, sostiene que la integridad sexual es una proyección de la integridad personal referida al ámbito sexual, que se conecta con el bienestar físico, psíquico y emocional del individuo.

En nuestra opinión, esta tesis es en realidad una evolución ulterior y acomodada del concepto de indemnidad sexual cuya finalidad es desvincular este objeto de protección de las críticas que se le han formulado, por cuanto se estima que detrás de él se esconde un criterio altamente moralizante⁴⁵. Así han nacido opiniones que están por conectar la indemnidad con el bienestar físico y psíquico⁴⁶, cuando no se ha postulado simplemente su sustitución por la idea de “seguridad sexual”⁴⁷. Todas estas posturas doctrinales mantienen como común denominador el poner el acento en el deseo de mantener a los menores e incapaces dentro del “normal” o “correcto” desarrollo de su sexualidad, exacerbando la prohibición de intromisiones por parte de los adultos, pero sin efectuar diferencias en cuanto a la calidad o cualidad de estas. En el mismo sentido, podría decirse que integridad sexual es un concepto más dúctil que el de libertad sexual, por cuanto permitiría explicar de mejor forma los delitos sexuales cometidos en contra de sujetos que adolecen de trastornos mentales o personas privadas de sentido.

Como ya hemos esbozado a propósito de la dimensión axiológica en que tiene lugar el ejercicio de la libertad sexual en nuestra sociedad⁴⁸, la libertad sexual es algo más que un simple derecho subjetivo, porque como veremos, no se encuentra limitaciones ni en cuanto a las dimensiones fácticas, ni tampoco, en cuanto a las capacidades cognoscitivas o volitivas en que se contextualice o sitúe sexualmente una determinada persona⁴⁹.

La integridad sexual no es ninguna invención del legislador chileno, ya había sido consagrada en el Código Penal argentino⁵⁰ y suizo⁵¹.

En Argentina, la sustitución del epígrafe denominado “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la integridad sexual”, no estuvo exento de polémicas, ya que el nuevo término se estimó ajeno a la realidad social, cuando no excesivamente rebuscado, considerándose una modificación más bien de carácter nominal o simbólica, porque al menos lingüísticamente lo íntegro referido a una persona es sinónimo de rectitud, probidad, honestidad⁵². En este

⁴⁴ MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de Pornografía...* p. 57.

⁴⁵ Así por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Objeto de Protección en el Nuevo Derecho Penal sexual*, en *Delitos Contra la Libertad Sexual*, Cuadernos del Poder Judicial, 1999, p. 235.

⁴⁶ Por la indemnidad conectada con el daño físico y psíquico, AGUADO LÓPEZ, Sara, *El Delito de Corrupción de Menores*. Tirant lo Blanch (2004), pp. 108 y ss.

⁴⁷ Por la sustitución de la indemnidad por la seguridad sexual, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los Delitos de Agresiones...* p. 51.

⁴⁸ Véase *supra* I.

⁴⁹ Véase *infra* IV.

⁵⁰ Fue introducido por el artículo 1 de la Ley 25.087, promulgada el 7 de mayo de 1999.

⁵¹ Vid. STRATENWERTH, Güther, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995, p. 137. También, REHBERG, Jörg/SCHMID, Niklaus, *Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess Polygraphischer, Verlag Zürich, 1997, p. 377.

⁵² Véanse estas opiniones en: FIGARI, Rubén, *Delitos de Indole Sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo (2003), p. 39. Especialmente, EDWARDS, Carlos Enrique, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Depalma (1999), pp. 5 y ss. PANDOLFI, Óscar A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Ediciones La Roca (Buenos Aires, 1999), p. 20.

país ocurre algo similar que en Chile donde la pretendida integridad sexual ha servido para introducir también las consideraciones a la intimidad sexual⁵³, cuando no se le mezcla con la apelación a la dignidad humana, o bien, en los casos en que no pueden explicarse todos los supuestos por esta aparente “potencialidad práctica” de la integridad sexual, se terminan haciendo referencias a la intangibilidad sexual, si es que no aparece también la indemnidad sexual ya no para los menores o incapaces, sino que extensiva a los adultos⁵⁴. Así, en la doctrina argentina, AROCENA explica la integridad sexual comprende los delitos que atacan a la “incolumidad sexual de las personas”, caracterizada como “el derecho de las personas que tienen capacidad de expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad, y el derecho a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento”⁵⁵. FIGARI tiene una opinión similar, al afirmar que “con la nueva expresión “integridad sexual” se pretende aludir a la protección de las personas desde el punto de vista de la intangibilidad e integridad física, psíquica y también a la libertad de autodeterminación sexual que así puedan manifestar”⁵⁶. Anteriormente, REINALDI había dicho que la integridad sexual se caracterizaba como el “derecho de las personas que tienen capacidad de expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual a no tenerlo contra su voluntad; y la intangibilidad sexual de quienes por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento”⁵⁷.

Con lo anterior queda demostrada la falta de autonomía conceptual de la integridad sexual, como también el hecho que su ductilidad amenaza con convertirla en un concepto acomodaticio e indomeñable, en esta línea, POUMPADRE afirma que la integridad sexual no es más que un aspecto específico de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, cuya finalidad es destacar la dignidad personal que inherentemente está unida a las personas especialmente vulnerables, como los incapaces y enajenados mentales. Sin embargo, el autor nombrado –con toda razón– sostiene que la apelación a la lesión de la dignidad humana no es suficiente para configurar un bien jurídico, debido al hecho de que ella es un valor esencial tanto para los adultos como para los menores; en este sentido, apunta que la dignidad “constituye una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas o espirituales de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales”⁵⁸. Esta idea ya la habíamos expresado nosotros, en otro lugar, al aseverar que en la gran mayoría de los delitos lo protegido no es otra cosa que la libertad sexual tanto de los adultos como de los menores,

⁵³ Otro bien jurídico al que se ha hecho alusión alguna vez es la intimidad sexual, en la doctrina nacional, lo defiende, por ejemplo, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Problemas Básicos de los Delitos Sexuales*, en *Revista de Derecho. Problemas Éticos Cruciales del Derecho Contemporáneo* (Valdivia, 1997), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, p. 91. También fue acuñado en su oportunidad por ORTS, quien ya abandonó esa posición doctrinal. ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la Libertad sexual*, Tirant lo Blanch (1995), p. 45. La intimidad se manifiesta esencialmente como una cuestión negativa, un derecho de exclusión o mantenimiento de una vida privada en lo sexual, y también como un espacio de comunicación con el otro. Sin embargo, no puede explicar en qué se diferencia la esfera de lo íntimo en lo sexual, de la esfera de lo íntimo en lo familiar, de lo íntimo en relación con los pensamientos, con el domicilio, con las comunicaciones privadas. Es que en realidad la intimidad es solo la parte exterior de cada una de esas esferas de libertad individual.

⁵⁴ Véase MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de Pornografía...* pp. 58 y ss. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis en *Prólogo al libro Delitos de Pornografía Infantil* de MOLINA CANTILLANA, René, Librotecnia (Santiago, 2008), pp. 11 y 21.

⁵⁵ AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Advocatus (Córdoba, 2001), pp. 24 y 28.

⁵⁶ FIGARI, Rubén E. *Delitos de Indole Sexual...*, p. 45.

⁵⁷ REINALDI, Víctor Félix, *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino*, Marcos Lerxer, Editora Córdoba (1999), p. 33.

⁵⁸ BOUMPADRE, Jorge. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2003, pp. 355 y 353.

de manera tal, que identificar el concepto de integridad sexual, con referencias a otros valores del individuo como una lesión a la dignidad de la persona humana, a su integridad física o psíquica, o a su indemnidad, solo se consigue “dotar al concepto de un contenido tan amplio, vago y complejo, que a la postre resulta indefendible”⁵⁹. También en la línea conceptual aquí postulada, STRATENWERTH, afirma que en Suiza el bien jurídico integridad sexual (*sexuelle Integrität*), comprende, en general, la protección de la libertad de autodeterminación en la esfera sexual, como un derecho fundamental de la persona humana, que para el caso específico de los niños y la juventud se traduce en un derecho al desarrollo sexual sin disturbios o interferencias⁶⁰.

IV. LA LIBERTAD SEXUAL

La libertad sexual se manifiesta en su ejercicio con un marcado sentido dinámico, porque importa la facultad de las personas para expresar su sexualidad de la manera que más les acomode, sea en forma privada⁶¹, o bien, en sus relaciones con otros comprendiendo aquí tanto la elección de la pareja sexual como el tipo de relación sexual que se desee tener, y sin que importe si esa relación es homosexual o heterosexual, o si en ella hay marcados elementos de violencia consentida, como en el sadismo y el masoquismo⁶². Sin embargo, no solo implica genitalidad, sino que también erotismo, esto es, los contactos corporales destinados a despertar o apagar el deseo sexual propio o ajeno⁶³. A su vez, presenta un contenido estático-pasivo, que consiste en el derecho a repeler comportamientos sexuales impuestos en contra de su consentimiento, por parte de otro sujeto⁶⁴. De esta forma, la libertad sexual es un contenido específico de la libertad, es decir, se presenta como la autodeterminación voluntaria en la esfera de la sexualidad⁶⁵. Al Derecho Penal le corresponde castigar las conductas que lesionen el aspecto negativo de la libertad sexual, porque el aspecto positivo establece un límite al poder punitivo del Estado, ya que este no puede intervenir ni pretender regular aquellas conductas que no supongan un atentado al ejercicio de la sexualidad de los demás⁶⁶.

⁵⁹ BOUMPADRE, Jorge, *Delitos contra la Integridad Sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)*. Algunas Observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, en *Revista Argentina de Ciencias Penales* (1999), pp. 49 y ss.

⁶⁰ Afirma que comparten esa opinión: HARTER; RIKLIN; SCHULTZ. Vid. STRATENWERTH, Güther. “Schweizerisches...”, p. 138.

⁶¹ Como afirma Carmona Salgado, la vertiente positiva o dinámica, consiste en “la facultad del sujeto de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos, ya en lo referente a la relación en sí misma considerada, ya en lo concerniente a la elección del destinatario”. CARMONA SALGADO, Concepción, *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.). Editorial Marcial Pons (Madrid, 2000), p. 178.

⁶² El sadismo es una práctica sexual en el que una persona satisface sus deseos sexuales infligiendo sufrimiento psíquico o físico a otra persona. Mientras que el masoquismo consiste en la búsqueda del placer sexual a través del propio sufrimiento. Por último, el sadomasoquismo es una práctica sexual en la que se combinan el sadismo y el masoquismo. Véase ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)* Dykinson (Madrid, 2001), p. 23.

⁶³ Para RODRÍGUEZ RAMOS, la libertad sexual importa en las agresiones sexuales “la libre determinación de la voluntad de un hombre o una mujer en consentir en los contactos físicos de carácter sexual. Tal adjetivo se extiende a lo que culturalmente viene entendiéndose como erotismo sin circunscribirse a lo propiamente genital”. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Complutense de Madrid, Tomo I (1998), p. 162.

⁶⁴ En esta línea, CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCUAN MONTALVO, José Antonio, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2001, Editorial Bosch, p. 106.

⁶⁵ Reconocen expresamente las características dinámicas y estáticas, como también el contenido de autodeterminación en la esfera pasiva. ORTOS BERENGUER, Enrique/ROIG TORRES, Margarita. *Consideraciones sobre la Reforma a los Delitos Sexuales*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* 14, Editorial Idemsa, julio de 2004.

⁶⁶ Así, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Consideraciones Dogmáticas sobre los Tipos Penales de Agresiones Sexuales Violentas y Análisis de su Doctrina jurisprudencial*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Editorial Idemsa, julio de 2004. En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS, al señalar que “hay suficientes motivos para justificar tal decisión

De lo anterior se extrae que la conducta sexual debe ser valorada en forma independiente de toda consideración referente al pasado de la víctima o a su comportamiento sexual en sociedad⁶⁷, es por esto que la libertad sexual se presenta con un contenido independiente y vinculado con la libertad de autodeterminación, por lo que en este aspecto los tipos sexuales se diferencian de las amenazas y coacciones, debido a su contenido específico de libertad⁶⁸, pudiendo dichos delitos constituir figuras subsidiarias de estos tipos penales⁶⁹, no justificándose aquí el castigo de conductas que atacan la vertiente positiva de la libertad sexual.

En realidad los delitos contra la libertad sexual constituyen una parcela diferenciada de los delitos contra la libertad en general, ello radica esencialmente en el hecho de que están intrínsecamente ligados a la libertad de conciencia, ya que se trata de la búsqueda de la autorrealización personal en la esfera vital; es un contenido de injusto que no se logra colmar ni aun subsidiariamente con la referencia genérica a los delitos contra la libertad⁷⁰.

Queda claro que la conceptualización esgrimida se aleja de la consideración de la libertad sexual como un derecho subjetivo o una facultad. Según esta tesis la libertad sexual no podría explicar de modo coherente el contenido o alcance de los tipos penales que protegen a menores, incapaces, personas privadas de sentido o enajenados mentales, porque precisamente a estos lo que les falta es la capacidad cognitiva y volitiva para elegir o comprender de modo claro el contenido, alcance y trascendencia de los actos sexuales que realizan. Todo lo cual adquiere su punto culminante en el caso de personas menores de 14 años, porque se trataría de casos en donde carece de total relevancia el consentimiento prestado por el sujeto pasivo.

Nosotros no compartimos esta opinión. Según hemos tenido ocasión de desarrollar en otro lugar, la libertad sexual posee una potencialidad única para orientar de *lege ferenda* el actuar legislativo hacia la eliminación de todos los delitos sin víctima, por otra parte, está dotada de una sólida estructura conceptual que de *lega data* otorga el poder de explicar todos y cada uno de los delitos de connotación sexual y, al mismo tiempo, permite abogar por la inconstitucionalidad de los tipos penales que confiscan esta parcela de la libertad individual, que más que eso es caso de autodescubrimiento en una parcela de la esfera vital⁷¹. Punto de vista que es compartido en la doctrina nacional por COX LEIXELARD⁷².

La ley le reconoce valor al consentimiento libre de los adolescentes a partir de los 14 años, de tal forma que una interpretación distinta sería contraria a la ley dado que ella presume la validez del consentimiento prestado por tales personas, tanto en las figuras de estupro como en las de abusos sexuales. En consecuencia, las hipótesis del artículo 363 del Código Penal constituyen casos de *consentimiento viciado*, en donde tiene lugar el prevalimiento, el engaño o el abuso de una situación de superioridad que es aprovechada por el sujeto activo

político criminal en un contexto de protección de la libertad sexual: ante todo, porque la progresiva despenalización registrada en los últimos años de conductas sexuales que no atentan a la libertad sexual de los demás ha sido la vía, indirecta, más eficaz de promoción del ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva". DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Objeto de Protección...*, p. 220.

⁶⁷ El Derecho Penal de *ultima ratio* no puede proteger una "moral sexual social", la "honestidad", "las buenas costumbres" o el "honor sexual". BORX REIG, Javier, "De la Protección de la Moral a la Tutela de la Libertad Sexual", en *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), p. 11.

⁶⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Objeto de Protección...*, p. 219.

⁶⁹ Comparte esta opinión, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2005), p. 344.

⁷⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Objeto de Protección...*, p. 219.

⁷¹ OXMAN, Nicolás, *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)*, Prólogo de José Luis González Cussac, Librotecnia (Santiago, 2008).

⁷² COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Los Abusos Sexuales. Aproximación Dogmática*. LexisNexis, 2005, pp. 291 y ss.

para lograr el convencimiento del paciente. Esta modalidad de ataque a la libertad sexual puede, por una parte, dar origen al delito de los medios de estupro del art. 363 y, por otro, si concurren dichas formas de comisión con actos de significación sexual y de relevancia unidos a la introducción de objetos por las vías que menciona el art. 361 del Código Penal origina las conductas de abuso sexual calificado del artículo 365 bis N° 3, o bien, si no se utilizan instrumentos o animales origina las conductas de abuso sexual simple cometido por fraude o engaño del artículo 366 inc. 2º: Finalmente, el consentimiento puede ser viciado en las conductas de exhibicionismo ante menores del artículo 366 quáter inciso primero en relación con el inciso final de dicho precepto, las conductas de exhibición de material pornográfico a menores de la segunda parte del inciso primero del artículo 366 quáter en relación con el inciso final, la determinación de menores a la realización de actos de significación sexual del artículo 366 quáter inciso 2º en relación con el inciso final.

En cuanto a los enajenados mentales la ley no ha establecido limitación alguna relativa al ejercicio de su libertad sexual, distinguiéndose dos casos: primero, los enajenados mentales que poseen trastornos graves quedan inmersos por la sola circunstancia de ser mayores de 14 años dentro del mismo régimen legal que los adultos, reconociéndoles la ley plena capacidad de autodeterminación; no limitando el ejercicio de su sexualidad de modo alguno, por lo que pueden mantener relaciones sexuales tanto con personas con plenas capacidades cognitivas y volitivas, como también con quienes poseen una disminución moderada o significativa de dichas capacidades. Por ello, el Código Penal exige en el art. 361 N° 3 que se abuse de ellos, lo que configura, por regla general, un supuesto de *consentimiento viciado*; segundo, las personas con trastornos mentales leves, aun transitorios, solo son sujetos pasivos de estupro o abuso sexual y quedan insertos en el medio de comisión del artículo 363 N° 1 del Código Penal, en el caso en que se abuse de una limitada capacidad cognoscitiva y volitiva, que no excluye de modo alguno el ejercicio de la facultad de autodeterminación sexual por parte de estas personas, pudiendo ejercerla con otros adolescentes, o bien, con personas adultas sin limitaciones en cuanto a sus capacidades intelectuales; en consecuencia, no existen en la ley penal preceptos que hagan mención a un programa que señale el “adecuado” o “correcto” proceso de formación de la sexualidad para los jóvenes o las personas con trastornos mentales graves o leves. Si lo protegido fuere la intangibilidad o la indemnidad sexual no se entiende cómo la ley no considera a los enajenados mentales que poseen trastornos graves sujetos pasivos de los delitos utilización de menores en la ejecución de actos de exhibicionismo, provocación sexual y exhibición de material pornográfico a menores del artículo 366 *quarter*. Ello se debe a la circunstancia que se les reconoce plenamente su libertad sexual al igual que los adultos incluso para la realización de tales conductas.

En cuanto a las personas privadas de sentido e incapacidad de resistir se trata de supuestos en que la lesión a la libertad sexual ocurre *sin dar a la víctima la oportunidad de manifestar su voluntad*⁷³.

Tratándose de los delitos relativos a la producción de material pornográfico (366 *quinquies*) y a la prostitución (art. 367, 367 *bis* y 367 *ter*), la ley cree que no es dable valorar la posibilidad de que concurra el consentimiento, sino hasta que dejen de ser menores de edad (18 años) ¿cómo se interpreta esto en función de la libertad sexual? La respuesta está en que en este último caso hay una mayor posibilidad de que las personas mayores de 14

⁷³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Objeto de Protección...*, pp. 227 y ss.

años queden inmersas en un contexto carente de libertad, se trata de casos en que se estima que *el consentimiento es inválido, ya que se carece de la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión en este ámbito*. La edad se eleva debido a la mayor complejidad que implica la comprensión del ejercicio público de la sexualidad.

En los supuestos de menores de 14 años, pueden ocurrir casos de consentimiento inválido como de ausencia de consentimiento. El primer supuesto tiene lugar cuando el menor de 14 carece de la más elemental capacidad volitiva dada su escasa edad. El segundo caso ocurre en cuando se involucra a un menor de 14 años en una relación sexual de carácter carnal con una persona que le es mayor en dos años, es decir, si la víctima tiene 14, el agente debe tener más de 16 años. También puede ser entre personas de 13 y más de 15 años, o entre sujetos de 12 y más de 14 años de edad. Todo lo cual se subordina a la regla especial para los delitos sexuales contenida en el artículo 4º de la nueva ley de responsabilidad penal adolescente. Hay consentimiento inválido en los casos en que el Código Penal establece la valoración objetiva de la edad del sujeto pasivo, con indiferencia de toda consideración respecto a las capacidades cognoscitivas y volitivas del sujeto pasivo, como ocurre en la llamada presunción *iure et iure* del artículo 362. De todos modos, la regla no excluye la valoración de los errores de tipo invencibles, particularmente si recaen sobre la presencia de un consentimiento que fue estimado válido, dada la constatación de que el menor de 14 años estuvo en condiciones de comprender la naturaleza sexual del acto que realizaba y su significado.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara, *El Delito de Corrupción de Menores*. Tirant lo Blanch, 2004.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*, Dykinson (Madrid, 2001).
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. I, Doott. A. Guiffirè-Editore (Milano, 1954).
- AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Advocatus (Córdoba, 2001).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Problemas Básicos de los Delitos Sexuales*, en *Revista de Derecho. Problemas Éticos Cruciales del Derecho Contemporáneo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile (Valdivia, 1997).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/GARCÍA RIVAS, Nicolás/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Praxis (Barcelona, 1996).
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, 2ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996).
- BOIX REIG, Javier, *De la Protección de la Moral a la Tutela de la Libertad Sexual*, en *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), p. 11.
- BOUMPADRE, Jorge, *Delitos contra la Integridad Sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)*. *Algunas Observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal*, en *Revista Argentina de Ciencias Penales*, 1999. De él mismo: *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Mario A. Viera Editor (Corrientes, 2003).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta (Madrid, 2004).
- CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2001, Editorial Bosch.
- CARMONA SALGADO, Concepción, *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Manuel Cobo del Rosal (Dir.). Editorial Marcial Pons (Madrid, 2000). De ella misma: *Los Delitos de Abusos Deshonestos*. Bosch, S.A. (Barcelona, 1981).

- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición (Valencia, 1999).
- COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Los Abusos Sexuales. Aproximación Dogmática*. LexisNexis, 2005, pp. 291 y ss.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª. edición, Santiago, 2005.
- DICCIONARIO DE LA RAE, 22ª. edición 2001.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Exhibicionismo, Pornografía y Otras Conductas Sexuales Provocadoras. La Frontera del Derecho Penal Sexual”. Bosch, Barcelona, 1982. De él mismo: “El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista”. *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1997, N° 30; “El Objeto de Protección en el Nuevo Derecho Penal sexual”, en: *Delitos Contra la Libertad Sexual, Cuadernos del Poder Judicial*, 1999; *El Derecho Penal ante el Sexo. (Límites, Criterios de Concreción y Contenido del Derecho Penal sexual)*. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981; *La Protección de la Libertad Sexual (Insuficiencias Actuales y Propuestas de Reforma)*. Bosch, Barcelona, 1985; *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- DOLCINI, Emilio/MARINUCCI, Giorgio, *Codice Penale Commentato. Parte Speciale*, IPSOE Editore, 1999.
- DURÁN MIGLIARDI, Mario, *Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea*. Ediciones Jurídicas Santiago, 2006.
- EDWARDS, Carlos Enrique, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Depalma, 1999.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, *Delitos contra la Libertad Sexual*, en: Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Tomo II, Del Moral García, Antonio/Serrano Butragueño (Coord.), Editorial Comares, S.L. Granada, 2001.
- FIGARI, Rubén, *Delitos de Indole Sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La Regulación del Derecho Penal Sexual en España*, en: *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual (enfoque dogmático y jurisprudencial)*, Reyna Alfaro (Director), Jurista Editores, Lima, 2005.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1976.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Apreciación y Reprobación de la Reforma de los Delitos contra la Honestidad en Chile*, Anuario de Derecho Penal, Hurtado Pozo (director), Lima, 1999.
- HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico”. *Doctrina Penal*, año XII, Buenos Aires, 1989ª.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Política Penal en el Estado Democrático”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Volumen XXXVII. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1984. De él mismo: *Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV, julio de 2003.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras/José Luis González de Murillo) 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997. De él mismo: *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Civitas, Madrid. 2004.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La Protección de la Libertad Sexual en el Nuevo Código Penal*, en *Jueces Para la Democracia*, Madrid, 1996, N° 27.
- MAGGIORE, Guiseppe, *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen IV, traducción de José Ortega Torres, Temis, Bogota, 1950. De él mismo: *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen IV, traducción de José Ortega Torres, Temis, Bogota, 1950.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, Casa editrice dott. Antonio Milani, Quarta edizione, Padova, 2001.
- MANZANTI, Manlio, *L'osceno e il Diritto Penale*. Dott. A. Giuffrè-Editore, 1956.
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994. De él mismo: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal,

- Editorial *B de f*, Buenos Aires, 2003; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2ª edición, B de f. Buenos Aires, 2003.
- MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de Pornografía Infantil*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008. De él mismo: *Delitos de Pornografía...* pp. 58 y ss. Rodríguez Collao, Luis en *Prólogo al libro Delitos de Pornografía Infantil* de Molina Cantillana, René. Librotecnia, Santiago, 2008.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Consideraciones Dogmáticas sobre los Tipos Penales de Agresiones Sexuales Violentas y Análisis de su Doctrina jurisprudencial*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Idemsa, julio de 2004. De ella misma: *Los Delitos de Agresiones Sexuales Violentas*. Tirant Monografías. 2005, pp. 40 y 41.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, serie Maestros del Derecho Penal, Editorial *B de f*, 2ª. edición, Buenos Aires, 2001. De él mismo: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; *Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional del Derecho Penal*, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (coordinadores), Aranzadi, 2001.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
- ORTS BERENGUER, Enrique/ROIG TORRES, Margarita, *Consideraciones sobre la Reforma a los Delitos Sexuales*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 14, Editorial Idemsa, julio de 2004.
- ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “*Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*”, Editorial Tirant lo Blanch, colección delitos, N.º 34, Valencia, 2001.
- ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la Libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995.
- OXMAN, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)*, Prólogo de José Luis González Cussac, Librotecnia, 2008.
- PANDOLFI, Óscar A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 5ª edición, Bosch, 2004.
- REHBERG, Jörg/SCHIMD, Niklaus. “*Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*”, Schulthess Pöyrahischer, Verlag Zürich, 1997.
- REINALDI, Víctor Félix, *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino*, Marcos Lerxer, Editora Córdoba, 1999.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Sobre la Regulación de los Delitos contra la Integridad Sexual en el Anteproyecto de Código Penal*, en: www.politicacriminal.cl, n°1, 2006, A1, p. 8.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Complutense de Madrid, Tomo I, 1998.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Civitas, Madrid, 1997. De él mismo: *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus. S. A. Madrid, 1976.
- RUS GONZÁLEZ, Juan, *La Violación en el Código Penal Español*, Colección Estudios Penales, N.º 4, Universidad de Granada, 1982.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Fundamentación Objetiva del Injusto de la Tentativa en el Código Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Volumen LI. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”. Editorial Bosch, Barcelona, 2002.
- STRATENWERTH, GÜTHER, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995.
- ZAFFARONI, EUGENIO Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO. CONCEPTO Y POSIBLES RELACIONES EN EL CONTEXTO DEL ACTUAL PROCESO DE EXPANSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL*

MARIO DURÁN MIGLIARDI**
 Universidad de Atacama

El presente artículo pretende describir las posibles relaciones existentes entre la prevención general positiva o de la integración y el denominado Derecho penal simbólico en el marco del actual proceso de expansión de la legislación penal. Para ello, se entregará un concepto acerca de cada teoría, se describirán sus principales funciones y se intentará entregar una visión general de sus principales doctrinas, deteniéndose en un breve acercamiento a la tesis del profesor Günther Jakobs sobre la teoría de la pena-integración. Todo, intentando demostrar la profunda relación de esta moderna teoría de la pena y la utilización muchas veces abusiva del efecto simbólico que el Derecho penal tiene sobre los ciudadanos.

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general positiva o prevención por integración postula que, a través de la conminación penal establecida en la norma y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad¹.

Por ello, estas teorías explican la consecución del aspecto preventivo general de la pena poniendo de relieve aspectos que van más allá del tradicional tema de la intimidación. Esto es, no solo resaltan que la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas –y lo restablece en su calidad de tal– y que la pena actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva, sino que también que la aplicación de la misma restablece la confianza y la fidelidad del ciudadano en la norma jurídica².

* Este artículo fue realizado en el marco del proyecto interno de investigación DIUDA n° 19, 2007-2008, "Culpabilidad y prevención: Justificación y legitimación del Derecho Penal a la luz de la moderna teoría de la prevención general positiva de la pena".

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Atacama.

¹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. PG. ob. cit. p.60. Aquí se cree firmemente en la idea, señalada ya por Antón Oneca, que la conminación penal en la ley y el ejemplo de su aplicación y ejecución, obran como freno en muchas conciencias. Cfr. ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. ob. cit. p. 85.

² En este sentido, Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, ob. cit. p. 20.

La paternidad de la teoría de la prevención general positiva es atribuida a Hans Welzel y su concepción de la función ético-social del Derecho penal³, según la cual, “más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares es la tarea de asegurar la vigencia real (...) de los valores de acción de la actitud jurídica (...) La mera protección de bienes jurídicos tiene solo una finalidad de prevención negativa (...) La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social positiva: al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, el Derecho penal expresa de la manera más concluyente de que dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores de acción, conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho”⁴. Por ello, para la prevención general positiva, es fundamental mantener “la vigencia segura de la norma”⁵.

Más allá de su origen o paternidad, lo importante es que los postulados de la prevención general positiva apuntan, fundamentalmente, a que tanto el establecimiento de delitos en las normas jurídico-penales como su efectiva persecución, sanción y, sobre todo, la ejecución de las penas, cumplen la función de demostrar a la comunidad que el Estado se toma en serio la amenaza penal, propugnando su vigencia, y no establecen una legislación falsa o un Derecho penal simbólico.

De ahí la importancia, para la prevención general positiva, que el Estado no solo pretenda con la pena intimidar al presunto delincuente, mediante la amenaza de un mal cuya imposición depende del hecho, sino que procure, sobre todo, “fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al Derecho, acudiendo para ello a las leyes penales justas y a su aplicación comedida e igualitaria”⁶.

Así, a partir de este planteamiento queda claro que los ámbitos de actuación de la prevención general positiva son el ámbito del ciudadano, de la norma y el de la sociedad. Desde la perspectiva del ciudadano –destinatario de la ley penal– la norma jurídico-penal, utilizada en este sentido, actuaría en la conciencia individual del individuo contribuyendo, junto a los otros medios de control social, formal e informal, a la socialización del individuo. Desde la perspectiva de la norma, la prevención general positiva supondría la propia conservación del Derecho y, desde la perspectiva de la sociedad, tendería a producir una pacificación de la conciencia social⁷.

Por ello, las funciones de la prevención general positiva, como vía que contribuye a acuñar la vida social, son, en esencia, tres; informar de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de

³ Así, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit. p. 111. Para Ferrajoli, en cambio, estas doctrinas no son nuevas. Sus antecedentes están en las perversiones ético-formalistas del positivismo jurídico alemán (primera mitad del s. XX), en las doctrinas ‘expresivas’ o ‘denunciatorias’ de la pena de J. F. Stephen y de Lord Devlin, y sobre todo en la doctrina ‘realista’ de Gabriel Tarde que (fines del s. XIX) fundamentó el utilitarismo penal en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación y del odio provocados por el delito y satisfechos por la pena. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit. p. 275. Al respecto, en detalle, Cfr. GIL GIL, Alicia, *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal* y, Polaina Navarrete, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal*, ambos en, Díez Ripollés /Romeo Casabona /Gracia Martín / Higuera Quimera (Edit.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, L. H. al profesor José Cerezo Mir, ob. cit. pp. 9 y ss. 109 y ss. Resp.

⁴ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, ob. cit. p. 3.

⁵ Al respecto, Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Marcial Pons (Madrid, 1997), pp. 9-11.

⁶ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. PG. ob. cit. p. 60.

⁷ En este sentido, Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit. p. 109.

permanecer e imponerse; y crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una actitud de respecto por el Derecho, no una actitud moral⁸. Esto es, explicar la pena, en virtud de la cual esta teoría describe el funcionamiento de la pena en el cuerpo social; legitimar la pena y del Derecho penal, por cuanto la pena se justifica en la medida en que sea necesaria para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, en cuanto estabiliza la norma lesionada; y limitar las necesidades preventivo-especiales y/o preventivo-negativa-intimidatoria⁹, respectivamente.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La teoría de la prevención general positiva ha sido profundamente desarrollada en los últimos tiempos ocupando un lugar importantísimo en la discusión científica de la ciencia jurídico penal.

Según Mir Puig, puede distinguirse claramente de entre estas teorías un grupo de doctrinas que se caracterizan por otorgar a la prevención general positiva un carácter fundamentador e, incluso, ampliatorio de la intervención penal, como, por ejemplo, las teorías de Welzel y Jakobs. Existiendo, además, otro grupo de doctrinas que, por el contrario, utiliza la prevención general positiva con un sentido limitador de la intervención penal, como es el caso de las teorías de Hassemer, Roxin y Zipf¹⁰.

A su vez, Heinz Zipf distingue, entre las diferentes concepciones de la prevención general positiva, entre aquellas doctrinas que se limitan, en el marco de la teoría de los fines de la pena, a marcar distancias respecto a la prevención general negativa, con el objetivo de armonizar este fin de la pena con la Constitución; y aquellas otras que sitúan el debate en un marco más amplio que el de la teoría fundamentadora del Derecho penal, extrayendo consecuencias de amplio alcance para todo el sistema penal, por ejemplo, para el problema de la culpabilidad¹¹.

En relación con este último aspecto, el marco de la imputación subjetiva, Pérez Manzano distingue las distintas teorías de la prevención general positiva atendiendo al rol o función que a dicha imputación le otorgan los distintos autores. Así, la autora clasifica dichas teorías en tres grupos; las teorías que se mantienen estrictamente dentro del marco de los modelos *output* de imputación subjetiva; las teorías que ven la prevención general positiva como contenido de la imputación subjetiva, teoría que son subdivididas –a su vez– en dos modelos de *output*, los basados en la teoría sistémica –entre otros, Callies y Jakobs– y los basados en la teoría psicoanalítica, como Haffke. En el tercer grupo, la autora agrupa a las teorías que ven a la prevención general positiva como un complemento de la culpabilidad en la imputación subjetiva, grupo en el que incluye a Roxin, Schüneman y Hassemer¹².

⁸ Cfr. KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal* en, MIR PUIG, Santiago (edit.) *La Reforma del Derecho penal* II. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1981, p. 127.

⁹ Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, ob. cit. p. 21. La autora señala como principales representantes de dichas asignaciones a HAFFKE, JAKOBS y ROXIN, respectivamente.

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva* en, PC n.º 0. 1986. pp. 49 y ss.

¹¹ Cfr. ZIPF, Heinz *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, en *Strafrecht, Straf-prozessrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum Geburtstag*. Wien, Manz, 1989. pp. 479-490. Esp. pp. 481. Cit. por DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit. p. 113. n. 81.

¹² Al respecto, Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general*

Por mi parte, dados los fines del presente artículo, solo me detendré en la teoría de la prevención general positiva que, en el marco de los fines de la pena, participa en mejor medida de las características generales ya señaladas al respecto, es decir, en la teoría de la prevención general positiva, de base sistémico-funcionalista, sostenida por Günther Jakobs.

3. BREVE ANÁLISIS DE LA TESIS DE GÜNTHER JAKOBS

Según Jakobs, la prevención general positiva consiste en el fomento del reconocimiento de la norma¹³. Para él, en la teoría de la pena, la réplica ante la infracción de la norma por medio de la pena, no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así, para Jakobs, la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, no agotándose en simplemente significar algo. Por ello, para Jakobs, la pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva¹⁴.

Su tesis, de base sociológica funcional-sistémica, ubica la infracción de la norma y la pena en la ‘esfera de significado’ y no en las consecuencias externas de la conducta, por ello, no considera como misión de la pena “evitar lesiones de bienes jurídicos”¹⁵. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento”. Así, además, para Jakobs, “el reconocimiento también puede tener lugar en la conciencia de que la norma es infringida; la expectativa –también la del autor futuro– se dirige a que resulte confirmado como motivo de conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma”. Por ello, en todo caso, la pena debe dar lugar “a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo”¹⁶.

Más aún, para Jakobs, “la contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”¹⁷.

Por todo ello, según Jakobs, la protección de las condiciones de la interacción social a través de la pena tiene lugar “reafirmando al que confía en la norma en su confianza”. Esto significa que los destinatarios de la norma “no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que, por eso, todos deben saber lo que de ellas pueden esperar”. En este sentido, la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma¹⁸.

positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, ob. cit. p. 143, 160 y 190. Resp.

¹³ Al respecto, Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 9-19; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* en, de él mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Palestra Editores. (Lima, 2000), pp. 19 y ss.; *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal* en, de él mismo, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Thomson-Civitas (Madrid, 2003), pp. 15 y ss.

¹⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, PG. ob. cit. p.18.

¹⁵ Sobre su crítica a la teoría de la protección de los bienes jurídicos, Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, PG. ob. cit. pp. 47 y ss. Esp. pp. 55-61.

¹⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 13-14.

¹⁷ La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. p.13.

¹⁸ La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente nadie vaya a infringir la norma porque la pena haga desistir a los potenciales delincuentes o, menos aún, porque se trate de un pronóstico referido a la conducta futura del autor. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. p. 18.

Además, para Jakobs, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando a probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esta medida, para Jakobs, la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido. En esta medida, para Jakobs, la pena se trata de ejercitar en la aceptación de las consecuencias¹⁹.

Así, en resumen, para Jakobs, la prevención general positiva o colectiva no solo intimidatoria, se realiza mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma, esto es, por el fomento de la confianza en la norma, el fomento de la fidelidad al Derecho y el fomento de la aceptación de las consecuencias de la infracción de la norma. Por ello, para Jakobs, la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales” y el contenido de la pena “es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”²⁰.

En consecuencia, para él, no es un efecto de la pena el buscar impresionar de tal modo al sujeto que la sufre o a terceros, provocándoles que se abstengan de realizar futuros delitos. Estos efectos, para Jakobs, al no ser producidos por el no reconocimiento de la norma, sino por el miedo, solo cabe esperar que se den por añadidura a la pena pues no son su función²¹.

Por estas razones, acertadamente afirma Shünemann que el Funcionalismo de Jakobs se ha transformado en un normativismo libre de empirismo pues, a diferencia del funcionalismo teleológico político-criminal, coloca la pena expresamente en la teoría de la retribución de Hegel, rechazando expresamente que el fin a perseguir por esta sea el de influir en el comportamiento del individuo y, en lugar de ello, legitima la pena solo a través de la necesidad de marginalizar la afirmación del autor –objetivada en el hecho– de que la norma no vale, a través de la contraafirmación objetivada de la pena²².

En cuanto a la relación entre culpabilidad y fin de la pena propuesta por Jakobs²³, solo señalaré que, con ello, el autor busca establecer que la culpabilidad es un concepto que se construye funcionalmente, un concepto formal, donde sólo el fin le da contenido, fin que no es otro que el ejercicio en el reconocimiento de la norma²⁴.

Jakobs llega a este concepto por la vía de la explicación de la realidad sociojurídica a través de las expectativas y las frustraciones de las mismas²⁵. Para él, de las distintas

¹⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, PG. ob. cit. pp. 18.

²⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 14.

²¹ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 19.

²² Cfr. SCHUNEMANN, Bernd, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. ob. cit. p. 646.

²³ Al respecto, en detalle, Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, ob. cit. pp. 160 y ss.; SCHUNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad* en, de él mismo, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos (Madrid, 1991). pp. 147 y ss. Esp. pp. 166-172; SCHUNEMANN, Bernd, *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad* en, de él mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos (Madrid, 2002), pp. 112 y ss. Esp. pp. 118-120.

²⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 566-568; *Culpabilidad y prevención* en, de él mismo, *Estudios de Derecho penal*. Trad. y estudio preliminar: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM ediciones-Editorial Civitas (Madrid, 1997), pp. 73 y ss.

²⁵ Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Por donde discurren los límites de esta clase de expectativa es el problema del concepto de acción y en parte, también, un problema de la culpabilidad. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. p. 10. Sobre la acción, pp.153 y ss. Sobre la culpabilidad, pp. 579 y ss.

posibilidades de solución del conflicto originado por la frustración de expectativas es central el Derecho penal pues supone el mantenimiento contrafáctico de las expectativas, es decir, conlleva la imputación de la frustración como fallo suyo al sujeto frustratorio²⁶.

Así, para imputar la culpabilidad es necesario demostrar que no es posible asimilar el conflicto de otra manera sin que sufra merma la garantía de seguridad de la expectativa frustrada y, en consecuencia, la vigencia del ordenamiento lesionado, a través de la estabilización de expectativas. Ello implica, según Jakobs, un reparto de competencias, esto es, determinar a través de la culpabilidad quién le incumbe llevar la carga de la solución del conflicto, aislando al autor como condición del hecho frustrante y trasladando el conflicto desde el ordenamiento a un subsistema²⁷.

Por todo ello, en la cuestión de la imputabilidad de una acción se trata de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al Derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuridicidad de su acción. A fin de averiguarlo, el sistema psicofísico ha de configurarse de modo distinto a como el concepto de acción; Mientras que en este el cómo se pudo motivar a evitar se trata como asunto del autor, en la culpabilidad importa la determinación de qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y qué factores puede invocar el autor como no disponibles para él²⁸.

4. PRINCIPALES CRÍTICAS A LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Como principio general, antes de entrar en críticas específicas respecto de estas teorías²⁹, se debe establecer que la prevención general positiva integradora, pedagógico-social o afirmativa del Derecho es cuestionable *a priori* si se conciben sus postulados en términos tales que permitan extender la injerencia del Derecho penal más allá del orden estrictamente jurídico, esto es, a la esfera o actitud interna del ciudadano³⁰.

²⁶ De la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge un conflicto público. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual 'persona singular', sino como sucesos en el sistema de relación social. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. p. 12.

²⁷ La misión del concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto. Cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al autor, si injusto y culpabilidad no han sido minimizados mediante una modificación del hecho o mediante sucesos posteriores a este y si la impunidad no se ve determinada por circunstancias situadas más allá del injusto material. Se castiga para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse al futuro sino al presente, en la medida que el derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. p. 581.

²⁸ Así, a fin de determinar la culpabilidad ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado. El resultado se rige, en principio, por el criterio dominante de aquellas condiciones que deben ser imprescindibles para la existencia de todo el sistema y de sus subsistemas esenciales. Entre ellas, puede encontrarse, la tolerancia ante las cualidades individuales perturbadoras. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. PG. ob. cit. pp. 582-583.

²⁹ Al respecto, positivamente, Cfr. Pérez Manzano, Mercedes, *Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites* en, de él mismo (edit.) *Política criminal y nuevo Derecho penal* L.H. a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. pp.73 y ss.

³⁰ En este sentido, Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*. PG. ob. cit. p. 51; *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva* en, PC nº 0. 1986. pp. 55-56; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social* ob. cit. p. 41; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Prevención general y psicoanálisis* en, MIR PUIG, Santiago (edit.) *Derecho penal y ciencias sociales*. ob. cit. p. 149 y ss. Interesantes y completas críticas a la tesis de Jakobs en, BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* en,

Más aún, como bien señala Ferrajoli, las recientes doctrinas de la prevención general positiva, que atribuyen a la pena funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al Estado, así como de la promoción del conformismo de las conductas, con seguridad confunden Derecho y Moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo ético.

Ello no solo respecto de las doctrinas que conciben al Derecho penal como un instrumento insustituible de orientación moral y de educación colectiva, sino también de la moderna doctrina de Günther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento, y por consiguiente en su capacidad para renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones³¹.

Asimismo, se le critica a la teoría de la prevención general positiva el que no constituya propiamente una teoría instrumental de la pena; primero, porque es evidente su paralelismo con la teoría de la retribución jurídica de Hegel, arriba desarrollada, aunque sea en clave sociológica, pues lo que antes era una exigencia del Derecho, ahora es una exigencia social para el buen funcionamiento del sistema. Segundo, porque no legitima a la pena en su fin de prevención del delito, sino porque cumple el fin útil de asegurar el sistema social y la confianza institucional de los ciudadanos en su buen funcionamiento³².

Por ello, a la teoría de la prevención general positiva se le cuestiona no solo su naturaleza tecnocrática y acrítica frente al funcionamiento del sistema social³³, sino también su renuncia a proteger bienes jurídicos adoptando la protección de la vigencia o reconocimiento de la norma como fin prioritario –vago, impreciso y peligroso– de la pena, con el objetivo de producir una sensación de seguridad y confianza a los miembros del grupo social³⁴.

Igualmente, se le critica a esta teoría su carácter retributivo que deja sin respuesta al problema fundamental del fin de la pena por cuanto, niega el ideal resocializador sin aportar instrumentos alternativos que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y sean compatibles con dicho ideal³⁵.

CPC n° 24. 1984. pp. 533 y ss. Esp. pp. 544 y ss; de él mismo, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, PC n° 0. 1986. pp. 77 y ss. Esp. pp. 86-90.

³¹ La teoría sociológica de Jakobs nada agrega a la teoría de la desviación de Émile Durkheim, que ya había descrito la pena como un factor determinante para la estabilización de la sociedad “destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. ob. cit. pp. 274-275. En este sentido, ya antes, BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en, CPC n° 24. 1984. p. 543.

³² Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?* en, VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho penal*. Comares (Granada, 1995). p. 23.

³³ En efecto, la teoría funcional sistémica en que se basa, conduce a una concepción preventivo integradora del DP en la que el centro de gravedad de la norma jurídico-penal pasa, de la subjetividad del individuo, a la subjetividad del sistema, buscando su fortalecimiento y el de sus expectativas institucionales pero no su modificación o crítica. Cfr. BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* en, CPC n° 24. 1984. pp. 544 y ss. Esp. p. 550. Asimismo, el carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de la norma penal desaparecen en un modelo tecnocrático en el que la desviación social y el delito, calificados de complejidad, quedan integrados en el sistema, sin modificarlos en lo más mínimo. La norma penal soluciona el conflicto reduciendo su complejidad, pero atacándolo allí donde se manifiesta y no donde se produce. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La norma jurídica penal (crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)* en, *Derecho penal y control social*, ob. cit. pp. 26-27.

³⁴ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?* en, VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho penal*. Comares (Granada, 1995). p. 24.

³⁵ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal*. PG. 2ª ed. Akal/iure (Madrid, 1990), p. 24.

Por otra parte, la teoría de la prevención general positiva es objeto de crítica por cuanto puede favorecer un uso desmesurado del instrumento jurídico-penal, de forma más fácil que la prevención general negativa, así como por la sustitución del concepto de intimidación general, al que se acusa de irracional, por el de prevención estabilizadora o integradora, pretendidamente racional, pero que, si se le maneja de forma autónoma, constituye una ‘racionalización’ de impulsos, agresividad y emociones de carácter claramente irracional.

De igual forma, se critica que la prevención general positiva parte de una presunción³⁶ absoluta de la capacidad motivadora de la norma, pues atribuye, sin una base empírica demostrable, una racionalidad absolutamente libre al hombre así como la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y susceptibles de motivación por la norma penal. Lo que no deja ser una mera reformulación de la prevención general intimidatoria³⁷.

5. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Las características que mejor califican al Derecho penal simbólico como muestra del aspecto cualitativo del proceso de expansión del Derecho penal forman parte, a su vez, de las particularidades del propio Derecho penal actual.

Por ello, se señala que el Derecho penal simbólico no es más que el resultado de una serie de medidas y técnicas, creadas y aplicadas de cara a la galería por el legislador penal, con el fin de aplacar los sentimientos de inseguridad y la inquietud de los ciudadanos ante los nuevos problemas, aunque sin resolverlos³⁸. Como bien se señala, la función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal –protección de bienes jurídicos– a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido³⁹.

Por esta razón, la esencia del Derecho penal simbólico está constituida por el hecho de que la determinación de su sanción penal está regida por el principio fundamental de la defensa del ordenamiento jurídico, la conservación de la confianza del pueblo en el Derecho o la confianza del pueblo en la invulnerabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos. Fin u objetivo comunicativo e instrumental, con múltiples variables cognitivas y emocionales, supuestamente alcanzable a través de este tipo de legislación pero que, en definitiva, no es más que la utilización instrumental del prestigio y la supuesta efectividad del Derecho penal de forma engañosa y falsa⁴⁰.

En este sentido, se señala que los efectos simbólicos buscados por tal legislación penal estarían conectados a la función, asignada a la norma jurídica en general y especialmente a la norma penal, de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos cuya

³⁶ El carácter regresivo que, frente a la prevención negativa o intimidatoria, tiene la prevención integradora o estabilizadora tendida como categoría autónoma o exclusiva y con exigencias propias, se manifiesta en que las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad –¿toda, la mayoría o solo los grupos dominantes?– para mantener su fidelidad al derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores y menos fundadas que las requeridas por lo estrictamente imprescindibles para la prevención intimidatoria. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Prevención general y psicoanálisis* en, MIR PUIG, Santiago (edit.) *Derecho penal y ciencias sociales*, ob. cit. p. 149.

³⁷ La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho, que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos pues este contribuye al aprendizaje social. La amenaza penal estabilizaría esa conciencia adquirida a través del aprendizaje social. *Cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, J. - HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I. ob. cit. p. 50.

³⁸ Así, HASSEMER, W.-MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ob. cit. p. 54.

³⁹ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit. p. 305.

⁴⁰ HASSEMER, Wilfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, ob. cit. pp. 26-30.

capacidad de influencia estaría dirigida exclusivamente a las mentes o conciencias de los ciudadanos, en las que se producirían emociones o, al menos, representaciones mentales, individuales o colectivas, que valoran y/o desvaloran tales mensajes⁴¹.

Así, la búsqueda de la funcionalidad o la eficacia en el Derecho penal, a través, entre otras tendencias y técnicas jurídicas; de la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual; de la anticipación del momento de intervención del Derecho penal, castigando la mera puesta en peligro –aunque sea lejana– del bien jurídico a través de delitos de peligro abstracto; del debilitamiento de la punibilidad tanto en la imputación objetiva –causalidad, posición de garante– como en la subjetiva –obviar el dolo referido al resultado o ampliar el concepto de deber de cuidado en distintos ámbitos–; de reducir las garantías procesales; de recurrir a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, ampliando con ello la discrecionalidad judicial, solo tiende a crear, para algunos, un Derecho penal simbólico⁴².

De esta forma, en sentido crítico, Derecho penal simbólico es todo Derecho penal en el que las funciones latentes, subyacentes o simbólicas predominan sobre las funciones manifiestas, visibles o instrumentales, con el fin de que se realice –a través de la propia formulación, publicación y aplicación de la norma penal– otros objetivos que los descritos en la misma. Debiendo entenderse por funciones manifiestas las condiciones objetivas de realización de la norma y las que la propia norma alcanza en su formulación. Esto es, una regulación del conjunto global de casos singulares que caen dentro del ámbito de aplicación de la misma y de la protección del bien jurídico previsto. Y, a su vez, por funciones latentes, por ejemplo, la de satisfacer la necesidad de actuar, la de tranquilizar a la población, la demostración de la fuerza del Estado, la efectividad y la eficiencia, etc., aquellas condiciones que por su carácter múltiple se encuentran en una recíproca y parcial superposición⁴³.

La consumación del engaño se produce en cuanto la previsibilidad de la aplicación de la norma, que se mide en la cantidad y calidad de las condiciones objetivas, pasan a estar a disposición de la realización instrumental de la norma. De modo que es la supremacía de las funciones latentes la que fundamenta el engaño y la apariencia, puesto que –comparativamente– los fines descritos en la regulación de la norma son distintos a los que de hecho se esperan. Por esta razón, además, el ciudadano –según Hassemer– no puede confiar en la norma tal y cual esta se presenta⁴⁴.

⁴¹ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena* en, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* ob. cit. p. 110; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*. ob. cit. p. 10; BERATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica.*, ob. cit. p. 52; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*, en *Pena y Estado* nº 1, ob. cit. pp. 107-109; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética* en, *VV.AA., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED (Madrid, 2001), pp. 131 y ss.

⁴² Cfr. HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ob. cit. p. 54.

⁴³ En este sentido, HASSEMER, Wilfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. ob. cit. p. 30; BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica*. ob. cit. p. 53; WOLF, Paul, *Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico*. ob. cit. p. 122. Un amplio análisis, desde la perspectiva del Derecho penal simbólico, de los efectos instrumentales (manifiestos) y de los efectos simbólicos (latentes) de la pena en, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena* en, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. ob. cit. pp. 110-122 y en, MELOSSI, Dario, *Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?* en, *Pena y Estado* nº 1, ob. cit. pp. 57 y ss.

⁴⁴ Cfr. HASSEMER, Wilfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. ob. cit. p. 30. En contra, se señala que el fenómeno del DP simbólico no se puede entender como un problema de desajuste entre los efectos que

En relación con esto último, debe tenerse presente la existencia de un elemento no menos importante para caracterizar al Derecho penal simbólico, esto es, el contenido de los efectos sociales que se buscan producir con el Derecho penal simbólico. Es decir, debe considerarse –a la hora de descubrir la existencia de una norma penal simbólica– que dichas intervenciones contienen efectos que superan las normales y reales necesidades de control social que se buscan o esperan satisfacer a través de la reacción penal, razón por la que sus efectos van más allá de la mera confirmación del orden social básico en los ciudadanos y vulneran el principio de subsidiariedad, sea esto en la conminación, en la imposición o en la ejecución de la pena. Así, para dar cumplimiento a sus fines utilitarios, el Derecho penal simbólico se caracteriza por el empleo de sanciones penales de muy diversos perfiles⁴⁵.

Asimismo, en este sentido debe tenerse presente que la conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho, es un proceso comunicativo de largo alcance que se rodea de una abundante red de variables, cognitivas y emotivas, que tienden a asemejar un engranaje, en el cual las decisiones penales solo representan un minúsculo tornillo del cual no siempre se sabe en que dirección gira⁴⁶.

6. CATEGORÍAS DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

En este contexto y por estas razones, hoy pueden establecerse, entre las distintas clases de leyes penales inspiradas en estas características simbólicas con supremacía de las funciones latentes, verdaderas categorías.

Según Hassemer estas categorías serían⁴⁷, leyes de declaración de valores, en las que, por ejemplo en materia de aborto, se hace decidir a la mujer entre su derecho a la autodeterminación y descendencia, y la confirmación del derecho a la vida. Leyes con carácter de apelación moral, por ejemplo, el Derecho penal del medio ambiente promulgado con el objetivo de crear conciencia ecológica en las personas. Leyes que constituyen verdaderas respuestas sustitutorias, excusas o coartadas a otros problemas, por ejemplo, la legislación antiterrorista, las leyes de seguridad ciudadana o las leyes sobre violencia intrafamiliar que⁴⁸, en general, tienen por finalidad únicamente tranquilizar el miedo y las protestas públicas sin hacer frente a los problemas de fondo. O, como señala Bustos, leyes que sirven para encubrir la falta de capacidad del Estado para la resolución de un problema, dando la sensación al ciudadano que existe preocupación por él, a pesar de que la realidad sea otra, con lo cual el problema permanece y se profundiza⁴⁹. Y leyes de compromiso, originadas en el reclamo de la necesidad de actuar, conformadas por legislaciones vagas, amplias y poco decisorias, llenas, eso sí, de cláusulas penales generales.

se pretenden –fin– o se creen conseguir –función– y los que realmente se pretenden u obtienen. El cuestionamiento del DP simbólico –como veremos más adelante– surge por las dudas sobre la legitimidad de ciertos efectos socio-personales. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena en, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ob. cit. p. 123.

⁴⁵ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena en, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ob. cit. pp. 127 y 128.

⁴⁶ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, ob. cit., p. 26.

⁴⁷ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, ob. cit., p. 26.

⁴⁸ Al respecto, Cfr. EDWARDS, Susan, *La función simbólica del Derecho Penal: violencia doméstica en, Pena y Estado nº 1.*, ob. cit. pp. 83 y ss.

⁴⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente en, Pena y Estado nº 1.*, ob. cit. p. 101.

Siguiendo la clasificación de Díez Ripollés⁵⁰, estas categorías serían, en función del objetivo satisfecho, es decir, leyes penales simbólicas que no atienden a la prevención de comportamientos delictivos ni a la protección de bienes jurídicos fundamentales. Como es el caso de las leyes reactivas, donde predomina el objetivo de demostrar la rapidez de actuación del legislador ante la aparición de algún problema nuevo. De las leyes identificativas, en las que el legislador, sobre todo, manifiesta que se identifica con determinadas preocupaciones de los ciudadanos. De las leyes declarativas, con las que se pretende aclarar contundentemente cuáles son los valores correctos respecto a una determinada realidad social. De las leyes principialistas, que fundamentalmente buscan manifestar la validez de ciertos principios de convivencia. Y de las leyes de compromiso, cuyo papel es mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados.

En función de las personas primordialmente afectadas, esto es, leyes penales simbólicas que no inciden primordialmente sobre delincuentes reales o potenciales próximos sino que desplazan su influencia hacia personas lo más alejadas posible, es decir, hacia delincuentes potenciales alejados y ciudadanos susceptibles de ser delincuentes, invirtiendo la estructura personal de la intervención penal. En esta categoría se encuentran las leyes aparentes, que por su formulación técnica defectuosa, son inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal. Las leyes gratuitas, aprobadas sin recursos personales o materiales para su efectiva aplicación. O las leyes imperfectas, que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible.

En función del contenido de los efectos sociales producidos, esto es, intervenciones penales simbólicas cuyos efectos superan las necesidades reales de control social a satisfacer por la reacción penal, yendo más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva e ignorando el principio de subsidiariedad. Categoría en la que se encuentran las leyes activistas, con las que se pretende generar en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas no resueltos. Las leyes apaciguadoras, que principalmente buscan calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido en la población. Las leyes promotoras, que esperan modificar determinadas actitudes sociales frente a ciertos problemas de índole social. Y las leyes autoritarias, que pretenden demostrar la fuerza coercitiva del Estado o, en general, de los poderes públicos.

7. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL Y EFECTO SIMBÓLICO. POSIBLES RELACIONES.

Con todo lo señalado anteriormente, resulta claro que en la teoría de la prevención general positiva de la pena se puede esconder una fuente directa de Derecho penal simbólico.

En este sentido, si tomamos en consideración que uno de los caracteres que mejor reflejan la finalidad del Derecho penal expansivo y la teoría de la prevención general es aumentar la confianza del pueblo en la invulnerabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos, es evidente el uso y abuso que, respecto de las funciones simbólicas de la norma penal, el legislador estará en condiciones de desarrollar sobre todo bajo la presión constante y uniforme de los *mass media*.

⁵⁰ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena en, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ob. cit. pp. 125-128.

Así, el traslado de la pena de funciones instrumentales a funciones simbólicas, es una práctica política que necesariamente se ve dirigida, no a reprimir el delito sino a reforzar la validez de las normas y la confianza institucional de los ciudadanos hacia el ordenamiento jurídico.

Con ella, y sus fines de prevención general positiva o de prevención-integración, se esconden políticas de neutralización y de disuasión específicas, dirigidas especialmente en contra de las formas de desviación caracterizadas por su mayor subjetividad y por su rebelión en contra del orden constituido. Dentro de dicho segmento se encontrarían las diversas formas de violencia política y terrorismo⁵¹, junto a las nuevas clases peligrosas, que configuran lo que se denomina marginales por convicción, es decir, el conjunto de grupos reticentes a las reglas impuestas por el proyecto de normalización neoconservadora hoy vigentes⁵².

Al tenor de lo expuesto, la teoría de la prevención general positiva es entonces una teoría de la función simbólica del Derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción⁵³.

Por ello es que, a través de la teoría de la prevención general positiva se pretende, en definitiva, configurar un adiestramiento y una modificación de comportamientos, que obliga necesariamente a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios, debiendo implantarse una determinada visión del Derecho penal sobre las mentes de la gente, que permita de algún modo impregnar y enfatizar las ideas de invulnerabilidad, igualdad, y libertad, a fin de que pueda esperarse su aceptación en sociedad.

Por lo mismo, cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente aparece su contenido simbólico: Persiguen con la ayuda de una intervención instrumental del Derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica) transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al Derecho⁵⁴.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como ya adelantaba arriba, la teoría de la prevención general integradora, utilizada exclusivamente como tesis fundamentadora del Derecho penal y con fines meramente simbólicos, debe rechazarse.

Ello, principalmente, por cuanto en un Estado de derecho democrático y respetuoso de la autonomía moral del individuo, esta teoría solo resulta adecuada si se le entiende en un sentido restrictivo, esto es, no como fundamentación sino solo como efecto del 'ser' de la pena⁵⁵.

⁵¹ Al respecto, Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española* en, *Pena y Estado*. Ob. cit. pp. 91 y ss.

⁵² Cfr. BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica*, ob. cit. p. 52; MELOSSI, Darío, *Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?*, ob. cit. p. 62.

⁵³ BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica*, ob. cit. p. 52.

⁵⁴ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, ob. cit., p. 27.

⁵⁵ Más aún, la función del Derecho penal, en un Estado respetuoso de la dignidad humana, no es incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos –como pretendió Welzel y, antes que él, la corriente que proclamaba la

Asimismo, la tesis que sostiene que la pena es un factor de cohesión del sistema político-social gracias a su pretendida capacidad de restaurar la confianza colectiva (inquietada, atemorizada o intimidada por las distintas formas de ataques al sistema) en la estabilidad del ordenamiento, y por consiguiente, en su capacidad para renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones, es sumamente cuestionable.

Lo es, no solo de un punto de vista metodológico, por cuanto en el marco de la evolución del sistema jurídico-penal como mecanismo de control social formal en las sociedades contemporáneas, la prevención general positiva puede aparecer como 'el' nuevo ícono teórico útil para justificar el relanzamiento y/o adaptación de las funciones del sistema penal ante las nuevas problemáticas de la sociedades del riesgo, globalizadas y superinformadas. Todo, sobre la base de mecanismos o conceptos tales como la sensación social de miedo, la inseguridad ciudadana, la construcción de un enemigo interno y de un Derecho penal y procesal del enemigo, en el marco de la nueva exclusión socioeconómica fomentada por el capitalismo globalizado y su guerra global permanente contra el terrorismo⁵⁶.

Resulta cuestionable, además, desde un punto de vista político-criminal. Ello, por cuanto, a mi juicio, el problema de la legitimidad del Derecho penal se debe remitir, aun dentro de un contexto de supuestas emergencias, a las consideraciones determinadas por los principios generales (tales como el de absoluta necesidad, subsidiariedad y/o eficacia, resocialización y proporcionalidad, entre otros), dentro del marco valorativo de un sistema social democrático, respetuoso de las garantías formales y materiales del ciudadano y de sus Derechos Fundamentales. Todo, obviamente, bajo el imperio de una Constitución democrática.

Ello, sin perjuicio, además, del análisis de dos trascendentales cuestiones conceptuales; Primero, la cuestión de si el Derecho penal contenido en el sistema penal respectivo es o no un verdadero Derecho penal democrático y legitimado o es, por el contrario, un no Derecho, esto es, una mera reacción defensiva del Estado o de los grupos dominantes frente a los sujetos económica o políticamente excluidos. Y, segunda, la cuestión de si lo que se quiere establecer es una política criminal integradora-democrática o una política criminal excluyente, y sustentadora del *statu quo*.⁵⁷

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. U. de Salamanca, Editorial Cervantes (Salamanca. 1944).
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. Parte General, Editorial Akal/iure. (Madrid, 1990).
- BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en, CPC nº 24. 1984. pp. 544 y ss.

'fuerza configuradora de las costumbres' de la pena— ya que ello implica imponer una actitud interna de fidelidad al derecho que supone la internalización de la aceptación ética del mismo, incidiendo en el fuero interno del ciudadano. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en, PC nº 0. 1986. pp. 49 y ss.

⁵⁶ Al respecto, en detalle, Cfr. BRANDIZ GARCÍA, José Ángel, *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas* en, FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Tirant lo Blanch Alternativa-Área de Derecho Penal Universidade da Coruña (Valencia, 2004). pp. 15 y ss.

⁵⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales en, Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública*. XVII Congreso universitario de alumnos de Derecho penal (Salamanca, 2005), pp. 99 y ss. Esp. pp. 125 y ss.

- BARATTA, Alessandro. *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en, PC nº 0. 1986. pp. 77 y ss.
- BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica*, en, *Pena y Estado*, Editorial ConoSur (Santiago. 1995), pp. 37 y ss.
- BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. *Perspectivas del denominado Derecho penal simbólico a la luz de la expansión del Derecho penal moderno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor guía Dr. Mario Durán Migliardi. Universidad de Atacama (Abril, 2008). Inédita.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.) *Manual de Derecho Penitenciario*. U. de Salamanca-Colex (Salamanca-Madrid 2001).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española*, en, *Pena y Estado*, Editorial ConoSur (Santiago, 1995), pp. 91 y ss.
- BOTTKE, Wilfried. *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*, en, Silva Sánchez, Jesús-María. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, L.H. a Claus Roxin. Editorial Bosch (Barcelona, S. d) pp. 41 y ss.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, en, Faraldo Cabana, Patricia, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Editorial Tirant lo Blanch, Alternativa-Área de Dereito Penal Universidade da Coruña. (Valencia, 2004), pp. 15 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Pena y Estado*, en *Papers. Revista de Sociología nº 13. 1980*. pp. 97 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trotta (Madrid, 1997), Volumen I.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*, en *Pena y Estado*, Editorial ConoSur (Santiago, 1995), pp. 101 y ss.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, Introducción. Teoría del Delito*, Editorial Tecnos, (Madrid, 1992), 1. 4 reimpresión de la tercera edición de 1985, volumen I.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena. Estudios Jurídicos 79*, Editorial U. de Salamanca (Salamanca, 1999).
- DÍES RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Editorial UNED (Madrid, 2003), pp. 120 y ss.
- EDWARDS, Susan. *La función simbólica del Derecho Penal: violencia doméstica*, en, *Pena y Estado*, Editorial ConoSur (Santiago, 1995), pp. 83 y ss.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero), Editorial Trotta (Madrid, 2000), 4ª edición.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*, Editorial Hammurabi, (Buenos Aires, 1987).
- GARCÍA PABLOS, Antonio. *Tendencias del actual Derecho penal*, en, VV.AA. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Editorial UNED (Madrid, 2001), pp. 39 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, en sus, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas (Madrid. 1976), pp. 57 y ss, en, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, L.H. al profesor Luis Jiménez de Asúa, Editorial Pannedille (Buenos Aires, 1970), pp. 595 y ss.
- GIL GIL, Alicia. *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal*, en, Diez Ripollés / Romeo Casabona/García Martín/ Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, L.H. al profesor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos (S.L, 2003), pp. 9 y ss.
- HURTADO POZO, José. *La ley importada*, Editorial Cedys (Lima, 1979).
- HASSEMER, Wilfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en, *Pena y Estado*, Editorial ConoSur (Santiago, 1995), pp. 23 y ss.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Editorial Marcial Pons, (Madrid, 1997), 2ª edición corregida.

- JAKOBS, Günther. *El sistema de imputación jurídico penal. Conocimiento y desconocimiento de la norma*, en Jakobs, Gunther.-Struensee, en *Problemas capitales del Derecho penal moderno*, Editorial Hammurabi (S.L, 1998), pp. 33 y ss.
- JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*, en, *Estudios de Derecho penal* (traducción. y estudio preliminar: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Editorial UAM, ediciones-Editorial Civitas (Madrid, 1997), pp. 73 y ss.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal* (Traducido por Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez; Enrique Peñaranda Ramos; Marcelo A. Sancinetti: Carlos J. Suárez González. Presentación Dino Carlos Caro Coria), Editorial Palestra (Lima, 2000), pp. 19 y ss.
- JAKOBS, Günther. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (Traducción Cancio Meliá, M./Feijóo Sánchez, B. Thomson), Editorial Civitas (Madrid. 2003), pp. 15 y ss.
- JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, (Comentario). (Traducción de Teresa Manso Porto), en Muñoz Conde, Francisco. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), pp. 53 y ss.
- JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducida por José Luis Manzanares), Editorial Samaniego. Editorial Comares (Granada, 1993), 4ª edición totalmente corregida y ampliada.
- KAUFMANN, Armin. *La misión del Derecho penal*, en Mir Puig, Santiago. *La Reforma del Derecho penal II*, U. Autónoma de Barcelona (Bellaterra, 1981), p. 127.
- MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en, *PC nº 0. 1986*, pp. 49 y ss.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona. 2000), 3ª reimp. de la 5ª edición, Reppertor.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La norma jurídica penal (crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)*, en, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera (S. L, 1986).
- PÉREZ, F.- MÉNDEZ, C.-ZÚÑIGA, L. *Derecho Penal (Parte General)*. Universidad de Salamanca, Editorial CISE (Salamanca, 2003).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, U. Autónoma de Madrid (Madrid, 1986).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena*, en, Silva Sánchez, Jesús-María. *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en, de él mismo, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, L.H. a Claus Roxin. Bosch (Barcelona, pp. 73 y ss).
- POLAINDO NAVARRETE, Miguel. *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal*, en, Diez Ripollés/Romeo Casabona/García Martín/ Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, L.H. al profesor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos (S. L, 2003), pp. 109 y ss.
- ROXIN, Claus. *Sentido y límites de la pena estatal*, en, *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus, (Madrid, 1976), pp. 11 y ss.
- ROXIN, Claus. *Franz Von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, en su *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus (Madrid, 1976), pp. 37 y ss.
- SHUNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, en, *VV.AA Modemas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Facultad de Derecho, Editorial UNED (Madrid, 2001), pp. 643 y ss.
- SHUNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad*, en, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos (Madrid, 1991), pp. 147 y ss.
- SHUNEMANN, Bernd. *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad*, en, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos (Madrid, 2002), pp. 112 y ss.
- VON LISZT, FRANZ. *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la U.de Marburgo*, 1882, Editorial Comares (Granada, 1995).

- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. PG (Traducción. De Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, de la 11ª Edición Alemana de Berlín, 1969), Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1976), 2ª edición castellana.
- ZAFARRONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, en *Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986)*, Editorial Desalma (Buenos Aires, 1986).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Editorial Ediar (Buenos Aires, 1989).
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?*, en Von Liszt, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*, Editorial Comares (Granada, 1995).
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales*, en *Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública. XVII Congreso universitario de alumnos de Derecho penal* (Salamanca, 2005), pp. 99 y ss.

DERECHO PROCESAL

SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y SU INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL CHILENO

DANIEL SOLÍS ARAYA*
Universidad Arturo Prat

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al artículo 7 de la Ley N° 19.519, de fecha 16 de septiembre de 1997, se modificó la Constitución Política de la República de Chile, agregándose a partir de dicha época el nuevo Capítulo VII, que consagra la creación como organismo de rango constitucional y autónomo el Ministerio Público, ente que conforme las normas contenidas en ese capítulo así como en su Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, dirige exclusivamente a partir del día 16 de diciembre del año 2000, en las Regiones de Coquimbo y la Araucanía, la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y en su caso tendrá que ejercer la acción penal pública conforme a la ley; correspondiéndole además la adopción de las medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.

Pues bien, a partir del ya señalado día 16 de diciembre del año 2000, comenzó a regir además el nuevo Código Procesal Penal, que vino a sustituir al Código de Procedimiento Penal del año 1906, el cual de manera gradual a partir de dicho año comenzó a dejar de aplicarse para los delitos cometidos con posterioridad a la reforma, en las distintas regiones del país conforme a un itinerario fijado por la misma ley.

Dentro de los hechos más significativos de este cambio, se ha mencionado habitualmente que más allá de la materialidad jurídica que vino a sustituir un régimen procesal penal de carácter inquisitivo y opresor por uno de corte acusatorio, adversarial o garantista, ha significado para el Estado, sus organizaciones y sus habitantes en general un cambio de paradigma y un cambio cultural en cuanto a la forma de aplicar y apreciar la administración de justicia en materia penal.

Este nuevo Código, ha recogido e incorporado nuevos y modernos mecanismos para el ejercicio de la jurisdicción, así como aquellos vinculados a la denominada “justicia negociada”, como lo son las salidas alternativas y acuerdos reparatorios donde cobran relevancia mecanismos de resolución de conflictos donde las partes, víctimas, ofensores y

* El autor es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica del Norte. Doctor © en Derecho por la Universidad del País Vasco, España. Diplomado en Derecho Penal y Seguridad Ciudadana UNAP. Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral UCN. Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique. Correo electrónico: daniel.solis@unap.cl;

el Estado participan con su voluntad en la composición del litigio. De igual forma se crean procedimientos abreviados para la resolución de estos mismos conflictos.

Asimismo, este cambio procesal penal, significó también la variación de la orgánica jurisdiccional con la incorporación de nuevos actores en el proceso penal. Así, se crearon los juzgados de garantía, cuya misión fundamental es la de velar por el respeto a los derechos y garantías del imputado y los demás intervinientes en el proceso penal, fundamentalmente en la etapa de investigación, y excepcionalmente resolver el conflicto dictando sentencia en procedimientos abreviados, monitorios o simplificados, para determinados tipos de delitos y faltas; y se crean también los tribunales de juicio oral en lo penal, cuya misión fundamental es conocer y resolver a través de la dictación de sentencias definitivas los juicios orales.

De igual manera, se creó una Defensoría Penal pública, dependiente del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, ente que se encarga por ley de la representación en juicio de los imputados por crímenes, simples delitos y faltas, que no cuenten con un abogado de confianza o que no tengan los recursos para solventarlo.

Es importante señalar que se reconoció, además, a la víctima y al imputado la calidad de sujetos procesales, pero también respecto de este último, se contienen en el Código Procesal Penal, una serie de derechos y garantías, que junto con las contenidas en la Constitución Política de la República, tienden al aseguramiento de un debido proceso. Y es precisamente en esta última circunstancia, que este trabajo encuentra su justificación ya que el nuevo sistema procesal penal ha permitido, que durante los últimos años en Chile se haya comenzado a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario a prestar mayor atención, desarrollo y análisis a la garantía del debido proceso y su aplicación en materia penal, más allá de los reconocimientos legales o declarativos.

Como fuentes para el desarrollo de este trabajo, se ha podido acudir básicamente a autores nacionales (escasos) y a importantes tratadistas argentinos con un importante desarrollo en el área. Asimismo, se pudo consultar material relativo a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros nacionales, y finalmente legislación pertinente.

II. NACIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO

1. *Génesis histórica de la garantía del debido proceso en el derecho anglosajón.* El concepto del “debido proceso” hoy lleva dentro de sí una idea del desarrollo y evolución que impregna a casi la totalidad de los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental que conocemos. Los múltiples estudios que sobre él se han hecho, así como la evolución del derecho y del Estado Democrático de Derecho, han permitido que este concepto-principio vaya extendiendo su contenido, sin conocer aún el límite final del mismo. Sin embargo, en cuanto a su surgimiento en el derecho, existe consenso científico en cuanto a que él encontraría su raíz en el derecho anglosajón medieval, en particular, siendo su primer antecedente normativo el atribuido a la “Carta Magna Inglesa”, nacida a consecuencia del levantamiento de los barones, obispos y ciudadanos de Inglaterra en contra del denominado rey “Juan Sin Tierra”, en el año 1215, “Carta” que en una de sus declaraciones señalaba que “ningún hombre libre podrá ser

detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado de cualquier otra forma, ni procederemos ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país¹”, atribuyéndose a esta última expresión, en el idioma original “*Law of the land*”, el antecedente directo del concepto “*due process of law*”, debido proceso o proceso justo, tanto en su faz sustantiva como adjetiva, citando para estos efectos lo expresado por Eduardo Oteiza, quien en sus palabras señala que “su nacimiento tuvo el significado de una manifestación contra la opresión”².

Esta garantía en su origen tenía como norte evitar castigos arbitrarios y violaciones ilegales de la libertad personal y los derechos relativos a la propiedad, sirviendo a su vez como principio orientador para los jueces, dirigido a la obtención de un juicio justo.

A continuación, y siglos más tarde es posible identificar como una situación relevante que, en los años 1789 y 1868 se llevan a cabo la “V y XIV Enmiendas” a la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica, las cuales también son citadas universalmente como antecedentes relevantes y complementarios de lo ya iniciado con la Carta Magna inglesa, ya que la primera de estas enmiendas, incorporada a instancias de James Madison, expresa que “a nadie ... se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal” y la segunda que “ningún Estado podrá ... privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal...”.

Pues bien, dicho lo anterior, de acuerdo al autor argentino Juan Francisco Linares, en la faz sustantiva, el debido proceso es en la jurisprudencia norteamericana un estándar de justicia para determinar dentro del margen que otorga la Constitución al legislador, y la ley al ejecutivo, hasta donde se puede limitar el ejercicio de la libertad del individuo³.

Es interesante agregar además en esta rápida síntesis, que el derecho europeo continental también presenta muestras de la recepción de este principio del debido proceso, pudiendo citar al efecto la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” en Francia, la cual en su artículo 7 señalaba que “ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que esta ha prescrito”.

Pues bien, como lo expresa el profesor chileno Juan Colombo Campbell, se trata entonces de una garantía vinculada a la historia misma de la libertad, como un principio informador del ordenamiento jurídico más allá de los límites del derecho procesal⁴.

Pero este principio, que en aquella época tenía un carácter meramente formal, fue tornándose en insuficiente, lo que llevó a que la doctrina se fuese extendiendo al desarrollo de la idea del denominado debido proceso constitucional, como una especie de “supragarantía”, que reconocida por el ordenamiento constitucional, resguarde una serie de derechos y principios “garantías procesales genéricas” según la denominación del profesor peruano don Dino Caro Coria que han de proteger a la persona frente a la arbitrariedad de la autoridad, no tan solo en lo procesal.

¹ Sección 39 de la Carta Magna de 1215.

² ARAZI, Roland... (et al.). (2003), *El debido proceso, Evolución de la garantía y autismo procesal*, en *Debido Proceso, Realidad y debido proceso, El debido proceso y la Prueba*; Santa Fe, Argentina, Primera Edición: Rubinzal - Culzoni Editores, 6.

³ Citado en ARAZI, Roland... (et al.). (2003). *El debido proceso, Evolución de la garantía y autismo procesal*. en *Debido Proceso, Realidad y debido proceso, El debido proceso y la Prueba*, Santa Fe, Argentina, 1ª edición: Rubinzal - Culzoni Editores, 8.

⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. (2003), *El Debido Proceso Constitucional*. Trabajo preparado para el encuentro anual con la Corte Constitucional Italiana. Roma.

Además, no hay que dejar de lado que la jurisprudencia norteamericana fue extendiendo este concepto del debido proceso *due process of law* hasta el punto de no ser necesario solo el ajustar determinado acto jurídico, jurídico-procesal o legislativo o decisión a las normas contenidas en la Constitución, sino también a la necesidad de justicia implícita en él. Es por lo dicho que algunos autores han identificado tres momentos o etapas del desarrollo de este principio, a partir de lo ocurrido con la evolución de dicha jurisprudencia, esto es, el debido proceso legal o formal, el debido proceso constitucional y el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad.

2. SÍNTESIS DE LA APARICIÓN DE LAS PRIMERAS NORMAS Y EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN CHILE

2.1. Los Reglamentos Constitucionales de 1811 y 1812. En los primeros años del siglo XIX, cuando Chile aún era parte de las colonias que España mantenía en América, comenzó un movimiento en virtud del cual las colonias dependientes de la Corona, comienzan a organizarse en Juntas de Gobierno, consituyéndose en Chile la primera el 18 de septiembre de 1810, resultando que una de las primeras normas dictadas por ella fue el “Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 1811”, dictado con fecha 14 de agosto de ese año, texto que es considerado como unos de los primeros ensayos constitucionales de Chile, sin embargo, en él no existían normas que nos refieran de manera directa ni indirecta a los orígenes del debido proceso en términos constitucionales.

Luego, vino la dictación del “Reglamento Constitucional Provisorio de 1812”, sancionado el 26 de octubre, en cuya redacción participó el Cónsul norteamericano de aquella época en Chile, Joel Robert Poinsett quien influyó de manera determinante en el fondo del texto y particularmente en la aparición de referencias más o menos claras al principio del debido proceso, incluyendo normas de protección de las libertades públicas y el establecimiento de garantías o derechos individuales. Si, por ejemplo el artículo XVI, señalaba que “Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender”. En cuanto a normas relativas a la competencia, el artículo XVII disponía que “La facultad judicial residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el Gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones.” Por su parte, el artículo XVIII, expresaba que “Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”; disposición que se complementaba con el artículo XIX, que prescribía que “Nadie será arrestado sin indicios vehementes de delito, o a lo menos sin una semiplena prueba”.

Finalmente, el artículo XX, profundiza y especifica dentro de las garantías procesales señalando que “No podrá estar alguno incomunicado después de su confesión, y se tomará precisamente dentro de diez días”; y el artículo XXI, en el mismo orden de garantías disponía que “Las prisiones serán lugares cómodos y seguros para la detención de personas, contra quienes existan fundados motivos de recelo, y mientras duren estos; y de ningún modo servirán para mortificar delincuentes”.

En consecuencia, es posible apreciar los primeros atisbos de reconocimiento de diversas manifestaciones que expresan normas relativas al debido proceso.

2.2. *Las Constituciones de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833 y 1925.* Sin duda, dentro de lo más destacable en el ámbito de este trabajo, es posible señalar que en esta primera Constitución se establecen los derechos y deberes del hombre en la sociedad, se determinan las facultades y límites del Ejecutivo y se establece la autoridad judicial. En cuanto a los derechos y deberes, comenzaba con el Título Primero, denominado “De los derechos y deberes del hombre en sociedad”, Capítulo Primero, “De los derechos del hombre en sociedad”, que en su artículo primero disponía que “Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”; agregando el artículo 2 que “Ninguno debe ser castigado o desterrado, sin que sea oído y legalmente convencido de algún delito contra el cuerpo social”.

Asimismo, contemplaba otro grupo de normas de carácter procesal que complementan o especifican las garantías reconocidas al individuo, tales como el artículo 3, que estableció por primera vez la “presunción de inocencia”, señalando que “Todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpado”; u otras normas relativas a garantías del individuo como las contenidas en los artículos 4 al 10, donde se incluyen normas relativas a la posibilidad de caucionar para obtener la libertad, la inviolabilidad del hogar y los documentos, el respeto por la integridad física, la dignidad en la reclusión y la honra. Pero además, se contenían otras garantías como la libertad para publicar sus ideas y la libertad de imprenta, la declaración de vientres libres de las esclavas y la proscripción de toda pena dirigida a aumentar la sensibilidad y dolor físico, entre otras.

También se pueden citar normas relativas a garantías procesales, las cuales se encuentran en el Capítulo II, denominado “Límites al Poder Ejecutivo”, que en su artículo 2 disponía que “cuando la urgencia del caso obligue a arrestar alguna persona, deberá ponerla dentro de veinticuatro horas a disposición de los respectivos magistrados de justicia, con toda la independencia que corresponde al Poder Judicial, pasándoles los motivos para su juzgamiento”.

Otra nota destacable en lo relativo a la gestación de la garantía del debido proceso en el ordenamiento jurídico constitucional de la época, lo constituye la consagración del principio de la doble instancia, al crearse la Cámara de Apelaciones (artículo 1, Capítulo III). Por otra parte, el artículo 20 del mismo capítulo prescribía que “Ningún ciudadano podrá ser preso sin precedente semiplena probanza de su delito, y antes de ocho días debe hacerse saber la causa de su prisión, tomársele su confesión y ponerse comunicado si no es que lo embarace alguna justa causa; y en este caso debe ponerse en su noticia este motivo”. Por su parte los artículos 22, 23 y 24, señalaban que “Ningún ciudadano ha de ser asegurado con prisiones, si no se recela su fuga”; y “Tampoco podrán embargársele más bienes que los precisos para responder por el delito, y si fuere de calidad, que exija alguna pena pecuniaria”; y finalmente “que no se recibirá juramento a los reos para sus confesiones y cargos, careos ni otras diligencias que tengan tendencia a indagar de ellos mismos sus delitos”.

Luego, con la dictación de la Constitución de 1822, en el Capítulo IV, signado como “De la administración de justicia y de las garantías individuales”, en su artículo 199, se consagra por primera vez la “garantía del juez natural”, señalando que “Todos serán juzgados en causas civiles y criminales por sus jueces naturales, y nunca por comisiones particulares”.

Además, se contienen al igual que en el texto constitucional que lo precedió una serie de normas de carácter procesal, como el que “nadie se pondrá preso por delito que no merezca pena corporal o de destierro, y sin que preceda mandamiento de prisión por escrito, que se notificará en el acto de ella”, o que “Cuando el delincuente no sea sorprendido *in fraganti*, debe preceder a su prisión la sumaria; si es *in fraganti*, debe estar hecha a los dos días”, o que “En cualquier estado de la causa, en que se advierta que el delito no merece penas corporal o de destierro, se pondrá libre al preso”, o bien que “A todo preso antes de cuarenta y ocho horas de su prisión, se le hará saber el motivo de ella”. O “Cuando las circunstancias del delito pidan el allanamiento de alguna casa, el juez lo hará por sí mismo”.

En cuanto al tiempo de tramitación de los procesos se disponía que “Los jueces son responsables de la dilación de los términos prevenidos por las leyes” y que además en relación a los fundamentos de la sentencias ya sea civiles o criminales estas debían ser “motivadas”. Además, en lo relativo al Derecho a la defensa, el artículo 227 disponía que “Se le permite al acusado exponer libremente sus proposiciones y llevar a la presencia de los jueces todos los patronos que crea convenientes para su defensa”.

En 1823, se dicta una nueva Constitución y en este nuevo texto, de orientación conservadora se establece en el artículo 5 que “Las garantías constitucionales y las leyes protegen a todo individuo que reside en Chile”, agregando en el Título XII, denominado “Del Poder Judicial”, que este “protege los derechos individuales conforme a los principios de que a ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización”. Asimismo, declaraba que “la casa del ciudadano es inviolable, y solo puede examinarse en virtud de un decreto especial de autoridad competente, y manifestado previamente al dueño”; y, que “todo juez responde de las dilaciones y abusos de las formas judiciales”, al tiempo que “Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho”. También se prescribía que “Nadie puede ser preso sino en los casos que determina la ley y según sus formas. Se castiga gravemente al que decreta o ejecuta una prisión arbitraria”; y que “Nadie puede ser preso o detenido sino en su casa o en lugares públicos y destinados a este objeto”.

Luego, la Constitución de 1828, a diferencia de su antecesora, fue una Constitución de principios liberales, considerada por algunos como la más completa de las promulgadas hasta esa fecha. En el Capítulo III, denominado de los “Derechos individuales”, el artículo 10 prescribía que “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de Publicar sus opiniones”. El artículo 13, establecía que “Ningún habitante del territorio puede ser preso ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de juez competente, previa la respectiva sumaria, excepto el caso de delito *in fraganti*, o fundado recelo de fuga”. Por su parte el artículo 15 señalaba que “Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo”.

En 1833, se dicta una nueva Constitución, y este nuevo cuerpo normativo recogió las ideas de Diego Portales y Mariano Egaña, siendo algunos de los rasgos fundamentales de él, que el numeral 4 del artículo 12 de esta Constitución, aseguraba a todos los habitantes de la república, “La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de un lado a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, y salvo siempre el

perjuicio de terceros; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”, siendo esta última parte la que permite afirmar la consagración germinal del principio del debido proceso legal.

El numeral 5 del mismo artículo, también contiene una norma en el mismo sentido, pero tal como ha sido en el desarrollo de este principio dedicada a la protección de la propiedad y su inviolabilidad salvo los casos en que fuese afectada por sentencia judicial.

Ahora bien, el Capítulo X de esta Constitución, en los artículos 132 a 152, contiene una larga enumeración de garantías –muchas de ellas procesales– destinadas a la protección de la seguridad y la propiedad del individuo.

Finalmente, en este período se dicta la Constitución de 1925, Carta Fundamental que vino a sustituir la de 1833, y en ella además, es posible encontrar con algo más de desarrollo el principio del debido proceso, el cual se expresa a través de una serie de garantías procesales contenidas en el Capítulo III, denominado “Garantías Constitucionales”, y que son enumeradas a partir del artículo 10 y hasta el 23. Así, es dable destacar el artículo 11, el cual aborda dos aspectos. En primer lugar, el concepto de “debido juicio” –al disponer que “nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente”– y en segundo, que ese juzgamiento debe basarse en virtud de una “ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. En las restantes normas, se reproducen de manera más o menos íntegra las garantías que se venían enunciando en los anteriores textos constitucionales.

2.3. La Constitución de 1980. Esta Constitución estableció un catálogo de garantías individuales protegidas por un recurso especial llamado recurso de protección, y constituye a nivel nacional el primer intento moderno de recepción del principio del debido proceso a nivel constitucional y de manera más expresa, a fin de que se transforme en un principio rector del ordenamiento jurídico y en lo particular de la actividad jurisdiccional. Sin embargo, no obstante su incorporación normativa y pese a lo deseable en cuanto a la influencia, atendido el contexto histórico en el cual se dicta la Constitución, la primera década de vigencia de la norma no tuvo un desarrollo importante, ni en lo legislativo como tampoco en lo jurisprudencial.

No obstante ello es posible destacar algunas normas, que en principio nos ayudan a circunscribir el tema. Así, el artículo 1º inciso cuarto de la Constitución, dispone que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común... con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece...”, en consecuencia, el poder punitivo del Estado se ordena a la materialización de los derechos fundamentales en armonía con el debido proceso. Situación que se acentúa en la parte final del artículo en comentario al señalar además que es deber del Estado “... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

Asimismo, el artículo 5 de la Constitución, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, así como es deber del Estado y sus órganos, promover y respetar tales derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Pues bien, esta Constitución, vigente en la actualidad, dedica su Capítulo III, a los “Derechos y Deberes Constitucionales”, conteniendo en él un extenso artículo 19, en el cual se desarrollan los mismos, debiendo en principio destacarse los numerales 2 y 3 que aseguran

a todas las personas, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

El numeral 3, inciso quinto, señala además que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, entregando además la tarea al legislador de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El mencionado numeral 3 recoge de alguna forma los preceptos de los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1925, pero en sus restantes incisos, se extiende a un conjunto de bienes jurídicos destinados a asegurar la igual protección en el ejercicio de los derechos, la defensa letrada en juicio, la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales o por tribunales que no estuviesen establecidos con anterioridad al hecho, las garantías del justo y racional proceso e investigación previa, el establecimiento de la presunción de inocencia, y la prohibición de la dictación de leyes penales en blanco.

Como se puede apreciar, el principio del “debido proceso” sin ser incorporado en esos términos, ha marcado de manera indiciaria su presencia en las Constituciones previas a la de 1980, sin embargo es en esta última que el Constituyente decidió consagrarlo expresamente a través de la exigencia de un “procedimiento e investigación racional y justo”.

Es menester señalar que la inclusión dentro de esta exigencia de racionalidad y justicia de la “investigación”, se debe a la modificación introducida por la reforma constitucional hecha por la Ley N° 19.519, que creó e incorporó a la Constitución con este rango, al Ministerio Público, órgano encargado de manera exclusiva de la persecución penal en Chile. En consecuencia, la investigación penal es dirigida por los fiscales del Ministerio Público con el auxilio de los órganos policiales y busca establecer los hechos constitutivos de delito y determinar la participación de los responsables, mientras que el proceso pretende juzgarlos y hacer ejecutar lo resuelto. Con esta modificación constitucional la investigación, también ha de cumplir con las exigencias de racionalidad y justicia, velando por no afectar ni lesionar los derechos fundamentales que la misma Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile garantizan. Sin embargo, se ha criticado la redacción de esta norma, y al efecto es posible citar al profesor Alex Caroca Pérez, quien no comparte la redacción de la segunda parte del inciso quinto del artículo 19 N° 3, que dispone que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, ya que a su juicio al otorgarse rango constitucional a la garantía del debido proceso, le queda restringido al legislador determinar la extensión en abstracto de la garantía, como menos aún tendría la posibilidad de determinar el alcance en una situación concreta, sino que este rol corresponderá siempre, en último término al órgano jurisdiccional, sea “ordinario, constitucional o incluso internacional en el caso de Derechos Humanos”⁵.

Coincidimos con el autor citado en términos de que la garantía del debido proceso, no puede ser reducida como aparece en el inciso 5 del N° 3, a que el proceso sea tramitado según las formalidades establecidas en la ley, pues tal como él lo expresa “aunque el proceso sea llevado conforme a la literalidad de la ley igual pueda no ser justo o debido y violentar la garantía”, y ello por cuanto el legislador se apartó del espíritu o la letra del principio o bien el juez fue el que no lo respetó.

⁵ CAROCCA PÉREZ, Alex, *La Defensa Penal Pública*, LexisNexis (Santiago de Chile, 2003).

Compartimos también la crítica del referido autor, en cuanto a que la expresión “procedimiento” usada en el artículo 19 N° 3 inciso 5, no es la más feliz, ya que lo que es posible de calificar ya sea como justo y racional ha de ser el proceso en concreto, y no los actos, trámites o diligencias que lo componen, es decir, en este caso es el todo y no la parte la que es sometida al barómetro de la justicia y la racionalidad⁶. Sin embargo, es importante señalar que el debido proceso no se encuentra definido en la legislación chilena, como sucede también en bastos ordenamientos del derecho comparado, pero esta circunstancia no es casual en Chile, sino producto de una decisión consciente del constituyente quien expresamente, –para bien o para mal– quiso omitir una definición a fin de no agotar el contenido de esta garantía, cosa que el autor recientemente citado tampoco comparte.

Al efectuar un estudio de la historia fidedigna de la Constitución de 1980 y la evolución de la garantía del debido proceso legal, es posible señalar que en 1975 se produce un punto de partida en esta materia, cuando la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución aprobó la incorporación de la garantía del debido proceso. De las actas de la Comisión se infiere que los miembros de esta, tuvieron la intención de incluir de una manera manifiesta en nuestro país, esta garantía proveniente del derecho anglosajón, optando por no utilizar la expresión “debido proceso” sino los vocablos “racional y justo”, entendiéndose que la “racionalidad” está referida al procedimiento y lo “justo” a lo sustantivo. El miembro de la Comisión Redactora de la Constitución de 1980, don Enrique Evans de la Cuadra, en una de las sesiones en las cuales fue sometida a discusión la posibilidad de que en el texto constitucional se enumeraran las garantías mínimas del debido proceso, expuso que dicha enumeración podía ocasionar un par de dificultades, ya que señala que es muy difícil expresar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, ya que según él dependerán de la naturaleza del procedimiento, del contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y del régimen de recursos. Y además porque si se establecen en la Constitución algunos requisitos que debe tener todo procedimiento, puede pasar que se dejen las puertas abiertas para que en el futuro se sostenga que se encuentran al mismo nivel que esta garantía, la omisión de otros elementos que pueden ser muy valiosos⁷.

En cuanto a lo dicho precedentemente, es posible concluir que el tratamiento dado a los elementos del debido proceso, responde a la decisión de no limitarlo y respetar su histórico carácter dinámico. No obstante lo anterior, consta en las actas de discusión que la Comisión estuvo conteste en que las garantías mínimas de un racional y justo proceso que se debían considerar eran las siguientes: a.- Que se deduzca y notifique la acción de las partes, otorgando a la parte contraria el plazo para preparar su defensa y responderla adecuadamente; b.- Que exista real e igual oportunidad, entre las partes, de producción y refutación de pruebas, sin perjuicio de las evidencias que la autoridad competente obtenga de oficio; y c.- Que se dicte la sentencia con respeto a la Constitución y a las leyes, en procesos de doble instancia como regla general, de manera que la única instancia, o sin revisión de tribunal superior, sea nada más que excepcional⁸.

Además, la Comisión estimó que a la Corte Suprema es a la que le corresponde, cuando se plantee un recurso de inaplicabilidad, determinar si en la ley impugnada se ha cumplido

⁶ CAROCCA PÉREZ, Alex, cit. (n. 5).

⁷ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago, 2004).

⁸ CEA EGAÑA, José Luis, cit. (n. 7).

con esa exigencia constitucional⁹, sin embargo es dable señalar en este punto que con ocasión de la Reforma Constitucional del año 2005, realizada mediante la ley 20.050, de fecha 26 de agosto de ese año, actualmente es al Tribunal Constitucional al que le corresponde dicha labor y no a la Corte Suprema.

Ahora bien, el profesor don Raúl Tavorari Oliveros¹⁰ señala que la garantía del debido proceso en la Constitución de la República de Chile de 1980, es mucho más amplia que en otros ordenamientos jurídicos, ya que “en el sistema chileno aparece establecida como una exigencia genérica en el comportamiento judicial que sin dudas, también cubre los debates judiciales en los que tales valores aparezcan comprometidos ...”, a juicio de este autor más allá de la “...defensa de valores tan relevantes como la vida, la libertad, la honra o la propiedad...”.

III. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

1. Antecedente previo: La reforma constitucional de 1989. Antes de referirnos a los tratados internacionales sobre la materia, es menester hacer una somera referencia a un hecho relevante para la aplicación de estas normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno de Chile, como lo fue que en 1989 se verificó un importante avance, que permitió incorporar a nuestro sistema de protección de los derechos humanos las normas de los tratados internacionales sobre los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, gracias a la aprobación de la reforma constitucional plebiscitada ese año. Esta reforma permitió dar vigencia en Chile a dichos tratados y principios internacionales, y poder dar el inicio a la adecuación de todo el ordenamiento jurídico chileno, a fin de dar cumplimiento real a los tratados a los que sobre la materia ha adherido nuestro país, y en lo particular aquellos que dicen relación con las garantías fundamentales del individuo, y en este caso del principio del debido proceso.

Esta Reforma Constitucional fue introducida por el artículo único de la Ley N° 18.825, de fecha 17 de agosto de 1989 y que vino a modificar el existente artículo 5, inciso segundo de la Constitución de 1980. Sobre ella es destacable reproducir lo siguiente, expresado por la Comisión redactora: La Comisión Técnica de Reforma Constitucional propone sustituir el inciso segundo del artículo 5, por el siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que emanan de la persona. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometen a Chile”. Ahora bien, el segundo informe de esta Comisión Técnica insiste en agregar al inciso 2 de esta disposición, la siguiente oración: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometen a Chile”, sin embargo, en definitiva el proyecto que fue sometido a plebiscito, agregó al artículo 5, la siguiente oración final a su inciso segundo: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹¹”.

⁹ Sesión número 103, pp. 16 y 17.

¹⁰ TAVORARI OLIVEROS, Raúl, *Los sujetos*, en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

¹¹ BLANC RENARD, Neville (*et al.*), *La Constitución Chilena*. Valparaíso: Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso.

Esta reforma constitucional es la que ha permitido la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de las normas internacionales relativas a derechos fundamentales, pero este inciso segundo del artículo 5, no ha estado exento de problemas de interpretación, principalmente en lo referente a la jerarquía de las normas sobre derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, es decir, si las normas sobre tales derechos contenidas en los tratados se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con rango de norma fundamental; o si la reforma se aplica solo a los derechos humanos consagrados en tratados que entren en vigencia con posterioridad a la vigencia de la enmienda; o si la expresión “vigentes” requiere que los tratados a los que se refiere deben estar vigentes de conformidad al derecho internacional, de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, o de acuerdo a ambos. Estos cuestionamientos han tenido múltiples respuestas por parte de la doctrina nacional, sin embargo, la extensión de este trabajo no nos permite desarrollarlo en esta oportunidad, resultando interesante para un desarrollo posterior. Los Tratados: *La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.*

2. *Condiciones mínimas relativas al debido proceso penal conforme a las normas internacionales. Contenido y concepto.* En un intento por determinar la extensión del principio del debido proceso en materia penal, los autores han elaborado una serie de ensayos relativos a cuál es el contenido mínimo de este. Siguiendo al profesor Carlos Enrique Edwards¹², en esta etapa podemos decir que el debido proceso conforme a su tratamiento en los tratados internacionales puede sistematizarse en la existencia de los siguientes derechos o garantías: al juez natural, el derecho a ser oído, el derecho a una duración razonable del proceso, derecho a la publicidad del proceso y la prohibición del doble juzgamiento.

2.1. *Juez natural: Tribunal competente, imparcial, independiente y establecido con anterioridad.* Siguiendo al profesor Osvaldo Alfredo Gozaini, se identifica al juez natural, como “aquel que tiene jurisdicción para entender en un hecho concreto y que solo por circunstancias excepcionales puede delegar o transferir esa capacidad de actuar¹³”.

Se trata además, de que no puede existir un justo o debido proceso si en primer término no existe un tribunal competente que haya de conocer del asunto, a la vez que este se desempeñe con total imparcialidad e independencia. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que aquella persona que se encuentre sometida a un juicio determinado, debe ser beneficiaria de esta garantía¹⁴, que nuestro juicio es multifactorial.

¹² EDWARDS, Carlos E. 1996. “Garantías en el proceso penal”, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea, 87-99.

¹³ GOZAINI, Osvaldo A. 2004. *El Debido Proceso*, primera edición. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Tribunal Constitucional*”. Sentencia de fecha 31 de enero de 2001.

En primer término en cuanto a la competencia que ha de tener el tribunal, la CIDH se pronunció en la sentencia de fecha 16 de agosto de 2000, en el caso “Durand y Ugarte”, señalando que “En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”; señalando además, que en el caso en análisis, los militares encausados hicieron uso desproporcionado de la fuerza, lo que habría excedido su “función”, por lo que esos actos no podían ser considerados delitos militares, sino que solo delitos comunes.

Complementando lo dicho, la CIDH, en el caso “Castillo Petruzzi”, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 1999, a raíz del uso de los denominados “jueces sin rostro” en Perú, señala que esta circunstancia –si bien se ha entendido como un mecanismo de protección para los magistrados– ocasionan para los encausados la imposibilidad de conocer la identidad del juzgador, y con ello la dificultad para poder ejercer los derechos que le asisten en relación a la competencia de ellos, como por ejemplo causales de implicancia o recusación.

En segundo lugar, en cuanto a la independencia e imparcialidad de los tribunales, estos conceptos también han sido objeto de diversos pronunciamientos de la CIDH. Así por ejemplo, en la ya citada sentencia del caso “Tribunal Constitucional”, señala que “uno de los objetivos principales de la separación de poderes públicos, es la independencia de los jueces”, lo que acentúa la Corte en el también ya citado caso “Castillo Petruzzi”, observando en su sentencia, la eventual falta de independencia de los jueces militares constituidos en ese caso, atendido a que eran designados por un Ministro de Estado, mezclando en consecuencia a dos poderes del Estado, restando independencia a los primeros.

En este mismo caso, en cuanto a la garantía de imparcialidad, la Corte señala que siendo las fuerzas armadas las encargadas de luchar contra los grupos subversivos, resulta a la vez un obstáculo que sean los tribunales militares quienes además los juzguen.

Finalmente, en cuanto a que este tribunal se encuentre establecido con anterioridad a la ocurrencia del hecho que se juzga, esto es, lo que se ha entendido por el juez natural, se ha pronunciado la misma Corte, señalando que “el Estado, al crear salas y juzgados transitorios... y designar jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos... no garantizó el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos con anterioridad por la ley..., esos juzgadores no alcanzaron los estándares de competencia, imparcialidad e independencia requeridos... por la convención¹⁵”.

2.2. *El derecho a una duración razonable del proceso.* Conforme lo indica el Profesor Osvaldo Alfredo Gozaini, este concepto es asociado con la existencia de un proceso rápido, sencillo y eficaz¹⁶. Sin embargo, la interpretación acerca de ¿Qué es lo que se puede entender por duración o plazo razonable?, no tiene una respuesta única, o más bien para atribuir esta cualidad a un proceso en concreto habrá que estar a sus circunstancias peculiares, esto es, la naturaleza del conflicto, la complejidad del mismo, las herramientas probatorias, etc.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Ivcher”. Sentencia de fecha 6 de febrero de 2001.

¹⁶ GOZAINI, Osvaldo A. 2004. “El plazo razonable”, en *Debido Proceso*, Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 499-503.

Sin embargo, puede dar luces al respecto lo dicho por la CIDH, la cual expresa que el artículo 8 de la CADH, tiene por objeto impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente, la Corte ha señalado que el proceso finaliza con la sentencia definitiva y ejecutoriada con lo que se agota la jurisdicción, lo que en materia penal comprende todo el procedimiento, incluyendo los recursos que tuviesen lugar¹⁷.

Conforme lo señala el autor Daniel Maljar¹⁸, a fin de dilucidar el contenido del concepto de plazo razonable, es posible recurrir a lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 6 de la Convención Europea, el cual contiene semejanzas con el artículo 8 de la Convención Americana, expresando que se han de considerar a lo menos tres circunstancias fácticas en cada caso en concreto para determinar lo razonable del plazo, siendo básicamente la dificultad del asunto controvertido, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

En consecuencia, es posible afirmar que la CIDH, no ha señalado en términos particulares cuál es plazo razonable en términos de tiempo, sino que se ha limitado a proponer los criterios conforme a los cuales en cada caso en particular se podrá sostener o no que un plazo lo ha sido.

En el caso de Chile, y en relación a este tema, el artículo 247 del Código Procesal Penal, establece que el plazo legal para el cierre de la investigación del Ministerio Público es de dos años, al cabo del cual este debe acusar, no perseverar o bien se prodrá ordenar el sobreseimiento definitivo por parte del tribunal. Sin embargo, el juez de garantía podrá siempre a petición de parte, disponer de un plazo inferior, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular.

2.3. El derecho a ser oído o derecho a la defensa. El autor Carlos Enrique Edwards define a este derecho “como la facultad que tiene todo imputado, y dicho más ampliamente todo justiciable, a ser escuchado por el órgano competente, que en principio es la autoridad judicial, pero excepcionalmente puede serlo la policial durante la faz de prevención¹⁹”.

Como lo señala Osvaldo Alfredo Gozaini²⁰, este derecho puede verse afectado por restricciones normativas, “el derecho a ser oído queda sin efecto... no pudiendo recurrir a un juez de derecho que pudiese apreciar la legalidad o ilegalidad de las detenciones...”, así como también sufre la misma afectación cuando no es posible contar con la defensa letrada. Este autor señala que ha sido opinión de la CIDH, que el inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y si no lo hiciera goza del derecho irrenunciable a que el Estado se lo proporcione, conforme a las normas internas de cada uno²¹.

Siendo un derecho garantizado por la CIDH, no puede ser afectado por la legislación interna de un país contratante.

¹⁷ MALJAR, Daniel E. 2006. “Garantías judiciales de los derechos humanos según la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana”, en *El proceso penal y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 71-103.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ EDWARDS, Carlos E. 1996. “Garantías en el proceso penal”, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea, 87-99.

²⁰ GOZAINI, Osvaldo A. 2004. “El acceso a la justicia y el derecho a ser oído”, en *Debido Proceso*, Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 141-165.

²¹ GOZAINI, Osvaldo A, cit. (n.20).

Ahora bien, mediante Resolución de fecha 31 de enero de 2001, en el caso denominado “Aguirre Roca y otros con Perú”, L.L. 2001-C-879, la CIDH, sostuvo que el derecho de toda persona de ser oído por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, refiere a cualquier autoridad pública de los Estados partes que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, la que debe adecuar sus decisiones a la garantía del debido proceso legal²².

En la sentencia de la CIDH, en el ya citado caso “Castillo Petruzzi”, el voto de Cançado Trindade, contiene algunas importantes consideraciones dignas de ser citadas, como por ejemplo que “En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el derecho de petición individual se ha constituido en un medio eficaz de enfrentar casos no solo individuales sino también de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos²³.”

Según lo señala Mary Beloff y Martín Perel²⁴, “...el defensor completa la capacidad del imputado para estar en juicio penal en razón de que defenderse de una acusación penal requiere un particular entrenamiento en derecho que en principio una persona común no tiene...”.

La doctrina y jurisprudencia desarrollada en relación a esta garantía, ha servido para identificar lo que sería el contenido de ella, como lo sería el derecho a conocer la acusación, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a disponer del tiempo y los medios necesarios para preparar esta defensa, a si se estima así defenderse personalmente o bien a ser defendido por un abogado ya sea de su confianza o proporcionado por el Estado y de manera gratuita si no cuenta con los medios para solventarlo, a comunicarse libre y privadamente con su defensor, a presentar y controvertir las pruebas, entre otros²⁵.

En este tema, el Código Procesal Penal chileno, contiene una serie de normas posibles de citar como lo es por ejemplo, el artículo 8, que reconoce el derecho del imputado a contar con la asesoría de un abogado; o el artículo 9 en cuanto a la autorización judicial previa que se requiere para afectar derechos que se encuentran garantizados por la Constitución; a acudir conforme al artículo 10 ante el Juez de Garantía (también denominado de control en otros países) a fin de que este se pronuncie ante eventuales restricciones en el ejercicio de las garantías que la Constitución y las leyes le franquea.

Asimismo, encontramos los derechos y garantías concedidos a los imputados en los artículos 93 al 107 del Código, como por ejemplo, que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, o el derecho a designar libremente defensor.

2.4. Derecho a la publicidad del proceso. Como lo señala Edwards²⁶, “...con el juicio penal público se asegura la transparencia de las decisiones judiciales ya que quedan sometidas a un verdadero control popular...” y “asegura la defensa en su sentido más amplio, al permitir a otros, que no sean los involucrados en el proceso, acceso a su desarrollo y, a la vez, da al

²² GOZAINI, Osvaldo A, cit. (n. 20 y 21).

²³ GOZAINI, Osvaldo A, cit. (n. 22).

²⁴ PLAZAS, Florencia G. (et al.). 2006. “Los derechos y garantías del imputado”, 1ª edición, en *Garantías constitucionales en la investigación Penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 197.

²⁵ CAROCCA PÉREZ, Alex. 2002. “La defensa como garantía constitucional constitutiva del debido proceso”, 1ª edición, en *La defensa penal pública*, Santiago de Chile: 54-61.

²⁶ EDWARDS, Carlos E. 1996. “Garantías en el proceso penal”, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea, 87-99.

proceso y a su defensor, la oportunidad de transmitir los alegatos directamente a los jueces, lo que resulta así en la necesaria intermediación con las pruebas²⁷.

La CIDH, al pronunciarse en el caso “Castillo Petruzzi”, sentencia de fecha 30 de mayo de 1999, señaló que “...los procesos militares de civiles, supuestamente incursos en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro” y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal... Se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público... En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma²⁸”.

Evidentemente, este principio que tienen una aplicación general en el proceso penal, cede ante la existencia de bienes jurídicos superiores, como lo es por ejemplo el derecho a la honra de las partes involucradas en el proceso, o cuando se trata de velar por los intereses o fines de la investigación y del proceso penal en general.

Finalmente, existe una opinión mayoritaria en la doctrina en cuanto a que la forma en la cual esta garantía ha de manifestarse realmente es junto a la oralidad del proceso.

A nivel del sistema procesal penal chileno, estos principios son recogidos en los artículos 1 y 2 del Código del ramo.

2.5. Prohibición del doble juzgamiento. Lo primero, es decir, que conforme a este principio nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho. En la enseñanza tradicional del derecho procesal, se ha señalado que para los efectos de hacer aplicable este principio, se requiere de una triple identidad, esto es, que ha de tratarse de la misma persona enjuiciada, identidad del objeto de pedir, e identidad en la causa de persecución.

Esta garantía encuentra como fundamentos la estabilidad, la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Para estos efectos resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Suprema de Estados Unidos, al expresar que “la estabilidad de las resoluciones judiciales en materia penal tiene por objeto... evitar una permanente amenaza de las libertades individuales en la evidencia de que la sociedad en definitiva sufrirá menos ante la injusticia de que un verdadero culpable no pueda ser perseguido después de un sobreseimiento o sentencia absolutoria que frente a la posibilidad de ilimitadas amenazas a su libertad²⁹”.

Este principio ha sido reconocido por la CIDH, en diversos fallos, como por ejemplo en el denominado caso “Loayza Tamayo”, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997.

3. Relevancia del principio del debido proceso en el proceso penal.

“El debido proceso es un fundamento esencial del derecho procesal penal moderno, pero es igualmente una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos³⁰. Esto ocurre porque los principios que informan el debido proceso son garantías no solo para el

²⁷ EDWARDS, Carlos E., cit. (n. 26).

²⁸ MALJAR, Daniel E. 2006. “Garantías judiciales de los derechos humanos según la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana”, en *El proceso penal y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 92 y 93.

²⁹ MALJAR, Daniel E. 2006. “Garantías constitucionales del proceso penal conforme doctrina y jurisprudencia nacionales”, en *El proceso penal y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 271.

³⁰ En la sentencia de fecha 31 de enero de 2001, de la CIDH, en el denominado caso “Tribunal Constitucional”, se expresa que “El respeto de los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, la cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas... Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.”

funcionamiento judicial, en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales³¹”.

Tal como de diversas formas lo han expresado múltiples autores, el concepto de debido proceso legal o justo o debido proceso, es en el Estado Democrático de Derecho un principio universalmente reconocido y rector, por lo que no existen mayores discusiones respecto de su vigencia e importancia, sin embargo no existe la misma unanimidad al tratar de revelar cuál es el contenido de dicho principio y por ende de las garantías que lo componen.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a este tema, ha señalado que en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos³², se ha consagrado “un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”, siendo el proceso judicial “un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”, el cual potencia esta función con la colaboración que prestan ciertos actos que se reúnen bajo el nombre de debido proceso³³. Sin embargo, existe también consenso en que no se ha de pensar que esos contenidos “mínimos”, son excluyentes o únicos, ya que de acuerdo a cada caso concreto este concepto debe tener la suficiente elasticidad a fin de corresponder al concepto de debido proceso, esto es que los individuos puedan realizar una adecuada defensa.

Para el autor argentino Daniel E. Maljar es necesario para que nos encontremos en presencia de un debido proceso legal, “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal”³⁴.

4. *El Código Procesal Penal Chileno*. Este Código en vigencia actualmente en todo el territorio de la República, fue publicado en el *Diario Oficial* del 12 de octubre de 2000 y comenzó a regir en dos de las trece regiones existentes en ese momento en el país, la de Coquimbo y la de La Araucanía, y luego de manera paulatina en las restantes regiones hasta llegar a su aplicación total en el año 2005.

³¹ THOMPSON, *Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia*, en *Revista de Derecho IIDH*, vol. 10, p. 81, citado en EDWARDS, Carlos E., 1996. *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Editorial Astrea.

³² *Convención Americana de Derechos Humanos*, Artículo 8: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

³³ MALJAR, Daniel E., 2006. “Garantías judiciales de los derechos humanos según la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana”, en *El proceso penal y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 37.

³⁴ MALJAR, Daniel E., cit. (n. 33).

Este código es identificado como uno de corte acusatorio o adversarial, que vino a sustituir el código del año 1906, que consagraba con algunos matices, un sistema de carácter más o menos inquisitivo. Este nuevo código, además de ofrecer una diversificación de las soluciones en materia penal, tales como las denominadas salidas alternativas, esto es, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, contemplan de manera expresa una serie de principios que es posible vincular con la Constitución y particularmente algunas de las garantías del debido proceso, de esta forma es posible mencionar lo siguiente:

a. La garantía del tribunal natural, competente, imparcial independiente y establecido con anterioridad. En cuanto a ellas, el artículo 1 del Código Procesal Penal chileno, dispone que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial” que además será dictado luego de ser sometida a un juicio previo, oral y público, norma con la cual se recepciona lo dispuesto en diversos tratados internacionales.

Por su parte el artículo 2 del mismo Código, complementa esta garantía del Juez Natural... señalando que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

b. La prohibición del doble juzgamiento. Esta garantía se encuentra incorporada en términos procesales también en el artículo 1 inciso segundo del citado Código, que al efecto dispone que “La persona condenada, absuelta o sobreeséida definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

c. Presunción de inocencia del imputado. A este respecto el artículo 4 del código señala que “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

d. Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. El artículo 5 dispone que “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

e. Calidad de imputado (derechos que emanan de ella). Según el artículo 7, “Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.

f. Ámbito de la defensa. Por su parte, el artículo 8 del Código, prescribe que “El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra... y ...a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código. Agregando el artículo 9 que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del

ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

g. Cautela de garantías. Finalmente, el Código Procesal Penal en su artículo 10, contempla el mecanismo de “Cautela de garantías”, el cual en cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio y si dichas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez podrá ordenar la suspensión del procedimiento...”.

DERECHO DE DAÑOS

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL

HANS MUNDACA ASSMUSSEN*
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente artículo busca entregar una visión panorámica del estado actual de la determinación del daño material en nuestro medio, en tal sentido se aborda la cuestión desde la óptica de los sistemas normativos latinoamericanos que abordan la cuestión, las fuentes del daño emergente y lucro cesante, y en este último caso los mecanismos que permiten su apreciación y los problemas que ellos presentan, así como los factores que se deben considerar y aquellos de los que se debe prescindir, finaliza el trabajo considerando las variaciones que experimenta el daño material, efectuando una mirada a la posibilidad de considerar el daño a la persona como una categoría independiente del daño material.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos particularmente más relevantes que posee el estudio del sistema de responsabilidad civil se encuentra, qué duda cabe, en la determinación del daño material. Ello porque precisamente se preocupa de determinar el contenido de aquello que ha resultado dañado, como también precisa la forma en que se ha de proceder a dicha reparación. Ello explica que se trate de uno de los capítulos más largos y complejos en su evolución doctrinaria y jurisprudencial, como también que a partir de dicha noción se hayan desgajado otros rubros que hoy compartan un sitio preferente para los juristas, como acontece con el daño moral y el daño en la persona.

Otra razón para estimar este acápite de la responsabilidad extracontractual como necesariamente vital se encuentra en el hecho que es precisamente en este ámbito donde se determina aquello que se va a reparar, es mucho más concreto, tangible y es que representa lo que la persona va a recibir. De esta manera la determinación del daño material es uno de los factores que, dentro de la responsabilidad por daños, ha coadyuvado de manera más clara al desarrollo de una conciencia resarcitoria. Lo anterior le ha exigido desarrollar un contorno diferente, más amplio y comprensivo que aquel que poseía al tiempo de la Codificación de Bello.

No obstante lo anterior, por la historia propia de la determinación del daño material se esperaría que hubieran capítulos esenciales dentro de ella que estuvieran superados, y según veremos en este trabajo ello no ha sido así debiendo ser la jurisprudencia la que asuma la tarea

* Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho en la Universidad Arturo Prat, Iquique. Doctorando en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hmundaca@unap.cl

de determinar ámbitos sensibles dentro de él, la que tampoco parece haber encontrado el norte. Pero ese escenario no es privativo de Chile, y es replicable en varios países latinoamericanos y aun Europeos que han ejercido, quiérase o no, influencia en nuestro medio, algunas veces según veremos de manera no tan justificada.

En conjunto con lo que se viene diciendo, si la función del sistema de responsabilidad que se pretende debe ser garantista de los derechos de las personas, ello implica que los problemas asociados a la determinación del daño material deben ser superados, y ello justifica esta reflexión.

El tema que se pretende abordar no es ni con mucho sencillo de apreciar en su totalidad, por ello no es posible estimar que a través de la exposición que sigue se puedan entender todos los aspectos asociados a la determinación del daño material, pero sí es nuestra intención que al menos se consideren los aspectos esenciales de la cuestión.

Dicho lo anterior, ese trabajo pretende analizar los fundamentos y determinación del daño material, partiendo por el fundamento normativo del daño material para llegar a la reajustabilidad del capital mismo, pasando por los medios de determinación del daño emergente y la discusión acerca de si los daños a la persona constituyen una categoría distinta del daño material y moral.

2. LA IDENTIDAD DEL DAÑO MATERIAL Y SU TRATAMIENTO EN LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS

La idea del daño patrimonial implica reconocer que aquello que se ha afectado tiene un valor de mercado. Así se hablará de pérdida de valor, de gastos, etcétera (los que genéricamente se conocen como daño emergente). O bien estaremos frente a la pérdida de ventajas económicas (lo que se conoce como lucro cesante) Esta reparación se conoce como indemnización, y como tal ella es: “la prestación destinada a restablecer el estado o situación del perjudicado y a borrar los efectos contrario a Derecho del agente”. De esta manera es posible decir que el daño emergente es la pérdida o disminución de valores económicos positivamente existentes, y por lo tanto se manifiesta como un empobrecimiento del patrimonio, mientras que el lucro cesante implica la frustración de ganancias o ventajas económicas, o sea la privación de un enriquecimiento patrimonial.

Como se observa se encuentra envuelta la idea de patrimonio, lo que en lo económico, es la totalidad de bienes económicamente valorables que se encuentran dentro del poder de disposición de una persona a decir de Fueyo Laneri¹. Según este autor las categorías de bienes que reúnen esta condición son: a) Las cosas del mundo exterior que tienen calidad jurídica de bienes, los respectivos derechos y acciones reales que garantizan su disfrute, y los derechos personales y acciones correspondientes; b) Los bienes personalísimos consistentes en aptitudes, atributos o propiedades, inherentes al sujeto, la fuerza corporal, la destreza, el talento, el conocimiento científico o técnico, la experiencia, el adiestramiento, la actividad personal, etc.; y c) Ciertas entidades de hecho que importan relaciones de otras personas o cosas con el sujeto. Tales serían la clientela, la marca comercial, el derecho de llaves, la buena imagen comercial, los valores morales, la instalación de un negocio en un lugar dado que permite determinados beneficios previstos.

¹ Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones* (tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004) p. 363.

Fueyo se hace cargo del hecho que algunos estimen solo como bienes económicos los del primer grupo. Al efecto, citando un trabajo español aparecido en el año 1933 que se pronuncia a favor del “interés sistemático de la ciencia económica” de incluir entre los bienes económicos: “los derechos personalísimos” y las “relaciones entre los bienes económicos”

La distinción precedente no es propia ni exclusiva de nuestro medio. Antes bien ella es posible verla dentro de los sistemas de reparación que América Latina se ha dado. Así es posible observar la existencia de dos grandes sistemas en la determinación del daño. Por una parte, y como regla general un sistema bipartito que contempla la reparación del daño material (daño emergente y lucro cesante) como expresión del daño patrimonial (así la generalidad de países, incluido Chile). En el otro extremo, y como excepción, países en los que se reconoce un sistema tripartito de reparación del daño, como son los casos de Perú y México, en los cuales se establece la reparación del daño material o patrimonial (lucro cesante y daño emergente). Una segunda categoría que comprende el daño moral y una tercera categoría que abarca el daño en la persona². En estos últimos países la distinción se observa a partir de la influencia del Código Civil italiano, influencia de la que ciertamente carecemos.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO DEL DAÑO MATERIAL EN CHILE

El legislador chileno se caracterizó en esta materia por dos cuestiones:

- a) No estableció reglas especiales al tratar la responsabilidad extracontractual y,
- b) Por lo mismo no definió los ámbitos que debía abarcar el daño material.

No obstante las expresiones usadas por los artículos 2314 y siguientes del Código que hacen alusión a la integridad de la reparación se carece de una norma como la del artículo 1556 el cual se haya sistemáticamente ubicado dentro de la regulación de la responsabilidad contractual, y el cual distingue como rubros a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante. La pertinencia del texto de la norma en comento como la ausencia de una regulación llevó a la doctrina y jurisprudencia a aplicar dicho precepto a la sede extracontractual, según veremos a continuación.

3.1. Aplicabilidad del artículo 1556 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual. Según dijéramos, el artículo 1556 del Código Civil se encuentra ubicado en el contexto de la responsabilidad contractual. Ello no ha sido obstáculo para que se reconozca desde temprano que resulta aplicable a la sede extracontractual. Así la Jurisprudencia ha resuelto que: “dada la generalidad de los términos en que está concebido el artículo 1556, puede regir no solo las obligaciones derivadas de los contratos, sino también las que nacen de un delito o cuasidelito”³. Otro fallo comentado por Diez Schwerter señala que: “aunque no existen en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil una regla semejante a la contenida en el artículo 1556 de su texto, sobre ser indemnizables tanto el daño emergente como el lucro cesante, razonando *a pari* se debe convenir que ningún inconveniente se divisa para que aquel principio –no el precepto que lo contiene– tenga también aplicación en el ámbito extracontractual, de manera que la indemnización de los daños materiales extracontractuales comprenda los perjuicios emergentes y los provenientes del lucro cesante”⁴.

² Cfr. DIEZ SCHWERTER, José Luis, *La resarcibilidad del daño no patrimoniales en América Latina*, en *Revista Anales Derecho UC; Temas de responsabilidad Civil* N° 1, agosto de 2006, pp. 50 y ss.

³ CS. 19.6.1928, Rev., T 26, sec.1ª, p. 234.

⁴ DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1998), p.165.

En esta línea otro fallo expresó que el artículo 1556 “se limita a sentar un principio de carácter general que obliga a decidir que de no indemnizarse ambos tipos de perjuicios, la reparación sería incompleta”⁵.

Al efecto, Barros Bourie, señala que actualmente el criterio de aplicabilidad del artículo 1556 del Código a materia extracontractual es tan uniforme y aceptado que “esa disposición ya no es objeto de justificación en la jurisprudencia”⁶. Con ello se puede decir que ello forma parte de la idea de ciencia normal.

Históricamente la distinción entre daño emergente y lucro cesante se encontraría en un párrafo del Digesto, de donde pasa al Derecho medieval, afectando a Pothier y por ende a la redacción del artículo 1149 del Código Francés, y desde ese Código a nuestro sistema vigente.

3.2. Los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Determinada la aplicabilidad del daño emergente y el lucro cesante a sede extracontractual cabe ahora determinar el contenido de cada uno de esos vocablos, desde que el artículo 1556 guarde silencio sobre ello.

Para Abeliuk la distinción entre ambos deriva de “que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor y el lucro cesante, la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”⁷. En sentido similar al anterior Fueyo señala que: “es la pérdida efectiva que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento en alguna de sus formas”, y el lucro cesante “comprende lo que el acreedor deja de ganar con motivo de la infracción del contrato”⁸. Orlando Tapia entiende por daño emergente: “la pérdida efectiva experimentada por la víctima de un delito o cuasidelito a consecuencia de este”. Fabián Elorriaga entiende por daño emergente: “la disminución patrimonial experimentada por la víctima a consecuencia del siniestro”, y por lucro cesante: “la ganancia o utilidad dejada de obtener como resultado del suceso dañoso”⁹.

La jurisprudencia nacional ha seguido la misma senda y ha entendido que el daño emergente es: “el empobrecimiento, pérdida o disminución real y efectiva experimentada por el patrimonio de la víctima de un delito o cuasidelito civil, a consecuencia de este”¹⁰. Abeliuk cita otro fallo: “Daño emergente es la privación que sufre el acreedor al no incorporar a su patrimonio el objeto de la obligación”¹¹. En idéntico sentido Fueyo señala un empobrecimiento efectivo de la persona a quien se indemniza, expresión tomada de otro fallo¹².

⁵ CS. 26 de noviembre de 1970. Rev., t. 67, sec. 1ª, p. 535. En idéntico sentido C.S. 27 de Junio de 1961. Rev., t. 59, sec. 1ª, p. 469.

⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2006) p. 257.

⁷ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1993) p. 733.

⁸ FUEYO LANERI, cit. (n.1), p. 453.

⁹ ELORRIAGA DE BONIS, *El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas*, en *Anales Derecho UC, Temas de Responsabilidad Civil*, 1 (Santiago, 2006), pp. 231-256. la cita en p. 232.

¹⁰ En tal sentido C. S. 19 de marzo de 1955. Rev., t. 52, sec.1ª, p. 444 (considerando 130) C. S. 26 de noviembre de 1970. Rev., t. .67, sec. 1ª, p. 535; C. S. 2 de marzo de 1977 F del M N 220, p. 25. C. Santiago 7 de diciembre de 1984, Rev. T. 81, sec. 4ª, p. 266. Corte de Chillán 5 de octubre de 1970. Rev. T. 67 sec. 2ª, p. 85. Corte de Concepción 19 de agosto de 1965, Revista de Derecho, U. Concepción N° 136, p. 85, cons. 55 citando a Tapia Suárez. Fueyo cita fallo de Talca de 10 de junio de 1933, Gaceta, 1º semestre, N° 82, p. 324.

¹¹ G. T. 1933 1º sem., N° 82, p. 334.

¹² RDJ, t. 50, sec. 1ª, p. 21.

Se ha fallado que el lucro cesante es la privación de las ganancias que podría obtener el acreedor de la prestación una vez incorporada esta a su patrimonio, mediante el cumplimiento efectivo de la obligación¹³.

De todas las definiciones anteriores es posible observar que lo común entre ellas es que tanto el daño emergente como el lucro cesante son apreciados en términos del patrimonio de quien sufre el daño. Así el daño emergente implica una disminución del activo real del afectado, y un consecuente aumento de su pasivo.

En este punto resulta interesante reconocer que tanto el daño emergente como el lucro cesante no son conceptos contrapuestos. En efecto, ambas nociones dan cuenta de la existencia de un daño actual y la diferencia que existe entre ambos tiene que ver más bien con la proyección de esos mismos daños en el tiempo¹⁴.

3.3. *Determinación del daño: en abstracto o en concreto.* Básicamente en esta materia se han desarrollado dos posiciones. Para algunos la determinación del daño se debe efectuar en abstracto, de esta forma el daño resulta ser una comparación del valor del patrimonio antes y después del hecho dañoso, se trata de un valor contable y no de bienes individuales, esta corriente se desarrolla en Alemania durante el S. XIX¹⁵ (Barros Bourie). La segunda postura supone establecer factores individuales de daño, cada uno de los cuales debe ser considerado y justificado de acuerdo a su propio mérito, acá el daño se individualiza.

Según Barros Bourie, la primera tesis obstaculiza el principio de reparación integral al ver la cuestión solo desde parámetros abstractos. En cambio la segunda de las tesis es la generalizada y parece ser la que más se aviene con la idea imperante que los daños deben ser probados, lo que conlleva que ellos existan y por tanto sean ciertos, y por regla general deberán ser acreditados en el juicio respectivo por la víctima al menos en cuanto a su existencia, según se verá.

Nos provoca una segunda lectura la determinación en concreto del daño. Ella se refiere a la función de tutela de los derechos de las personas que se pueden encontrar de manera subyacente a ella. En efecto, la idea de la reparación integral del daño supone que se ha de satisfacer todo el daño, no menos que este pero tampoco más que él. En tal sentido, apreciar el daño en abstracto parece obedecer más bien a una perspectiva punitiva de la responsabilidad en cuanto la satisfacción o reparación del hecho dañoso se aísla para anteponer la antijuridicidad de la conducta del agente y de esa forma sancionarla.

No obstante lo dicho es posible observar que de manera excepcional en nuestro medio se da cabida a la mirada en abstracto de la reparación del daño, a saber: a) el artículo 1559 del Código Civil al establecer que el pago de un capital genera intereses. b) el artículo 69 de la Ley de accidentes del Trabajo y en general en los casos de seguros obligatorios y, c)

¹³ G. T. 1933 1^{er} sem. N° 82, p. 334. Destacan los mismos caracteres RDJ , ts. 22, sec. 1^a, pp. 542 y 50, sec. 1^a, p. 21.

¹⁴ Al efecto ELORRIAGA sostiene que: “la circunstancia que el lucro cesante ha venido siendo definido, normalmente, en oposición al daño emergente, en una suerte de antagonismo que no es real, ya que no se trata de conceptos contrapuestos, sino que de perjuicios diferentes, entre los que no existe una confrontación conceptual como parece desprenderse de las opiniones tradicionales en esta materia. Este enfoque camina en contra de la real concepción del lucro cesante, ya que al oponérsele al daño emergente, se le tiende a asociar a un perjuicio que no es real ni efectivo, características que sí estarían presentes en el daño emergente”, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *El Daño Físico y Lucro Cesante*, en AA.VV., *Derecho de Daños*, LexisNexis (Santiago, 2002), p. 55.

¹⁵ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 6), p. 258.

en el lucro cesante siempre existe cierta abstracción y que se refiere al curso futuro de los acontecimientos.

4. FUENTES DEL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

Siguiendo la clasificación de Barros Bourie el daño patrimonial puede provenir del daño causado a las cosas, a las personas y directamente al patrimonio.

La determinación del daño material producido a las cosas puede decirse, corresponde al concepto más puro de daño emergente y lucro cesante, puede estimarse que es la forma más directa y objetiva de determinación del daño.

Así, como observa Barros Bourie el efecto patrimonial inmediato de esta especie de daño es el costo de reposición de la cosa destruida o dañada. En esta línea de argumentación la determinación del daño emergente no presenta grandes problemas desde que se deberá establecer por cualquier medio de prueba que sienta las bases de su existencia.

4.1 Daño emergente. Sobre este punto habrá que distinguir entre el daño emergente producido y el daño emergente futuro. Respecto del daño emergente ya ocurrido, la valoración de la prueba se puede efectuar sobre los gastos en que realmente se haya incurrido o bien a partir de la estimación prudencial de los costos y pérdidas. La jurisprudencia de antiguo lo ha aceptado¹⁶.

La esencia de esta cuestión es que la determinación del daño emergente se realiza sobre la base de criterios de objetividad y por tanto el valor de reparación de las cosas se toma en consideración a su valor intrínseco y no al valor de afección¹⁷.

No obstante lo anterior, y como anota Diez Schwerter existe jurisprudencia que admite la posibilidad de determinar el *quantum* de la indemnización con solo probar la existencia de los daños. Así se ha resuelto que con el mérito de las declaraciones de los testigos “ se encuentra suficientemente acreditado en autos que el automóvil (...) de propiedad del querellante resultó con diferentes daños en su parte trasera, los que se advierten con las fotografías no objetadas agregadas” en el expediente, y su considerando 2º concluye que: “ si bien en autos no se encuentra acreditado el monto al cual ascenderían los perjuicios materiales sufridos por el automóvil de la actora, habiéndose establecido fehacientemente la naturaleza de dichos daños, esta Corte se encuentra en situación de apreciar prudencialmente su valor, el que se estima en una suma ascendente a la fecha del presente fallo a...”¹⁸.

En todo caso más complejo resulta ser la hipótesis del daño emergente futuro, pues la base de cálculo tiene mucho de probabilidad. En tal sentido, y como observa Barros Bourie¹⁹ en estos casos la prueba debe construirse a partir de los antecedentes que se proporcionen al tribunal y que le sirvan para generar una presunción, siendo aplicable en la especie el artículo

¹⁶ C. S. 2.12.1915 y 20.10.1919 RDJ., t. XVIII, sec. 1ª, p. 62. Se trata de una obligación restitutoria de unas acciones que no fue efectuada oportunamente por el Banco encargado de hacerla, a cuya consecuencia el Banco fue condenado a pagar la diferencia entre el valor bursátil de las acciones al momento en que esa restitución debió ser efectuada y el de la restitución efectiva.

¹⁷ Así Corte Suprema 10 de abril de 1961. Rev., t. 58, sec. 4ª, p. 58 y 4 de enero de 1971. Rev. t. 68 sec.1ª, p. 1.

¹⁸ C. S. 23 de mayo de 1977. Rev. t. 74, sec. 1ª, p. 281 y F. M. N° 222, p. 108 C. S. 21 de enero de 1988. Rev., t. 85, sec. 4ª, p. 1 y C. de Santiago, 8 de noviembre de 1994. Gaceta Jurídica 173, p. 138. Sentencias citadas por Diez Schwerter, cit. (n.1) p.

¹⁹ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n 6) p. 262.

1698, y por ende es el demandante quien deberá probar los hechos que sirven de base a la presunción.

Lo anterior parece ser una solución equitativa que cautela adecuadamente la posición de la víctima pues si bien debe probar el estándar no es excesivamente elevado, y su actividad probatoria deberá ser circunscrita al establecimiento de los hechos indicadores y no a una acabada presentación, con ello se atempera la regla del citado artículo.

4.2. *Determinación del lucro cesante.* Expresamos más arriba que el lucro cesante siempre tiene un factor de contingencia al basarse en la idea que el actor habría percibido determinadas ganancias de las cuales se le priva como consecuencia des hecho del demandado. Lo anterior supone, pues, asumir una forma de determinación más bien abstracta.

De esta forma, la determinación del lucro cesante debe recurrir a criterios típicos, en contraposición criterios objetivos y que alude a los ingresos netos que una persona razonablemente espera percibir. Se trata de determinar el curso normal de los acontecimientos. Acá nos encontramos ante un elemento compuesto de cuestiones objetivas y subjetivas y que ha hecho difícil su determinación.

Por otro lado, y aparte de la existencia del curso normal de los acontecimientos existe un criterio de probabilidad de la producción del beneficio por parte de la víctima como también de su monto. Barros Bourie observa que en el Derecho comparado existe una tendencia a aceptar la probabilidad como factor de determinación del lucro cesante citando a Francia e Italia. En Inglaterra fuera de un antiguo precedente no existe evidencia, y en Alemania es rechazado por la posibilidad de construir juicios temerarios carentes de la adecuada causalidad²⁰.

En nuestro medio la jurisprudencia ha presentado dos características ser a la vez exigente y vacilante. Exigente desde el momento que establece requisitos muy altos para la determinación del lucro cesante, y vacilante desde que ha tendido a compensar el alto estándar probatorio con el daño moral.

En otro fallo la Corte de Santiago expresó: que no puede determinarse el lucro cesante pues no es posible determinar con certeza el número de años que habría vivido la occisa, lo que es necesario para efectuar el cálculo multiplicando lo que ella percibía por una cantidad de años²¹. Así también se ha fallado que “no existe evidencia en vincular a la parte demandada como empleadora del nombrado (...) Durante toda su vida laboral, por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del accidente, hubiere necesariamente de perdurar de por vida²².”

Otro fallo ha señalado que: “los daños propiamente patrimoniales deben ser acreditados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto, situación dentro de la cual se encontraría en autos la indemnización que el actor caracteriza como lucro cesante y que evalúan como un eventual menor ingreso que soportará la familia ante la pérdida del jefe de hogar; pero es del caso que ello es insuficiente, a juicio de esta Corte, para determinar con precisión dicho daño, ya que no basta la simple estimación de la posible vida laboral de la víctima para inferir de ello lo que su familia habría dejado de percibir con motivo de su muerte, toda vez que existen eventualidades, como enfermedades, el despido, el término de

²⁰ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 6) p. 263.

²¹ F. del M. 473 p. 324. Fallo confirmado por la Corte Suprema.

²² C. Santiago 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por la Corte Suprema también en Fallos del Mes 503, p. 3659.

labores para que fue contratado, que por el solo hecho de ocurrir echarían por tierra todos los cálculos efectuados con anterioridad sin mayor acopio de antecedentes”²³

La compensación no literalizada o sincerada, pero sí aplicada nos lleva a estimar que la jurisprudencia ha utilizado el daño moral como moneda de cambio ante la negativa de acoger las acciones que contienen una pretensión de lucro cesante, estableciendo altas sumas indemnizatorias por daño moral, para lo que se aprecia como normalidad en el medio. En prueba de lo anterior podemos citar: Corte de Concepción, rechaza el lucro cesante, pero entrega una suma global por concepto de daño moral²⁴, tal como apreciamos en los siguientes fallos; la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 2 de noviembre del año 2001²⁵ otorga una indemnización por daño moral de treinta millones de pesos para trabajador totalmente inválido a causa de un accidente. En igual sentido con fecha 17 de abril del año 2002²⁶ otorga cincuenta millones de pesos para dos víctimas de lesiones graves en el accidente de un helicóptero, rechazando el lucro cesante. La Corte de Concepción con fecha 28 de agosto de 2002²⁷, otorga una indemnización por daño moral de treinta y cinco millones de pesos por pérdida de antebrazo rechazando lucro cesante. La Corte de Antofagasta, con fecha 13 de diciembre de 2002²⁸ concede una indemnización de cincuenta millones de pesos por concepto de daño moral para el cónyuge y dos hijos de un trabajador muerto en un accidente laboral, luego de desechar el lucro cesante. Finalmente la Corte de Santiago, con fecha 1 de julio de 2003²⁹ concede indemnización por cincuenta millones de pesos por concepto de daño moral con consideración a que la víctima quedó impedida de trabajar, rechazando, igualmente, el lucro cesante.

Esta posición jurisprudencial puede ser considerada inicialmente inocente y hasta saludable, si considera que de igual forma se indemniza no por un rubro pero si por otro con lo que la compensación podría contribuir a mantener el principio de reparación integral.

Dicho argumento, que de aceptarse solo lo podría ser en lo fáctico, es más aparente que real. En efecto; al rechazarse indemnizar el rubro del lucro cesante, y acoger todo lo demás el demandado, es decir el autor del daño no es completamente vencido, por lo que no se le condenará en costas y por ende el costo de litigar lo deberá asumir la propia víctima, encareciendo el acceso a la justicia, y de alguna forma dejando de lado la finalidad del sistema, esto es la reparación integral.

No obstante lo anterior existen fallos que sí han acogido el lucro cesante³⁰, en particular cabe citar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de abril de 2003 que sostiene: “es indudable que después de ocurrido el hecho, y no obstante los subsidios percibidos por el actor, este vio considerablemente reducido sus ingresos que lograba en período de actividad”³¹.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990.

²⁴ 1999, RDJ. t. XCVI, sec. 4ª.

²⁵ GJ. 257, p. 172.

²⁶ RDJ. t. XCIX, sec. 2ª, 31 también en GJ. 262 p. 81.

²⁷ GJ. N° 266, p. 210.

²⁸ GJ. N° 270, p.183.

²⁹ GJ. N° 277, p. 149.

³⁰ Corte Suprema 28.5.2002, GJ. N° 263 p. 170, también en C. S. 23.5.1977 RDJ. LXXIV, sec. 4ª, 281, Corte de Santiago, 9. 6.1999 RDJ., t XCVI, sec. 2ª, p. 46.

³¹ GJ. N° 274, p. 281.

Un antiguo fallo estimó acreditado el lucro cesante de una madre viuda por la muerte de su hijo estudiante que había sido admitido en la Escuela Militar³², en sentido contrario se ha estimado “improductivo” un egresado de ingeniería próximo a titularse; en otro fallo se ha precisado que la prueba del lucro cesante exige que los ingresos o utilidades sean “probables” y no simplemente “posibles”³³.

Finalmente, existen fallos en que admitiendo el lucro cesante, por daño corporal, a falta de otra prueba, se ha fijado la indemnización en el salario mínimo u otro parámetro semejante, en tal sentido la Corte de San Miguel con fecha 14 de abril de 1988³⁴. Por su parte la Corte de Apelaciones de Punta Arenas lo fija en el seguro de cesantía³⁵ en fallo de 7 de abril de 1993.

En los casos de padecimiento de VIH por uso de sangre o productos hemoderivados contaminados, se ha estimado en España como criterios jurisprudenciales para la determinación de la indemnización, los siguientes: a) muerte; b) tratamiento y efectos secundarios, c) edad del contagiado, d) expectativas laborales, e) circunstancias personales, familiares y sociales³⁶.

5. MECANISMOS DE DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE

Hasta aquí es evidente la complejidad de la determinación del lucro cesante. Por ello, como observa Elorriaga³⁷ se han desarrollado una serie de métodos tendientes a su determinación, a saber: método de cálculo por puntos, método multiplicador o lineal, método del capital rentable, método del capital amortizable o matemático financiero, Método concreto, Método combinados. Los cuales pasamos a revisar a continuación.

5.1. Método de cálculo por puntos. Se asocia el daño a tablas que por un lado cuantifican la extensión del daño atribuyendo puntaje y por la otra a cada puntaje se le asigna un valor, ello debe ser fijado legalmente. Este sistema ha sido adoptado en España en diversas leyes. Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor.

Cabe observar que este sistema fue declarado parcialmente inconstitucional el 29 de junio de 2000 por el Tribunal Constitucional Español³⁸.

³² C. S. 25.10.1904, RDJ., t. II, sec. 1ª, p. 141.

³³ Concepción 28.8.2002, GJ, N° 266, p. 201.

³⁴ RDJ., t. LXXXV, sec. 4ª, 26.

³⁵ Con un comentario favorable de DOMÍNGUEZ, Ramón, *Cfr. Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 192, de 1992, p. 214.

³⁶ SEMBRA, Juan Carlos, *La responsabilidad civil por el uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial*, en *Revista Derecho privado y Constitución* N°, pp. 379-467.

³⁷ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit. (n. 9).

³⁸ Las razones que tuvo el Tribunal Constitucional para resolver así fueron las siguientes: a) Se vulnera el artículo 15 de la Constitución puesto que la limitación vinculante de perjuicios indemnizables y su cuantía resarcitoria implicaba una reducción del nivel de protección de la vida, integridad física, y la salud así se dijo que: “El baremos, se concluye, al constreñir la reparación de daños personales o corporales en la obtención de una indemnización compensatoria sometida a topes máximos previamente establecidos, con independencia de las particulares circunstancias de la víctima, viene a impedir, en ciertos casos, la total reparación del daño personal sufrido, lo que supone una menor protección de sus derechos ex artículo 15 de la Constitución española, que resulta así vulnerado”; b) Afecta el principio de igualdad: “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé un trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vistas legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomados en consideración por prohibirlos la propia Constitución o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlos, incurre en una arbitrariedad y por eso es discriminatoria”; c) Se trata de una restricción injustificada del principio de tutela judicial efectiva y comprometía la independencia judicial: “En tanto la cuantificación legal o tasada de los daños personales impide el ejercicio en plenitud de la función jurisdiccional, al no poder valorar la entidad o extensión cuantitativa, en función de las circunstancias individuales que puedan acreditarse en los correspondientes procesos, en que se ejercita por el dañado la protección

Este mecanismo es propio del análisis económico del Derecho³⁹ y se sustenta en una de las formas de minimizar el riesgo por la actividades y ello va asociado, como efecto bondadoso en su implementación y aplicación, el conocimiento del riesgo y los costos asociados a la precaución y no existen elevados costos de litigación, con lo que la noción de reparación del daño pasa a ser tratada como una política pública, y como tal tiende a dar soluciones “igualitaristas”, obviando precisamente las diferencias que naturalmente se presentan en los casos particulares⁴⁰.

Por su parte, Medina Crespo ha entendido que sistema que contempla la ley de accidentes de circulación no es un sistema de baremos sino que un sistema con baremos, con lo que quiere señalar que la existencia del baremos no es el único mecanismo que se debe tener en cuenta al momento de determinar una indemnización sino que solo será uno de ellos, postura que es compartida por Yzquierdo Tolsada⁴¹.

5.2. *Método del capital rentable.* Supone la determinación de una suma de dinero que colocada a interés en el sistema financiero sea capaz de producir una utilidad equivalente a los ingresos anteriores del lesionado. Este sistema es complejo pues los intereses que se generan en un momento van a generar enriquecimiento de la víctima. El capital es propiedad del demandado pero debe ser de tal entidad que genere los intereses equivalentes a los ingresos previos.

5.3. *Método capital amortizable o matemático financiero.* Es una formulación corregida de la anterior, se trata de determinar un capital que no se consuma a lo largo de los años. Así el lucro cesante se determina mediante una operación conocida como “fórmula Moore” por la que se determina un capital que colocado a un interés de un 6% anual, se amortice en un período calculado como probable de vida de la víctima, percibiendo una renta mensual que supone ser equivalente a la percibida con anterioridad al daño sufrido. Aquí el capital se va consumiendo por lo que no existe la posibilidad de enriquecimiento por parte de la víctima.

resarcitoria”. Cfr. SUÁREZ TIRADO, FRANCISCO, *La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales* (comentario a STC 181/2000, de 29 de junio), en *Revista Derecho privado y Constitución* 14 (2000), pp. 301-377. y del mismo: *De nuevo sobre la jurisprudencia Constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales*, en *Revista Derecho privado y Constitución* 15 (2001), pp. 331-380.

³⁹ PINTOS AGER señala que la lectura más sencilla del análisis económico del Derecho de accidentes “explica el comportamiento del potencial del causante en relación al su nivel de precaución, del coste de adoptar esa precaución y del daño esperado o probable causado a la víctima, al que tendrá que hacer frente el causante, según la regla de responsabilidad vigente” PINTOS AGER, Julio, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Instituto Universitario de Derecho y Economía y Civitas (Madrid, 2000), p. 111.

⁴⁰ PINTOS AGER, siguiendo al anglosajón Shavell que este sistema posee las siguientes características favorables: a) La insolvencia del deudor no representa un problema pues ello queda cubierto mediante un contrato de seguro o bien por la propia responsabilidad civil; b) Es elevada la posibilidad de que el causante de los daños responda frente a la indemnización; c) El causante está mejor informado acerca del costo del daño y la forma de prevenirlo o repararlo; c) El costo para el causante puede disminuir al generar un ahorro previo que le permita abonar al daño causado, reduciendo los costos posteriores solo a los costos de administración. Cfr. PINTOS AGER, Julio, (Nº 39) p. 57. YZQUIERDO TOLSADA objeta este sistema como inequitativo: “En resumidas cuentas, las personas con rentas altas habrán de contratar seguros de vida o/y accidentes para que sus allegados tengan un porvenir airoso en caso de muerte por accidente de circulación, pues el legislador se ha ocupado de arbitrar un sistema que solo mira las cosas desde la perspectiva de una clase social más o menos media”. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson (Madrid, 2001) p. 486.

⁴¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano cit. (n. 57), p. 489.

Lo anterior se podría expresar de la siguiente forma:⁴²

$$C = ax \left(1 - \frac{1}{(1+i)^n} \right)$$

Explicando la fórmula: C es el capital buscado que se desconoce y se debe poner a interés; *a* es la pérdida anual de capacidad de ganancia de la víctima, el porcentaje de incapacidad, *n* represente número de períodos a considerar e *i* la tasa de interés del 6%

Sobre el particular se ha resuelto que: “la indemnización que corresponde otorgar a los hijos de la víctima en concepto de lucro cesante debe reflejar el efectivo detrimento patrimonial provocado por el deceso, debiendo determinarse el aporte mensual que aquel que efectuaba asistiendo a sus deudos. Para ello corresponde adoptar la fórmula Moore que permite fijar un capital que, al ser colocado a interés, permitirá obtener una renta similar al detrimento patrimonial generado a partir del hecho dañoso, a la par que se verifica el consumo de parte del capital, que se extinguirá totalmente al concluir el término de vida útil considerado”⁴³.

5.4. Método multiplicador o lineal. Consiste en multiplicar los ingresos anuales de la víctima adquiridos con anterioridad a la fecha del daño por los años que presumiblemente le restan por vivir o sufrir el daño. Recordar la jurisprudencia nacional la ha rechazado, aun cuando también la aceptado. Elorriaga solo citas fallos de Tribunales argentinos.

5.5. Método concreto. Para algunos el no método ya que representa la ausencia de cualquier criterio matemático para determinar el lucro cesante y postula que esta determinación debe ser efectuada en el caso concreto acorde a la prueba presentada. En Chile se utilizó al resolverse que la indemnización del lucro cesante debía ser equitativa. Para su determinación se consideran: Sexo, edad, tiempo de vida útil, educación, nivel cultural, ocupación u oficio, etc.

5.6. Métodos combinados: combinan los sistemas anteriores.

a) Combinación del método multiplicador o lineal con el de capital amortizable. Distingue entre lucro cesante pasado y futuro. El primero va desde el hecho dañoso a la sentencia y el segundo desde la sentencia en adelante. Así respecto del pasado se aplica el método multiplicador. Este devengará intereses por cada período de renta perdido. El lucro cesante futuro se aplica el método de capital amortizable a base de los ingresos que la víctima requerirá en el futuro.

b) Combinación métodos matemáticos y concreto. Se trata de establecer el lucro cesante de modo matemático y concreto, se vinculan los métodos objetivo y subjetivo. Obtenido un resultado matemático este es corregido por el juez acorde a las circunstancias personales del ofendido.

6. DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN LAS PERSONAS COMO CATEGORÍA INDEPENDIENTE DEL DAÑO MATERIAL

Últimamente, quien ha considerado esta categoría como independiente del daño material es Elorriaga, para quien: “en estricto rigor, tiene una identidad propia, es un capítulo

⁴² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián cit. (n. 9) p. 99.

⁴³ Sentencia de 12 de marzo de 1988 de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de Posadas, citado por Elorriaga de Bonis, Fabián, cit. (n. 9), p. 99.

aparte que requiere indemnización y que normalmente no ha sido considerado”. Agrega que: “Ello ocurre por que se ha confundido el perjuicio corporal con sus consecuencias económicas; concretamente con la incapacidad que tiene el lesionado para generar ingresos y utilidades”⁴⁴.

No se debe olvidar que en el Derecho comparado, tal como acontece en Perú, por ejemplo⁴⁵, se reconoce esta categoría independiente al tener como fuente directa el Código Civil Italiano de 1942 que restringe la indemnización del daño a los casos en que se han cometido ilícitos penales. Con ello se sigue el desarrollo ulterior que reconoce distintas categorías de daños en forma particular. En nuestro medio parece una posición intermedia la de Barros que habla de efectos patrimoniales del daño corporal.

En Perú quien ha defendido esta concepción es Carlos Fernández Sessarego para quien los conceptos de daño personal son más amplios y diferentes a los de daño patrimonial y daño moral. Así entiende que el daño a la persona: “es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”⁴⁶.

Concluye el citado autor, que el concepto de daño en la persona es más amplio que el daño moral, pues este es solo un aspecto de aquel, y se diferencia del daño patrimonial aun cuando reconoce que en ocasiones este puede repercutir en el ámbito patrimonial. Estima que desconocer esta concepción implica “mezclar dos niveles completamente diversos, como son, por un lado la naturaleza del ente dañado y, del otro las consecuencias que generan dichos daños, ya sea a la persona, al patrimonio o a ambos”⁴⁷.

En Argentina Aída Kemelmajer es coincidente en este punto con Fernández. Al efecto expresa que: “El daño no está en la pérdida de la vida o en la lesión en sí misma sino en sus consecuencias patrimoniales negativas determinadas sobre la base de la incapacidad laboral del sujeto”⁴⁸.

En todo evento habrá que decir que al menos en Perú esta doctrina no es pacífica no obstante ser parte del texto del Código Civil.

No obstante lo dicho la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han considerado el daño físico en la persona como expresión del daño material. Que podrá acarrear también un daño moral, caso en el que también se indemnizará.

En la determinación del daño en las personas concurren las mismas situaciones y circunstancias a las que se ha hecho referencia en los acápites anteriores de este trabajo, quizá por ello se pueda decir que poseen la misma naturaleza y no sea necesario estimar una categoría distinta. Por lo demás la propia Constitución Política de la República se encarga de dejar sentada la idea de amplitud de la indemnización al asegurar a todas las personas la integridad física y psíquica.

⁴⁴ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit (n. 9), p. 231.

⁴⁵ Específicamente en el artículo 1985. Sobre este punto Cfr. TORRES DURAND, Juan de Dios, *El Derecho de daños en la legislación y doctrina peruana*, en *Anales Derecho UC, Temas de Responsabilidad Civil*, 1 (2006), pp. 277-303 y también FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, en *Revista Derecho-PUC* 50, diciembre 1996, pp. 47-97, quien efectúa una tenaz defensa de la distinción en el medio peruano.

⁴⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (n. 45), p. 52.

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, cit. (n. 45), p. 54.

⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El daño en la persona: ¿Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Separata de la Revista N° 1, Rubinzal-Culzoni (1998), p. 71.

No obstante lo dicho, pareciera que en esta concepción no se ve al sujeto solo como productor de recursos e ingresos sobre los cuales sea posible calcular la magnitud del daño. Así, Richard Abel⁴⁹ el proceso de concreción del Derecho de daños ha pasado por distintas etapas, en un comienzo los daños de la propiedad son los únicos indemnizables, una segunda etapa donde interesa lo que ella pueda producir; y una tercera etapa que corresponde a la indemnización sobre la base del proyecto de vida, a la vida de relación.

Con ello se evidencia, desde una óptica sistemática que los rubros a indemnizar son los daños físicos como daño material y los daños morales⁵⁰.

7. FACTORES QUE INFLUYEN Y DE LOS QUE SE DEBE PRESCINDIR AL DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN

Para Alessandri se deben considerar todos los factores que influyan en él y prescindir de los que sean extraños. Tratándose del daño a una persona su determinación es compleja desde que confluyen –ha dicho la Corte Suprema– distintos factores que pueden ser estimados como condicionales: entre ellos vida, salud, conservación de aptitudes del trabajo⁵¹.

Además, en la determinación del daño en una cosa se considera el valor intrínseco y no el de afección. Diez comparte la opinión pero no niega la posibilidad que sirva de base para determinar daño moral⁵².

Por otro lado, se ha resuelto que la situación económica, social y de familia y de la víctima y de la familia, pues cualquiera que ella sea, la reparación debe ser total⁵³. Lo anterior siguiendo la opinión de los Mazeud y Tunc que en su oportunidad señalaron que el juez no tiene que hacer caridad a costa de la víctima, ni aun cuando ella sea acaudalada.

En nuestro medio se manifiesta en contra López Santa María quien estima se ha de considerar la posición económica de la víctima y el autor del daño como elemento para la fijación del monto de la indemnización⁵⁴.

Finalmente, Alessandri estima que la situación pecuniaria o de familia de la víctima influye en la extensión del daño, ella debe considerarse para determinar el monto del perjuicio. Conocido dicho monto, no autoriza para aumentar o disminuir el monto de la indemnización una vez que se conoce.

8. VARIACIÓN DEL DAÑO MATERIAL

Se trata de entender las situaciones en las que el daño material en sí o en su valor aumenten o disminuyan después de ocurrido el hecho. Si hay variación del daño se habla de variación intrínseca y si varía el valor variación extrínseca⁵⁵.

8.1. Variaciones intrínsecas. De producirse variaciones en cuanto al daño propiamente tal, estas deben ser consideradas por el juez al momento de dictar sentencia cuando tengan por

⁴⁹ Citado por KEMELMAJER, p. 71.

⁵⁰ Quizá allí se pueda encontrar un fuerte argumento para la procedencia del daño moral en sede contractual en atención a la extensión de los términos que utiliza.

⁵¹ C. S. 29 de septiembre de 1942, Rev. T. 40, sec. 1ª, p. 212.

⁵² DIEZ SCHWERTER, cit. (n.1), p.163.

⁵³ (Corte de Temuco, 29 de junio de 1972. Rev. t. 69, sec. 4ª, p. 66, C. S. 29 de noviembre de 1968, Rev. t. 65 sec. 4ª, p. 66.

⁵⁴ *Revista de Ciencias Jurídicas* 1 (Valparaíso, 1971), pp. 95 a 103.

⁵⁵ DIEZ SCHWERTER, cit. (n. 1), p. 192.

causa el hecho ilícito al tratarse de una consecuencia de él, pero si no hay causalidad no deberá considerarlos. Bastará la ponderación inicial del hecho.

Las variaciones pueden producirse antes de la sentencia: Si tienen por causa el hecho ilícito el juez la tomará para agravar el perjuicio, si no lo tienen será indiferente. Pero si la variación se produce después de dictada la sentencia el efecto de cosa juzgada impide poder modificarla.

Para Díez⁵⁶, la estructura de este análisis debe ser distinta. Por una parte las variaciones intrínsecas aludidas en la demanda o su contestación en la medida que resulten acreditadas deberán ser consideradas en la sentencia. Por otro lado distingue entre variaciones intrínsecas no discutidas en la demanda y contestación, estima que no podrán ser consideradas en la sentencia definitiva al no ser materia de debate.

8.2 *Variaciones extrínsecas.* Se trata de situaciones en donde el valor del perjuicio puede aumentar o disminuir después de producido. Ello sucede en nuestro medio principalmente por medio de desvalorización de la moneda. Ello no fue regulado por el Código Civil. De esta forma fue la jurisprudencia la que se encargó de reajustar los valores acorde a un sistema de medición objetivo, el Índice de Precios al Consumidor (IPC), fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

Así se resolvió que: “Sin embargo, no puede desconocerse la evidencia de que la desvalorización monetaria es un hecho cierto, y son evidentes también los perjuicios injustificados que este fenómeno causa a la mayoría de las personas, como tampoco puede negarse el beneficio que acarrea a otros”. Agrega el citado fallo: “es atinado tratar que la indemnización efectivamente elimine el daño causado, lo que no se lograría si se dispusiere únicamente el pago de valores, que, como en la especie, se han fijado con gran antelación; debiendo, sin embargo, limitarse el aumento por desvalorización monetaria a la fecha de sentencia de término, ya que cualquier aumento posterior a ella atentaría la institución de la cosa juzgada”⁵⁷, cabe señalar que la Corte Suprema confirmó el fallo.

Chabas observa en el caso francés que el principio del “valorismo monetario”⁵⁸ implica reconocer que el crédito nace el día en que se produce la lesión, pero es avaluado en una fecha posterior. Así señala se ha resuelto que: “la víctima tiene derecho a la reparación total del daño que ha sufrido..., de ello se sigue que la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe ser calculada al valor del daño el día de la sentencia o el fallo... tomando en cuenta (en ese caso) el alza de los precios que se había producido después de las actuaciones periciales...”⁵⁹.

De esta manera, los argumentos expresados por los tribunales para conceder el reajuste han sido los siguientes:

- a) En un primer momento fueron los criterios de justicia y equidad, y que por lo mismo aunque la ley nada dijera al respecto se debía incorporar dicha decisión por aplicación del principio de inexcusabilidad.

⁵⁶ DIEZ SCHWERTER, cit. (n. 2), p. 204.

⁵⁷ C. Concepción 27 de mayo de 1969. Revista de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Concepción N°s 148-149, p. 99 y Rev., t. 66, sec. 4ª, p. 203).

⁵⁸ CHABAS, François, *Cien Años de Responsabilidad Civil en Francia* (Mauricio Tapia, trad.), Van Dieren Éditeur (París, 2004).

⁵⁹ CHABAS, François, cit. (n. 56), p. 92, se trata de un fallo de 24 de marzo de 1942.

- b) El criterio de reparación integral o completa a que se refieren los artículos 2314, 2317 y 2329, se entiende que es completa en la medida que abarque también los reajustes. Este principio llevó a la formación de otro: el de la reajustabilidad de la prestación indemnizatoria afincado por la Corte de Valparaíso en el año 1976.

CONCLUSIONES

La determinación del daño material ha partido en nuestro sistema por vía del artículo 1556 del Código, el cual no obstante ser establecido en sede contractual existe hoy opinión unánime en que resulta ser procedente su uso en materia extracontractual. Ello determinó que los rubros a indemnizar fueran el daño emergente y el lucro cesante. De esta forma, la falta de una definición de ambos conceptos era una cuestión que abarcaba todo el derecho de daños en nuestro país.

En todo caso desde temprano la doctrina y jurisprudencia ha podido perfilar los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Así el primero es entendido como el daño realmente causado, aquello que se ha padecido y que es posible cuantificarlo.

Una situación especial es la que sucede en el lucro cesante pues este representa una serie de oscuridades que la jurisprudencia no ha sido capaz de superar, por de pronto el problema relativo al método de determinación ha sido particularmente complejo siendo posible observar que la jurisprudencia ha tendido a asumir la posición de un método concreto que precisamente no constituye ningún intento sistemático por resolver el tema. A lo anterior debe sumarse la circunstancia que los tribunales han tendido a compensar el lucro cesante con el daño moral con lo que se ha obstaculizado el desarrollo teórico de él en nuestro medio.

Por otro lado, se ha visto un intento por establecer una nueva categoría del daño, de manera independiente a la anterior por la que se establece el daño en la persona en forma independiente a las demás categorías a indemnizar. Dicho intento, si bien es cierto resulta sugestivo, no debiera tener efectos prácticos muy distintos a aquellos que se producen actualmente desde el momento que la jurisprudencia nunca ha dudado con indemnizar el daño en la persona, sea como daño material o bien como daño moral. Antes bien resulta complejo introducir esta nueva categoría, propia de otras tradiciones jurídicas como la italiana de 1942, desde que el contenido de ella no es más que el desarrollo ya dado por el sistema a rubros ya desarrollados, por lo que el contenido propio de ella es confuso.

Dos cuestiones más que agregar; por un lado pareciera que la doctrina mayoritaria en nuestro medio no admite la posibilidad que en el caso del daño material se pueda considerar la situación de la víctima o bien del autor, es decir la determinación del daño, que por regla ha de ser en concreto y no en forma abstracta implica establecer un juicio objetivo respecto de aquello que sucedió. Finalmente hay variaciones propias del daño que se deben considerar por el juez al momento de ponderar la indemnización por de pronto variaciones intrínsecas, y otras más complejas como las extrínsecas que se expresan en la desvalorización de la moneda entre el período de cálculo y pago de la indemnización, por lo que desde 1976 se entiende como principio el de reajustabilidad de la indemnización y con ello llegar a la idea de la reparación integral.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1993).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, (Santiago, 2006).
- CHABAS, François, *Cien Años de Responsabilidad Civil en Francia* (Mauricio Tapia, trad.) Van Dieren Éditeur (París, 2004).
- DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE (Santiago, 1998). De él mismo: *La resarcibilidad del daño no patrimoniales América Latina* en *Revista Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad Civil 1* (agosto de 2006), pp. 50 y ss.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas*, en *Anales Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil* (2006), pp. 231-256. De él mismo: *Daño Físico y Lucro cesante*, en *AAVV Derecho de daños*, LexisNexis, (2002).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, en *Revista Derecho-PUC*, 50 (diciembre 1996).
- FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2004).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *La posición económica de la víctima y del autor del daño como elemento para la fijación del monto de la indemnización*, en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1 (1971). De él mismo: *Obligaciones y contratos ante la inflación*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1980).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El daño a la persona: ¿Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Separata 1, Rubinzal-Culzoni Editores (1998).
- PINTOS AGER, Jesús, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Instituto Universitario de Derecho y Economía Universidad Carlos III y Editorial Civitas (Madrid, 2000).
- SEMBRA, Juan Carlos, *La responsabilidad civil por el uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial*, en *Revista Derecho privado y Constitución* N° 16, p. 379-467.
- SUÁREZ TIRADO, Francisco, *La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales (comentario a STC 181/2000, de 29 de junio)*, en *Revista Derecho privado y Constitución* 14 (2000), p 301-377. De él mismo: *De nuevo sobre la jurisprudencia Constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales*, en *Revista Derecho privado y Constitución* 15 (2001).
- TORRES DURAND, Juan de Dios, *El Derecho de daños en la legislación y doctrina peruana*, en *Anales Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil 1* (2006), pp. 277-303.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson (Madrid, 2001).

REVISTAS

- Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, diversos números.
- Revista Fallos del Mes*, Editorial Fallos del Mes, diversos números, y
- Revista Gaceta Jurídica*, Editorial LexisNexis, diversos números.

DERECHO CIVIL

LAS FACULTADES ECONÓMICAS DE LOS CÓNYUGES EN LA
COMPENSACIÓN ECONÓMICA.
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

GIGLIOLA CARLEVARINO WEITZEL
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el concepto de “facultades económicas de los cónyuges” en relación a la institución de la compensación económica creada por la ley de matrimonio civil 19.947. Para ello se analizan los artículos 61, 62 y 66 desde esa mirada, observando que se trata de una idea presente en todo el espectro de la ley, diferenciándola en sus aspectos sustanciales con el concepto patrimonial propio de las obligaciones. Se concluye que dado el carácter eminentemente económico de la institución de la compensación económica, es difícil no unir ambas materias, valorando las facultades económicas de los cónyuges y su incidencia en materia de compensación con un punto de vista casi matemático.

INTRODUCCIÓN

La institución del divorcio vincular establecido por la ley de matrimonio civil 19.947¹, desde ya osada para la sociedad chilena, dispuso la *compensación económica*, figura novedosa recogida de la legislación comparada, que se ha constituido jurídicamente como el aspecto de mayor discusión doctrinaria de la ley.

La compensación económica, regulada en el capítulo VII en los artículos 61 a 66 de la ley, es aquella prestación en dinero a que tiene derecho el cónyuge que luego de terminado el matrimonio por divorcio o nulidad, se encuentra en una situación de menoscabo económico. La o las causas que conllevan a este menoscabo tienen una redacción difusa en la ley, lo que por supuesto ha motivado toda clase de interpretaciones a las cuales me referiré someramente solo con el fin de contextualizar el tema de las facultades económicas de los cónyuges, que comprende varios aspectos de la ley. La idea entonces, es determinar la incidencia de las facultades económicas de los cónyuges, con cada uno de los aspectos de la compensación económica, a fin de establecer el grado de importancia de este tema y su real situación.

^{*} Profesora de Derecho Civil en la Sede Arica de la Universidad Arturo Prat. Doctoranda en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ En adelante “la ley”.

1. IDEA DE “FACULTAD ECONÓMICA” EN SEDE MATRIMONIAL

En general se entiende por facultad a la aptitud, potencia física o moral, así como el poder o derecho para hacer algo. Unido a la palabra “económica” en cambio, adquiere el carácter de sinónimo de “situación”, de tal forma que hablar de “facultad económica” es casi lo mismo que hablar de “situación económica”, con el matiz de tener un tinte positivo, es decir, como la *posibilidad mayor o menor de realizar actividades relacionadas con el ámbito de la economía*.

En materia de derecho civil se puede apreciar este concepto en cada una de las instituciones que los componen: en materia de bienes, en materia de contratos, de obligaciones, incluso en materia de familia. De hecho, podríamos afirmar que el derecho civil es eminentemente patrimonial, sus normas van dirigidas al aspecto económico de las personas y sus vinculaciones entre sí.

Sin embargo, en materia de familia no puede aplicarse la misma idea de facultad económica que rige para las otras sedes, toda vez que sus cimientos son distintos. Entre estos ámbitos, los conceptos son intercambiables, y así por ejemplo, se puede entender a la facultad económica de los bienes con el mismo concepto con que se entiende en materia de obligaciones, toda vez que incluso provienen de una raíz común. El derecho de familia en cambio, no solo se aparta de esta clasificación general, sino que además y quizás por ello, toda su reglamentación es diferente, es excepcional si se comparan, lo que se puede apreciar de múltiples normas².

Siendo el derecho matrimonial una parte del derecho de familia, rige respecto de él la misma idea: es decir, cuenta no solo con una reglamentación diferente en general, sino que, y esto es lo relevante, las apreciaciones que en él surgen de materias de tipo económico son distintas de aquellas que surgen en las otras áreas del derecho civil, no obstante quizás en ocasiones tratarse de los mismos temas. Por ejemplo, no podrá tratarse de la misma forma un contrato celebrado entre cónyuges que un contrato de compraventa celebrado entre quienes no lo son, toda vez que el primero se encuentra prohibido, y si se trata de un contrato celebrado entre una persona casada y una persona “x”, deberá examinarse el contrato de que se trata puesto que quizás se encuentra afecto a alguna limitante o condición habilitante. Incluso, si se celebra un contrato entre cónyuges que no se encuentre prohibido, deberá observarse si tiene alguna regla especial. Y es que el matrimonio y el derecho de familia en general, tiene otros fines, otros objetivos y otras causas también, no obstante producir naturalmente efectos de tipo económico, pero que son de difícil calificación jurídica ya que se encuentran envueltos de otros aspectos como aquellos propios de la relación entre los cónyuges, pero que debe considerarse a la hora de determinar en concreto, la incidencia económica del matrimonio.

In fine, la idea es que el derecho matrimonial en lo que respecta a aspectos económicos, es especial. Lo anterior se puede apreciar con exactitud en materia de compensación económica. ¿Por qué decimos esto?, porque precisamente la discusión mayúscula que se ha generado en esta materia tiende a vincular la compensación económica con el derecho de obligaciones, sin buenos resultados: la culpa, la naturaleza jurídica de carácter indemnizatoria

² En materia de derecho legal de goce del padre sobre bienes del hijo y del marido sobre bienes de la mujer casada en sociedad conyugal, en materia de guardas, en lo concerniente al derecho de alimentos, etc. Son numerosas las disposiciones en las que es posible apreciar las diferencias entre el derecho de obligaciones y de familia en lo concerniente al aspecto económico.

o de enriquecimiento sin causa, la determinación de la cuantía en relación con el lucro cesante o el daño emergente, son ideas del derecho de obligaciones que pretenden aplicarse a la compensación económica, y en definitiva al derecho de familia. No corresponde aquí determinar las causas de ello, pero sí me atrevo a aseverar que ella se encuentra en que el derecho de obligaciones está bastante más arraigado en la conciencia de los juristas que el de familia.

De esta manera, tenemos entonces que la idea de facultad económica en sede matrimonial es distinta de la que tenemos algo así como “grabada” en nuestra memoria, que es aquella propia del derecho civil. Peor aún se torna la empresa, si el concepto carece de una definición tajante y deslindada, sino que viene a deducirse de la reglamentación en general. De esta forma, dejaremos el concepto abierto toda vez que para estos fines se relacionará exclusivamente con una materia específica que es la compensación económica, pero con la precisión de que no se utilizará en lo posible –o se intentará no utilizar mejor dicho– la idea de facultad económica propia del derecho de obligaciones.

II. LAS FACULTADES ECONÓMICAS DE LOS CÓNYUGES Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Dirigiéndonos a la compensación económica propiamente tal, pero sin desvincularnos de la idea anterior, se ha señalado que se trata de una prestación en dinero que recibe uno de los cónyuges una vez terminado el matrimonio por divorcio o nulidad, considerados algunos presupuestos a los cuales me referiré después. Por su propio nombre, vemos que se trata de un efecto “patrimonial” derivado del término del matrimonio por estas causas³. Ahora bien, dado este carácter, la idea de “facultad económica” atraviesa la institución, por lo que se procederá a analizar cada uno de los aspectos en los que a mi juicio tiene incidencia el aspecto económico de los ex cónyuges.

Como causa de la compensación económica. La ley de matrimonio civil ha dispuesto un presupuesto general para demandar la compensación económica, esto es la existencia de un *menoscabo económico* en el cónyuge solicitante. La ley no ha establecido claramente la causa de dicho menoscabo, tal como se encuentra conteste la doctrina⁴, no por falta de ella, sino que por exceso, ya que dos son los artículos que se refieren a ello. Aún más su redacción es difusa.

El artículo 61 de la ley es el primero que se refiere al tema y señala que “*Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio,*

³ Así se señala por VIDAL OLIVARES, Alvaro en *La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil* en VIDAL, Alvaro (coord.) *El nuevo derecho chileno del matrimonio* (Santiago, 2006) p. 217. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, en *Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, en Revista del Abogado (2005) p. 3.

⁴ TURNER SAEIZER, Susan (2005): “Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”, en: Juan Andrés Varas y Susan Turner (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia* (LexisNexis). También, PIZARRO WILSON Carlos (2004), “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3. VIDAL OLIVARES Álvaro (2006), “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil” en *El nuevo derecho chileno del matrimonio* (ley N° 19.947 de 2004), Editorial Jurídica de Chile, Santiago; CORRAL TALCIANI, Hernán. *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*, en Rev. chil. derecho. [online]. abr. 2007, vol. 34, no.1 [citado 30 octubre 2007], p. 23-40. disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100003&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-3437.

o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”. Esta norma ha generado en la doctrina nacional dos interpretaciones: de aquellos que ven en la norma la *condictio sine qua non* para la procedencia de la compensación económica, como son la dedicación del cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y como consecuencia de estos hechos la imposibilidad o disminución en el desarrollo de una actividad remunerada o lucrativa⁵; y la de aquellos que ven en el divorcio o nulidad (es decir, en el término del matrimonio) la causa del menoscabo y por ende, de la prestación económica⁶, situando los elementos anteriores como ejemplos de causas de menoscabo entre las numerosas que se pueden encontrar.

Para efectos de este enfoque referido a las facultades económicas de los cónyuges en la compensación económica, determinar el real alcance de la norma respecto a la causa del menoscabo económico no tiene mayor relevancia, toda vez que tanto sea considerado como presupuesto directo y único, que como parte de un señalamiento ejemplar, de todas formas la no realización de actividades lucrativas o merma en las mismas, tiene cabida como causa de menoscabo económico y es en aquel sentido en que tiene incidencia en esta materia, ya que las actividades lucrativas generalmente son la única fuente de ingreso económico para una persona. Al respecto, si adoptamos la primera de las tesis, por cierto que constituye causa del menoscabo económico y tendrá relación directa de causa - efecto; si adoptamos la segunda en cambio y eliminamos mentalmente de la norma la parte aquella referente a la imposibilidad de realización de actividades lucrativas dejando solo la terminación del matrimonio por divorcio o nulidad como causa del menoscabo y posteriormente se agrega una frase que la mencione como ejemplo, me parece que igualmente será un factor a observar, y que en el caso de encontrarse presente en los hechos, se considerará sin duda por los juzgadores, lo cual es lo importante, insisto, para estos efectos⁷.

Por su parte, el artículo 62 hace un señalamiento claro de las causales de existencia del menoscabo económico, de hecho así los denomina, disponiendo que *Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente...* haciendo luego una especie de enumeración de los elementos a considerar. Al contrario del artículo anterior, este es bastante más explícito y relacionando ambos, algunos ven a dos normas complementarias o auxiliares⁸. Asimismo, además de servir como elementos determinantes del menoscabo económico, son necesarios para establecer la cuantía de la compensación, ejercicio a ratos matemático como se puede apreciar de algunos fallos⁹.

Los elementos propiamente tales son:

1. La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;
2. La situación patrimonial de ambos;
3. La buena o mala fe;
4. La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario;

⁵ Turner Saelzer, Susan, cit. (n. 4) p. 482, también, PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n.4) p. 91

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. Cit. (n. 4) p. 6

⁷ Sin perjuicio de ello, adhiero a quienes consideran a este acápite como presupuesto esencial de la procedencia de la compensación económica, toda vez que lo contrario hace inútil su presencia en el artículo 61 de la ley. El divorcio y la nulidad son en cambio los detonantes de la compensación económica, una suerte de condición suspensiva que una vez cumplida hace surgir el derecho a la misma, dados los presupuestos legales.

⁸ TURNER, Susan, ob. cit. p. 485

⁹ Sentencia del 24 de enero del 2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.333

5. Su situación en materia de beneficios provisionales y de salud;
6. Su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y
7. La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

En relación a ellos, el trabajo que se ha hecho hasta ahora por la doctrina además de analizarlos pormenorizadamente, es clasificarlos con motivo de la discusión doctrinaria –corroborada y aumentada por la jurisprudencia– respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica, tema que aquí no se tocará sino tangencialmente. Dicha clasificación distingue entre aquellos de naturaleza alimenticia (números 1, 2, 4, 5, 6) e indemnizatoria (número 3)¹⁰.

En lo que respecta a este estudio, también se intentará una suerte de clasificación pero basada en su incidencia en el tema en cuestión, esto es, cuáles de estos elementos tienen relación con las facultades económicas de los cónyuges.

Elementos con nula incidencia. podemos inmediatamente descartar aquellos elementos que *no* tienen relación con las facultades económicas de los cónyuges –al menos en su etapa inicial– que es el numerado como N° 3, esto es, *la buena o mala fe*, toda vez que junto con ser un criterio eminentemente subjetivo, tal como lo señala el profesor Alvaro Vidal Olivares¹¹ ha sido establecido con otros fines, más bien sancionadores.

Elementos con incidencia indirecta. Se trata de aquellos que sin tener una relación directa con las facultades económicas de los cónyuges, ya sea como causa del menoscabo o como consecuencia directa de la terminación del matrimonio, tienen ciertos ribetes de tipo económico en algunos casos. Encontramos aquí el N° 4, *edad y estado de salud del cónyuge beneficiario*, el cual incidirá en las posibilidades de acceso al mercado laboral de este cónyuge y la situación personal en que queda una vez terminado el matrimonio¹², y por lo tanto en la medida que se constituya como una limitante para ello, tendrá incidencia patrimonial, ya que limita la obtención de ganancias. En cuanto al estado de salud, la misma idea en el sentido que si es deteriorado requerirá de desembolsos patrimoniales que dadas las circunstancias no se es capaz de enfrentar en un estado de divorcio. En la misma idea se sitúa el numerado como 1, *la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges*, toda vez que en la medida que se constituya como una restricción para el sustento cotidiano para vida separada, entonces cobrará relevancia en sede económica de los cónyuges.

Precisamente en este sentido ha sido considerado por la Corte Suprema, la que ha señalado que *en consecuencia, de conformidad a los hechos que se han establecido conforme a los antecedentes que obran en autos, es posible concluir que la demandante reconventional sufrió un menoscabo económico con ocasión del matrimonio, atendida la duración de este y el periodo de vida en común de los cónyuges, lo que tiene especial relevancia, pues determina la extensión de la dedicación al cuidado del hijo en común y sobre todo, a la realización de las labores propias del*

¹⁰ Al respecto, ver TURNER, Susan, ob. cit. pp. 492 a 507.

¹¹ VIDAL OLIVARES, Alvaro, cit. (n. 3) pp. 263 y 264, en donde expresa que *También puede hablarse de circunstancias subjetivas, en contraposición a las objetivas, y que su consideración implica una valoración de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio. Estos factores presuponen que hay menoscabo económico, pero como el cónyuge beneficiario estuvo de mala fe o dio lugar al divorcio por su culpa, la ley lo sanciona privándolo de la compensación o reduciendo su monto. Los criterios de que se habla son la buena o mala fe y la culpa del cónyuge beneficiario en el divorcio. Hay en estas reglas –de la mala fe y la culpable beneficiario– una concreción del principio nemo auditor, que prohíbe aprovecharse del propio dolo o culpa, en este caso, al cónyuge beneficiario.*

¹² En el mismo sentido TURNER, Susan, cit. (n. 4) p. 500, para quien este factor tiene incidencia patrimonial implícita, señalando que *si bien esta consideración unilateral constituye una restricción más bien aparente porque en la medida que la circunstancia se relaciona con la posibilidad de trabajar remuneradamente, va implícita en la ponderación de la situación de la situación patrimonial del cónyuge deudor.*

hogar común, y por lo mismo, refleja la entidad y extensión de los perjuicios que esta dedicación ocasionó al cónyuge que tuvo a su cargo dichas funciones¹³. La misma idea la expresa la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que para el cumplimiento de la directriz legal, es preciso tener en consideración que la actora doña Eliana Gómez Quinteros es una mujer jubilada, de 67 años de edad y a la que afectan severas enfermedades, recibiendo una pensión de jubilación de \$79.332 mensuales y que a esta fecha no presenta mayores posibilidades de acceso al mercado laboral¹⁴.

Elementos con incidencia directa. Se trata de aquellos que atienden específicamente a las facultades económicas de los cónyuges, ya sea como un factor para determinar la futura vida en independencia, o para establecer las ganancias o pérdidas asumidas durante la vida en común. Tenemos aquí a la situación patrimonial de ambos; la situación del beneficiario en materia de beneficios provisionales y de salud; la calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. En cuanto al primero, se refiere a un análisis objetivo acerca del estado patrimonial en que quedará el cónyuge beneficiario con la terminación del matrimonio, para lo cual habrá que hacer un estudio retrospectivo y prospectivo de las circunstancias¹⁵. Desde un punto de vista general, puede abarcar todos los factores, interpretación que de alguna forma ha tomado la jurisprudencia ya que al referirse a la situación patrimonial de los cónyuges, analiza cada uno de los demás elementos¹⁶. El segundo factor dice relación con una consecuencia directa de la realización de actividades remuneradas y en definitiva, es el resultado de la situación patrimonial, de allí su incidencia en este punto, dado que lo lógico es que aquel que ha desempeñado toda su vida actividades remuneradas cuente con beneficios previsionales. En cuanto al tercero, se trata de una ponderación especulativa de una circunstancia personal como es la calificación profesional, con directa incidencia en aspectos económicos. De hecho así se ha ponderado por la jurisprudencia, la que valora este punto tanto para determinar la ausencia de actividades lucrativas como merma en las mismas. Al respecto, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que señala que *los antecedentes anteriores, apreciados conforme a los principios de la sana crítica permiten concluir a estos sentenciadores que concurren todos los elementos que hacen procedente la compensación económica, siendo especialmente relevante para determinar el menoscabo económico, el largo tiempo de convivencia de este matrimonio, de 24 años, durante el cual la solicitante, a diferencia de su cónyuge, no pudo desarrollar actividad productiva, por dedicarse al cuidado de sus hijos y del hogar; la edad de la solicitante y su precaria calificación profesional, lo que permite presumir que su renta actual no mejorará sustancialmente y que el tiempo en que seguirá percibiéndola es limitado; su estado de salud, con un cáncer tratado, pero que, por lo mismo, plantea interrogantes respecto de*

¹³ Corte Suprema, "Larraín con Morales", rol 2147-2006, en la base de datos LexisNexis, www.lexisnexis.cl, sentencia N° 34.822.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 998-2006, sentencia N° 12.843.

¹⁵ Al respecto, ver TURNER, Susan, cit. (n. 4) p. 494

¹⁶ Así aparece en varios fallos: Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9287-2005, base de datos LexisNexis: *Que en lo que se refiere a la situación patrimonial de la actora reconvenicional, se encuentra acreditado que durante la vida en común se dedicó a la crianza de sus hijos y no desarrolló ninguna actividad remunerada. Así se encuentra probado por las declaraciones de los testigos Sabag León y León Preller al contestar al punto dos del auto de prueba; situación que se encuentra reafirmada por la referencia que se hace al informe social en la sentencia recaída en los autos por alimentos Rol N° 927-1997 (fojas 138). Además, consta de los documentos de fs 285 y fs 346 que la demandante reconvenicional tuvo que entregar la casa habitación que proporcionaba la Fuerza Aérea de Chile y que arrienda un departamento en Lo Barnechea donde vive con sus hijos.*

*una posible repetición y su situación previsional*¹⁷. Por último, se encuentra la contribución en las actividades lucrativas del otro cónyuge, entendiendo por tal toda ayuda en las actividades remuneradas de tipo profesional. No se trata de excluir las labores del hogar, sino que entiendo que estas se encuentran ya contempladas en el artículo 61 por lo que me parece redundante considerarlas nuevamente. No es así en cambio, si se pondera como una colaboración en las actividades de tipo profesional o comercial, como quiera que se denominen, pero que impliquen un ahorro económico para el otro cónyuge, perspectiva desde la cual es un tema netamente patrimonial, ya que se trató sin más que de trabajos no remunerados realizados por el cónyuge solicitante y que por cierto produjeron ausencia de ganancias económicas para sí.

De todos los factores, el mayormente analizado en forma directa por la jurisprudencia es el relativo a la situación económica de los cónyuges, presumimos que por ser el más amplio y omnicompreensivo de los demás. Además, permite tener una idea general tanto de la procedencia de la compensación económica en la ponderación del menoscabo –una buena situación económica permitiría descartar menoscabo–, como para determinar la cuantía, por razones obvias. Otra característica de este elemento es que permite medir a ambos cónyuges, mientras que los demás solo a uno u otro, lo que nuevamente concede una visión global de la situación al término del matrimonio. Por último, siendo la compensación económica una consecuencia netamente patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica, naturalmente este es el factor más importante a considerar ya que de él depende en gran medida el presupuesto básico y general respecto al cual no hay discusión alguna, que es el menoscabo económico. *Como elemento ponderador de la cuantía de la compensación económica*. Se ha dispuesto que los factores del artículo 62 deban considerarse además para ponderar la cuantía o monto de la compensación económica. En este sentido, entonces, la situación económica que los cónyuges tengan influirá en esta medición¹⁸ independientemente del origen de ella.

En este punto se desprenden dos aspectos llamativos. Primero, que volvemos a lo señalado en un principio, en el sentido de vincular el derecho patrimonial de las obligaciones con el derecho patrimonial de matrimonio. Ello, porque la medición de los elementos del artículo 62, la jurisprudencia los ha traducido en cálculos matemáticos que nos recuerdan conceptos de lucro cesante y daño emergente¹⁹. El segundo, es que la determinación de la cuantía se hace una vez se ha analizado cada uno de los factores para efectos de la procedencia de la compensación económica, sin cuantificarlos separadamente, no obstante ser posible. Es así como estimo que se puede estimar económicamente el gasto de una enfermedad, el coste de oportunidad para acceder a mercados laborales, e incluso el legislador dispone expresamente el valor de la mala fe, dado que se puede rebajar el monto de concurrir.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 676-2006, sentencia 35.851, en base de datos LexisNexis.

¹⁸ Al respecto, TURNER, Susan, cit. (n. 4), p. 495, para quien algunos de los presupuestos del artículo 62 son de carácter asistencial, por lo que en este sentido, la valoración de la cuantía dependerá de la situación económica general del solicitante. En el mismo sentido, CORRAL, Hernán, en *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*, artículo publicado en *La Semana Jurídica* N° 320, p. 6, que sostiene que los criterios del artículo 62 no son taxativos, por lo que el juez puede valorar otros aspectos, ya sea a favor o en contra del solicitante.

¹⁹ Así se deduce de algunos fallos, en los cuales se efectúan cálculos matemáticos para establecer la cuantía, como son por ejemplo, los de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 676-2006, y 10.333-2005. El primero de ellos en base de datos LexisNexis.

Este análisis no se encuentra como tampoco se encuentra el sacrificio económico producido por otras causas. En este sentido, el profesor José Luis GUERRERO BECAR²⁰, expone la interesante teoría del *trabajo de doble jornada*, según el cual, la mujer (especialmente), sufre un detrimento emocional y patrimonial al dedicarse conjuntamente a los hijos, el hogar y el desarrollo profesional. Esta interpretación, que de alguna manera me parece que comparte el profesor Hernán CORRAL TALCIANI²¹, al admitir toda clase de causas para el menoscabo económico, no se plasma en la determinación de la cuantía de la compensación. El único fallo que me ha parecido acercarse, es uno que considera este aspecto pero para determinar la procedencia de la compensación económica, no así la cuantía²². *En relación al régimen patrimonial del matrimonio*. Dado que el término del matrimonio por divorcio o nulidad es el detonante de la compensación económica, ocurrirá que se unirá a ella la liquidación de la sociedad conyugal en caso de existir. Podría pensarse que el resultado de esta liquidación incidirá en las facultades económicas de los cónyuges, y por ende, en la compensación económica²³.

A mi entender, el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal no debiera tener incidencia en las facultades económicas de los cónyuges, toda vez que simplemente se viene a partir la comunidad generada por este régimen, distribuyendo a cada uno de los cónyuges bienes que antes se poseían entre dos personas. En definitiva, solo se reconoce una situación anterior de dominio de bienes, antes radicados en los diversos haberes que conforman la sociedad conyugal. De esta forma, con la liquidación de la sociedad conyugal las facultades económicas no varían en lo más mínimo, ya que los bienes siempre han tenido a los mismos dueños, que son los cónyuges.

En sede jurisprudencial se ha reconocido alguna independencia entre ambas instituciones, así al menos se deduce de algunas sentencias, a saber, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en donde se señala que *finalmente, tampoco es impedimento para que prospere la demanda de compensación económica el hecho que los cónyuges hubieren contraído el matrimonio en régimen de sociedad conyugal, habiéndosele adjudicado a la actora un bien raíz, al practicarse la liquidación de la comunidad de bienes resultante a su disolución, según se desprende del instrumento público de fojas 40. No está de más precisar al respecto que al demandado también se le adjudicó un bien raíz, en la misma liquidación. Pero la mayor razón es que, según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, no existe incompatibilidad absoluta entre tal régimen de bienes y la compensación económica consagrada en los artículos 61 y 62.* (Juan Andrés ORREGO ACUÑA, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, p. 150, n. 166). Esta circunstancia, a juicio de estos juzgadores, si bien no impide el nacimiento del derecho, sin embargo, debe ser considerada al momento de fijar el monto de la compensación económica. También, en la ya citada sentencia de la Corte de Apelaciones

²⁰ *La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2006), pp. 55-94.

²¹ Cit. (n. 18) p. 7.

²² Corte de Apelaciones de Santiago, rol 10.228-2005, en base de datos LexisNexis, www.lexisnexis.cl.

²³ En doctrina se ha generado un debate en cuanto a la concurrencia copulativa de la compensación económica y los gananciales obtenidos por la liquidación de la sociedad conyugal. Al respecto, hay quienes –como Corral, Hernán, en cit. (n. 18), o Tapia, Mauricio, en entrevista sostenida con La Semana Jurídica– sostienen que un resultado favorable en la liquidación al cónyuge solicitante de compensación, lo inhibe de recibir esta última. Otros autores en cambio, apoyan la idea que se trata de situaciones con fines distintos. Al respecto, Pizarro, Carlos, cit. (n. 4) p. 93.

de Santiago, rol 676-2006, se señala que *consta en autos que los cónyuges se separaron de bienes y liquidaron la sociedad conyugal de común acuerdo, conforme lo autoriza el artículo 1723 del Código Civil, por escritura pública de 20 de diciembre de 1982, otorgada ante el notario de Talca Ignacio Vidal Domínguez, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial con fecha 4 de enero de 1983, adjudicándose cada cual, bienes por un valor cercano a los dos millones y medio de pesos de la época, cuestión que, en ningún caso, priva a la solicitante del derecho a compensación económica, en la medida que concurran los requisitos legales para hacerlo. En efecto, mientras la compensación económica está destinada a reparar el menoscabo que se produjo en el patrimonio de uno de los cónyuges como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común, en la medida que ello le impidió desarrollar una actividad remunerada, la liquidación de la sociedad conyugal es la forma ordinaria de poner término a la comunidad que se forma entre los cónyuges, al disolverse dicho régimen matrimonial, por cualquiera de las causas que contempla la ley. Lo anterior significa que los gananciales obtenidos al liquidar la sociedad conyugal, tienen una causa jurídica distinta e independiente de los hechos que motivan la compensación económica y, en consecuencia, no cabe sustitución alguna entre ellos. Cosa distinta es que al determinarse la procedencia y cuantía de la compensación, se atienda, entre otros criterios, a la situación patrimonial de ambos cónyuges.*

A mi juicio, en lo que concierne a las facultades económicas de los cónyuges, insisto no les afecta, al menos no más que el régimen de separación de bienes, toda vez que se trata de un elemento preexistente a la fecha de la solicitud de compensación económica.

En el establecimiento de la forma de pago de la compensación económica. Por último, vemos que las facultades económicas del cónyuge deudor, son relevantes al momento de determinar la forma de pago de la compensación económica conforme lo dispone el artículo 66 de la ley. Esta norma establece que *Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.*

La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia.

De lo expuesto, la forma de pago variará según si el deudor está o no en situación de pagar, facultándose la división en cuotas frente a la ausencia de bienes.

La práctica ha revelado que no obstante la intención excepcional del legislador, esta forma de pago se ha constituido como la recurrente.

CONCLUSIONES

1. En el trayecto recorrido en la ley de matrimonio civil gracias al examen de las facultades económicas de los cónyuges, pudimos notar que se trata de un tema presente en prácticamente todas las situaciones de esta institución. De partida, su fundamento, ya que la enmarcamos en el contexto de los efectos patrimoniales del divorcio y la nulidad. En este sentido, pudimos apreciar que la naturaleza jurídica de la compensación no tiene mayor relevancia a este respecto, sino que únicamente el tratarse de una prestación en dinero con fines varios. En seguida, como sustento del supuesto fáctico de la compensación, que es la existencia del menoscabo económico de uno de los cónyuges, toda vez que ello será analizado a

la luz de los elementos establecidos en el artículo 62, los cuales en su mayoría son de tinte económico.

Además se encuentra en la parte final del trayecto, esto es, el pago, como un elemento a considerar para establecer la forma de ello.

2. La idea de “facultades económicas de los cónyuges”, es un concepto que engloba a la institución, y que en definitiva, se encuentra implícito en cada una de las sentencias citadas, ya que a su vez comprende cada uno de los parámetros necesarios para la determinación de la compensación económica. En este sentido, si bien el artículo 62 contempla entre los parámetros de medición del menoscabo la situación patrimonial de los cónyuges, vemos que se trata de un concepto tan amplio que referirse a él implica necesariamente referirse a muchos de los otros aspectos dispuestos en la misma norma, por lo que siempre, necesariamente, la mirada sobre el aspecto económico o patrimonial de los cónyuges, será como algo principal y esencial.
3. Que no obstante lo anterior, a la hora de imponer una idea de tipo económico en materias propias del derecho de familia, surgen múltiples dudas y conflictos motivados por las diferencias sustanciales que existen respecto de esta área del derecho. A mi juicio, el legislador pormenoriza el tratamiento de la institución, intentando por una parte acabar cada detalle, pero por otro, de una manera suficientemente amplia para no generar interpretaciones demasiado restrictivas que limiten a los sentenciadores. Es así como se hace necesario dada la vasta reglamentación de excepción vigente, comenzar un trabajo de concientización de la especial regulación de esta materia en el ámbito económico.

HISTORIA DEL DERECHO

APROXIMACIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LA
HISTORIA DEL DERECHO.
SU RELACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y
CONTRACTUAL CHILENO

HUGO VILCHES FUENTES*
Universidad Arturo Prat

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más arduos y polémicos para el Derecho es el problema del efecto retroactivo que pueden tener algunas leyes. Desde antiguo ha sido preocupación de los juristas, particularmente en el ámbito del Derecho penal, atento a lo ilegítimo que puedan surgir normas de esta naturaleza y sus efectos contra la seguridad jurídica, el principio de legalidad de los actos de los órganos públicos y determinados derechos individuales de grave importancia de la persona humana.

Su contraparte, la irretroactividad de las leyes ha sido tratada por la dogmática moderna del Derecho a propósito de los problemas que se suscitan en la aplicación de las leyes en el tiempo o vinculados con su validez temporal, sin perjuicio de tener una tradición que arranca desde el Derecho romano, y tal vez desde antes a este. Sus tópicos han sido materia ineludible de la dogmática penalista particularmente a partir de la época ilustrada y de la llamada Escuela clásica del Derecho penal desde el momento en que se cuestiona abiertamente las arbitrariedades del Antiguo Régimen por el tratamiento legislativo de los delitos y las penas frecuentemente con efecto retroactivo.

Se intenta aquí dar con la existencia de este principio en el Derecho chileno, sus formas y modos de aplicación práctica en su Derecho Administrativo, en lo relativo a sus aspectos sancionatorios y contractuales particularmente a partir del análisis de algunos dictámenes de la Contraloría General de la República, de varias épocas, y de cuyo estudio podemos desprender una línea evolutiva en la interpretación y aplicación muy particular del principio atendida la diversa comprensión del mismo.

Se advierte que en el Derecho chileno hay una falta de regulación más precisa y acorde con el estado del Derecho en general y su relación con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política que nos rige. Ello porque el principio de irretroactividad tiene una regulación constitucional solo en materia penal no siendo procedente a nuestro juicio hacerlo

* Profesor de Historia del Derecho, Universidad Arturo Prat de Iquique. Doctorando en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hvilches@unap.cl.

aplicable en otras disciplinas del Derecho, con relación a lo disciplinario, preferentemente, atendido lo especial de sus contenidos jurídico-semánticos.

I. UN PANORAMA DE LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

En las épocas anteriores al Derecho escrito parece que no fue una preocupación de la comunidad y de los expertos y sostenedores del régimen jurídico el problema de la irretroactividad. En el Derecho consuetudinario parecían no existir conflictos de aplicación concreta de sus normas debido a la naturaleza de las mismas conforme a que "... la obligatoriedad procedía no solo de la reiteración de un determinado comportamiento, sino también de un elemento subjetivo, consistente en lo que la doctrina denomina "*opinio iuris*"¹.

Sin embargo, la observancia y aplicación de la norma consuetudinaria no se agotaba aquí y podían presentarse problemas de retroactividad de las normas. En efecto, esto se produce al invocar una costumbre en juicio que se estimaba aplicable, por lo que la decisión del juez iba a tener un efecto declarativo o constitutivo. En el primer caso, la cuestión no era problemática, pero en el segundo, la sentencia del juicio iba a tener un efecto retroactivo por cuanto la norma contenida en la decisión judicial, que establecía la norma consuetudinaria alegada, se iba a aplicar a hechos pasados², esto es, ocurridos con antelación al nacimiento del Derecho a aplicar.

Este misma situación se habría de presentar posteriormente en el devenir histórico del Derecho español, durante la Alta Edad Media española y en parte de la Baja, en un panorama jurídico o en lugares y zonas de insuficiente regulación normativa o simplemente debido a la inexistencia de un "ordenamiento formulado" lo que llevó al juez a aplicar la costumbre o, en su defecto, su "albedrío"³, sentencias, estas últimas, que tuvieron claramente un efecto constitutivo y por ende con efectos retroactivos o *ex post facto*.

En el Derecho romano existió como principio de general aplicación la irretroactividad de sus normas, particularmente de las escritas, ya de los edictos, como de las leyes o constituciones imperiales. Pero en la Roma republicana parece que era admitida para la mayoría de los casos el principio opuesto.

Con el paso a la época del Imperio se comienza a operar el establecimiento definitivo de este principio, como juicio de valor, la prohibición de dar efecto retroactivo a las leyes penales, pero aún así falta una consagración indubitada en alguna Constitución de los emperadores⁴.

Este tránsito de época, de la republicana a la imperial, a propósito del principio en estudio, se refleja en un pasaje de Cicerón cuando reprocha a Verres el haber promulgado en Sicilia una disposición a la que se atribuía efectos retroactivos. La confianza en el ordenamiento supone que "en un momento dado, todos tienen que prever las consecuencias jurídicas de sus acciones. Por ello, una norma nueva no puede regular hechos que se han producido bajo el

¹ SUÁREZ COLLÍA, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Editorial Actas (Madrid, 1994), p. 31.

² Cf. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho Español. El origen y evolución del Derecho*, t. I, 2ª ed. revisada (Madrid, 1964), pp. 248-249.

³ Cf. SUÁREZ COLLÍA, José María, cit. (n. 1), p. 34.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, t. II, Editorial Losada S.A. (Buenos Aires, 1964), pp. 608 ss.

imperio del Derecho preexistente; es válida, por el contrario, solo para lo que se verifica *post nunc legem rogatam*" (M.T. Cicerón, in Verres, II. 1. 42. 108).

En el Derecho romano postclásico, a través de la obra jurídica del Emperador Justiniano, se introdujo el recurso de calificar como interpretativas o aclaratorias normas innovadoras, con el propósito de que las mismas tuvieran efectos retroactivos. Hay aquí una práctica abusiva de reclamar la eficacia retroactiva de preceptos modificadores del ordenamiento, bajo el pretexto de que se trataba de normas cuya única finalidad consistiría en interpretar o aclarar normas anteriores en base al brocardo *novum ius nom dat sed datum significat*⁵.

Por otro lado, en el Derecho penal germánico, está aún ausente el principio de irretroactividad de las normas, tanto mientras está pendiente la lucha del Estado por imponerse sobre la potestad del individuo y las familias, como por el carácter acentuadamente consuetudinario de su Derecho y por la concepción materialística u objetiva del delito que primaba entre ellos⁶.

El Derecho penal canónico, en cambio, está informado por un sistema enteramente opuesto. En este sistema "... la exterioridad del delito tuvo ya escaso valor frente al elemento moral, en el que palpita la ofensa a la divinidad. Cuando el delito es un pecado y la pena penitencia, no puede considerarse pecador más que al que sabe que peca, y, por ende, solo puede ser sometido a penitencia, el que es consciente de transgredir una disposición legal. La no retroactividad de las leyes penales tiene, pues, notable reconocimiento en el Derecho penal canónico..."⁷.

En España, en el *Liber Iudiciorum* del reino visigodo promulgada por el rey Flavio Recesvinto y corregida luego por Ervigio, puede encontrarse una disposición que muy probablemente pueda ser el antecedente, al menos indirecto, del inciso segundo del artículo 9 de Código civil chileno, cuando establece "Que en ningún casos se vuelva sobre las causas terminadas, las otras se concluyan por el tenor de este libro, quedando los príncipes en libertad de añadir leyes. Cualquiera negocios de las causas que se hubieren incoado y aún no estuvieren concluidos, mandamos se terminen según estas leyes..."⁸.

También en Castilla y León, a través de las Siete Partidas, el rey Sabio insiste en que "el tiempo en que son comenzadas e fechas las cosas debe ser siempre acatado"⁹. En las denominadas Leyes de Estilo el principio de irretroactividad tiene una expresión bastante precisa al establecer "*ca lo que dice en el Fuero que dio el Rey después no se extiende a las cosas pasadas, e de antes fechas o mandadas, o otorgadas, más a las por venir*".

Es en el Derecho penal común europeo donde el principio de irretroactividad de las leyes penales encuentra un sentimiento muy generalizado y difundido. Los glosadores

⁵ Entre los administrativistas españoles ha sido objeto de estudio esta cuestión por José Luis VILLAR PALASI, en *El mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias*, Escuela Nacional de Administración Pública (Madrid, 1965).

⁶ BRUNNER, Heinrich, *Historia del Derecho Germánico*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, pp. 21 ss.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 4), p. 608.

⁸ GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho Español. Antología de Fuentes del Derecho Antiguo*, t. II, 2ª ed. (Madrid, 1964), p. 171. El texto citado continúa señalando "... Pero aquellas causas que (ya justamente) antes de que estas leyes se enmendasen por nuestra gloria, están falladas legalmente, esto es, según el modo legal que se ha observado en el pasado desde el primer año de nuestro reinado no puedan ser resucitadas en ningún caso". Su texto latino: "*Ut terminata causa nullatenus revolvantur, relique ad libri huius seriem terminentur, adicendi leges precipibus libertate manente. Quecumque causarum negotia incoata sunt, nondum vero finita, secundum has leges determinare sancimus. Illas autem causas, que (iam iuste) antequam iste leges a nostra gloria emendarentur, legaliter determinate sunt, id est secundum legum modum, qui ab anno primo regni nostri in preteritis observatus est, resuscitare nullatenus patimur.*" (edición, ZEUMER, *Leg. Vis* 58.60 y 61).

⁹ P. 3. 14. 15.

enseñan esto a partir del estudio del *Corpus*. Su desarrollo llega al punto “... que no faltan escritores que afirmen el principio de la retroactividad de la ley más benigna, y que la mitigación de la penalidad, introducida por leyes posteriores, aprovecha incluso a los condenados¹⁰.”

En lo que a nuestra tradición más cercana concierne, el monje franciscano Alfonso de Castro¹¹, del movimiento escolástico renacentista español, se pronuncia sobre la improcedencia de la ley penal retroactiva seguramente como una reacción a las amplias facultades de los reyes castellanos de dictar normas con este carácter atento a una prolongación de facultades que tienen una vieja raigambre en el devenir histórico-jurídico español a propósito de la interpretación, aplicación y de la existencia de lagunas en las leyes¹². Ya en las Leyes de Toro de 1505 hay normas con efectos retroactivos que alcanzan a supuestos de hecho que “hayan acaecido y pasado antes de que las dichas leyes se hiciesen y ordenasen”¹³, confirmando la tradición castellana leonesa.

Posteriormente, también hay un desarrollo importante del principio en la tradición del *common law*, salvo algunos casos de retroactividad que se presentaron en Inglaterra, por motivos políticos, particularmente durante los Estuardo. En el Proyecto de Constitución norteamericana aparece formulado como *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, antes de la proclamación del *Bill of Rigts*.

En el Derecho continental europeo este principio halla su fundamento en los derechos individuales de la Ilustración y, por la vía de su consagración en la Revolución Francesa, pasan al resto de las legislaciones posteriores de Europa. La Constitución de Francia de 22 de agosto de 1795 establecía “ninguna ley, ni criminal ni civil, puede tener efecto retroactivo”. El Código de Napoleón de 1804 en su artículo 2º consagra igual principio¹⁴ y también el recogido en el artículo 4º del Código penal francés de 1810. La jurisprudencia teórica ha subsanado la falta de pronunciamiento legislativo sobre la extractividad de la ley penal más benigna¹⁵.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 4), p. 609. Este cree que SEEGER en *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze* (Tübinga, 1862), fue el primero en demostrar que la racionalidad de este principio se le debe a Ricardo MALUMBRANO, en el siglo XVI. Este postulado sería muy relevante en el devenir del Derecho penal moderno porque morigeraría los rigores de la irretroactividad absoluta que podrían llevar a situaciones más penosas y onerosas a los castigados.

¹¹ La obra en que DE CASTRO formuló estas y otras cuestiones que se consideran precursoras del moderno Derecho penal en *La potestad de la ley penal*, escrita en 1551. Considerar que esta fecha es clave para comprender su significación en el contexto político-jurídico español y europeo de la época.

¹² Aquí se presenta un aspecto similar a los problemas de irretroactividad que se presentaban en el Derecho romano postclásico que, a través de una ley interpretativa, se alcanzaban efectos retroactivos, como se ha señalado *ut supra*. En el reino visigodo frente a una norma oscura o dudosa, o derechamente frente a ausencia de normas, lagunas o vacío legal, con que se encuentra un juez para resolver un caso, que está actualmente conociendo, debe excusarse de resolver y remitir el caso al rey para su interpretación o inteligencia o bien la creación de una norma nueva que resuelva la contienda pendiente. Hay, evidentemente, con esta operación, propia de monarquías muy absolutistas y concentradoras de poder político, una posibilidad latente de dictar leyes con carácter retroactivo. Sobre la historia del principio de inexcusabilidad o de “referencia al legislador” *Cfr.*, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia del “referimiento legislativo”* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, I: *Derecho romano*: VI (Valparaíso, 1981), pp. 13 ss.; Del mismo autor, *Historia del referimiento al legislador*, II: *el derecho nacional chileno*, VII, 1982, pp. 107 ss. También en este tema ver: FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica, *Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XVIII (Valparaíso, 1996), pp. 107 ss.

¹³ Real Cédula de don Fernando y D^a Juana (conformando la Real Cédula de 7 de marzo de 1505 de doña Juana de Castilla), dada en Sevilla el año 1511, y recogida en la *Nueva Recopilación* 2.1.6 y en la *Novísima Recopilación* 3.2.6.

¹⁴ El artículo 2º del *Code Civil* establece: *la loi no dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'efect rétroactif*.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, cit. (n. 4), p. 611.

En este estado de desarrollo del Derecho legislado se encontraba el principio de irretroactividad de las leyes cuando es recogido en forma casi transliterada en el artículo 9º del Código Civil chileno. Sin embargo, Bello no se limitó a consagrar el principio en cuestión sino también a salvar por esta vía los viejos problemas, que venían presentándose en el desarrollo del Derecho, en el tiempo y el espacio, desde el Derecho romano postclásico, que significaron eventuales transgresiones del principio a través de la dictación de normas interpretativas del legislador (la mal llamada “interpretación auténtica” nuestra del artículo 3º del Código Civil chileno).

Esto significó una clara limitación a las facultades de este de la forma que no lo estableció el primer constitucionalismo¹⁶. Solo a partir de la Constitución de 1823 se recoge el principio en materia penal¹⁷. Dicho principio también fue consagrado en las Constituciones de 1828¹⁸, 1833¹⁹, y 1925²⁰. Nótese, por último, que la denominación de estos textos jurídico-políticos no todos son iguales²¹.

II. PANORAMA DE LA IRRETROACTIVIDAD EN EL DERECHO CHILENO VIGENTE

Para introducirnos en los aspectos de la rúbrica vale tener presente una referencia doctrinal del problema de la retroactividad, ideas que las normas escritas han recogido nítidamente: “Cuando una ley está en vigor se impone aplicar las consecuencias jurídicas en ella contenidas, a la conducta humana que bajo su imperio se produce. De aquí resulta que el deber de aplicarla se limita al tiempo en que la ley rige, y tal deber se excluye cuando un hecho acontece antes o después de su vigencia. Con esto queda reafirmado el principio de la *no retroactividad* y de la *no ultraactividad* de las leyes: es decir, que todo acto ha de medirse con la ley que en su tiempo impera: *tempus regit actum*. En Derecho penal vale este principio, pero la

¹⁶ Nos referimos a ese tan incipiente y provisorio intento de constitucionalizar los resultados de la lucha autonomista, con pretensiones separatistas, que se desarrollan durante la llamada “Patria Vieja”, que CAMPOS HARRIET denomina como una “época de los primeros ensayos de organización constitucional”, en *Historia Constitucional de Chile* (Santiago, 1997), pp. 325 ss. BRAVO LIRA ha preferido denominar la expresión “carrusel de constituciones 1811- 1830” aunque se refiere a todas las dictadas hasta 1830, pero reconoce que las constituciones de la denominada Patria Vieja “son documentos demasiados escuetos como para ser considerados como una constitución”, en *El Estado de derecho en la Historia de Chile. Por la razón o la fuerza*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pp. 271 ss.

¹⁷ El artículo 122 de la Constitución Política del Estado de Chile, promulgada el 29 de diciembre de 1823, establece que “Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho”; en VALENCIA AVARIA, Luis (comp.), *Anales de la República, Textos constitucionales de Chile y Registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo desde 1810*, Editorial Andrés Bello, 2ª edición (Santiago, 1986), p. 131.

¹⁸ En el artículo 15 se establece “Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo”, VALENCIA AVARIA, Luis (comp.), cit. (n. 17), p. 155.

¹⁹ El artículo 133 establece “Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”, *Idem*, p. 192.

²⁰ El artículo 11 establece “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”, *Idem*, p. 218.

²¹ Según nuestra opinión esto no es una mera curiosidad desde que refleja las concepciones que están detrás de cada uno de estos textos constitucionales. La del año 1823 se denomina “Constitución Política del Estado de Chile”; la de 1828 “Constitución Política de la República de Chile”, la de 1833 “Constitución de la República de Chile” (en una edición posterior de esta Constitución se le nombra “Constitución Política de la República de Chile, jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833, con las reformas efectuadas hasta el 26 de junio de 1893”, Imprenta Nacional (Santiago, 1893); y la de 1925 “Constitución Política de la República de Chile”, VALENCIA AVARIA, Luis (comp.) *Idem*, pp. 115, 153, 172 y 214, respectivamente.

propia índole restrictiva de libertad de las leyes penales impone una excepción: *retroactividad de la ley más favorable*²².

El principio de irretroactividad está consagrado en el Derecho chileno vigente en varias normas escritas, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la tradición histórico-dogmática. En efecto, este principio ha tenido aplicación ininterrumpida, en materia penal, casi desde los comienzos de la República, concretamente, como hemos demostrado, desde la Constitución Política de 1823. Ininterrumpida porque si bien ese Código político está derogado y se han dictado otros cuatro más, de cuyos textos solamente el último (el de 1980) está vigente, ha operado sin solución de continuidad hasta la actualidad, sin perjuicio de su establecimiento en el Código penal de 1875.

En efecto, tenemos la persuasión de que en Chile ha regido una Constitución en forma continuada, que podríamos denominar permanente o inalterada, debido a que si bien han regido varios textos de esta clase hay un importante cúmulo de normas constitucionales y principios, de ellas derivadas, que no han sido derogados verdaderamente al ser recogidas en forma íntegra o casi totalmente en la Constitución posterior, produciéndose el fenómeno de grandes proyecciones un autor ha denominado como “Constitución translaticia”²³ en tanto hay conceptos y significaciones constitucionales que han permanecido de Carta en Carta, hasta la que nos rige en la actualidad.

En este contexto es que nos permitimos señalar que en el constitucionalismo chileno hay una conciencia muy arraigada de la importancia del principio de irretroactividad, al menos en materia penal y del cual se han hecho aplicaciones en otros ámbitos del Derecho, y en el ámbito del Administrativo, particularmente en los aspectos disciplinarios y contractuales.

Así, en el inciso séptimo del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 se establece que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una Ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva Ley favorezca al afectado”. La disposición citada reúne los dos principios que hoy constituyen lo que la dogmática penal, particularmente luego de la fórmula genérica ensayada por Vicente MANZINI, denomina: “No extractividad de las normas penales más restrictivas de libertad”, entendida esta en el sentido más lato²⁴. Esto implica que se consagra la irretroactividad como regla y la retroactividad más benigna, como excepción.

Esto implica dejar de lado consagrar exclusivamente la irretroactividad como principio absoluto, que venía dado en Chile en los primeros textos constitucionales, incluso en la de 1925, que nada dijo acerca de la retroactividad de la norma más benigna. Sin embargo, con la dictación del Código penal chileno de 1875 legislativamente se hacen variar un poco las cosas.

En efecto, el original artículo 18 de dicho Código comprendía únicamente los dos primeros incisos. En el primero establecía el principio de irretroactividad como regla general en virtud del cual “Ningún delito se castigará con otra pena que la le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. En el inciso segundo se consagra una irretroactividad de la ley más benigna, pero solo en forma relativa, en tanto no hace extensiva

²² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 4), p. 617.

²³ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX* en KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990, p. 245.

²⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 4), p. 617.

sus efectos a las sentencias condenatorias firmes o ejecutoriadas, sino solo en aquellos casos en que se promulgue una nueva ley antes de dictarse sentencia de término.

ETCHEBERRY señala que la jurisprudencia, interpretando la expresión “sentencia de término”, ha señalado que debe entenderse como “... la sentencia definitiva contra la cual no estuviere pendiente ni fuere ya posible interponer recurso alguno”²⁵. La Comisión Redactora del Código penal estimó que extender la aplicación de la norma retroactiva más benigna más allá de la sentencia de término era inapropiado y que ello deberían ser materias propias de indultos o de otras vías extraordinarias.

Sin embargo, mediante Ley 17.727 de 1972, vigente desde la Unidad Popular, se modificó el artículo en comento agregándole un tercer inciso mediante el cual se hace aplicable la ley retroactiva más benigna en forma absoluta en favor del condenado, esto es, los efectos de la nueva norma van más allá en el tiempo y se prolonga luego de dictada la sentencia de término, para el cual el juez debe proceder, incluso, de oficio. Los efectos prácticos de la norma son muy amplios y parece que ellos no fueron medidos por el legislador, puesto que obliga a modificar todas las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia en Chile, que estaban produciendo sus efectos normales, lo cual parece un despropósito.

Este análisis no está completo si no indicamos que en la disposición constitucional citada vigente se innovó respecto de las anteriores disposiciones de igual naturaleza desde el momento que agrega la frase “... a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Su interpretación armónica debe ser, a nuestro juicio, que rige el principio de la irretroactividad como regla y la retroactividad de la ley más benigna y por lo tanto debe hacerse aplicable íntegramente lo señalado en el artículo 18 del Código Penal.

Finalmente, en este punto y para completar la historia legislativa del artículo 18 del Código penal chileno, hay que señalar que mediante ley 19.806 que estableció normas adecuadas al nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que se ha implementado recientemente en Chile se modificó levemente el inciso tercero de dicho artículo, en cuanto agrega las palabras “o única” entre la palabra “primera” e “instancia” y suprime la frase “... y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva”. Las razones de la reforma son de carácter procesal ya que, en el primer caso, respecto de las sentencias dictadas por los tribunales orales del juicio oral en lo penal no es susceptible del recurso de apelación, esto es, son de única instancia, y respecto de la segunda modificación tales tribunales, debido a su carácter colegiado, resolverán por sí estos asuntos, sin necesidad de consultar a la Corte de Apelaciones de su jurisdicción.

Para la aplicación del principio de irretroactividad en las demás disciplinas del Derecho ha sido necesario recurrir al principio civilista de la especialidad, esto es, que no existiendo normas especiales rige la norma general o común²⁶ establecida en el Código civil en la materia que se contiene en su artículo 9º, por el cual la ley solo puede disponer para lo futuro, y no y tendrá jamás efecto retroactivo. Luego, las leyes interpretativas son retroactivas, pero en virtud de una ficción legislativa se entienden incorporadas al texto

²⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. I, 3ª ed. (Santiago, 1997), p. 144. Cita un fallo publicado en Gaceta de los Tribunales, 1935, 1º Semestre, p. 287 (sentencia de la Corte Suprema de 31 de mayo de 1935).

²⁶ Para una completa referencia del concepto de Derecho Común y la historia de su noción (y derecho propio o especial y cómo puede aplicarse en ciertas situaciones) ver Prólogo de Alejandro GUZMÁN BRITO a la obra de BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1989).

interpretado. A nuestro juicio, no pueden ni deben ser abusivas y arbitrarias y que violen el espíritu de los fines y naturaleza de las disposiciones que se interpretan bajo el riesgo de caer en flagrante retroactividad, cuestión, por demás, no enteramente prohibida al legislador, salvo en algunos aislados casos.

La norma contenida en este artículo 9º del citado Código civil, por el peso y autoridad casi incontrarrestable que ha gozado este texto, por el prestigio de su redactor en la tradición jurídica republicana, entre los autores y la jurisprudencia, es que ha tenido una aplicación general en las demás disciplinas del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la facultad del legislador de dictar normas retroactivas ya que el principio de irretroactividad no está ni ha estado consagrado expresamente en ninguna de las constituciones políticas de la República, salvo en materia penal como se ha dicho.

Ahora, como el legislador en incontables situaciones ha tenido que dictar normas con efectos retroactivos toda controversia en orden a su inteligencia y aplicación debe regirse conforme lo dispuesto en la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes destinada a zanjar las dificultades o “los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas”²⁷. Esta ley también ha tenido una amplia aplicación incluido el ámbito del Derecho público.

III. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR EN SU RÉGIMEN CONTRACTUAL Y DISCIPLINARIO

En Derecho público es elemental principio y regla que rige en él y es posible ejecutar solo aquello que está expresamente permitido, brocardo cuya contraparte es que en Derecho privado es posible hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Ambos sectores tienen sus propias dinámicas, digamos separadas y obedeciendo a principios y reglas propias²⁸. Sin embargo, en materia de irretroactividad el Derecho público se ha servido de las normas del privado. Pero estas divisiones no son tan tajantes y cada una de estas zonas está matizada por condicionantes especiales. Así, si en el Derecho penal, que tradicionalmente se le ha ubicado como una disciplina de Derecho público, su piedra de toque en materia de irretroactividad es la libertad de las personas, entendida como facultad de desplazarse o locomotora. En el Derecho privado, en cambio, el fundamento de la irretroactividad son los derechos adquiridos a través de las leyes y los contratos y ciertos derechos individuales fundamentales, como el derecho de propiedad.

²⁷ Parte del artículo 1º de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861, dictada solo cuatro años después de la entrada en vigencia del Código civil, ubicada sistemáticamente como ley descodificada o “complementaria” en el Apéndice del citado Código.

²⁸ La cuestión de distinguir dónde comienza y terminan los respectivos ámbitos del Derecho Público, del Privado así como la noción de Orden Público resulta discutible, aunque creo que es muy interesante su determinación para una acertada delimitación de las facultades que tienen los diversos sujetos de derecho, incluido el Estado en ellos. Este aspecto ha interesado a muchos juristas y, al parecer, el punto de partida de la controversia es saber desde cuándo existe genuinamente el Estado de Derecho, si antes o solo después del Constitucionalismo, cuestión capital a mi juicio para definir y establecer las características del Derecho Administrativo republicano. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Moisés Nilve, trad.), EUDEBA (Buenos Aires, 1960), cap. XI y XII. Vid. opinión a propósito de la noción de Orden Público en Cicu, Antonio, *El Derecho de Familia* (Santiago Sentís Melendo, trad.), Ediar S.A. (Buenos Aires, 1947), pp. 35-39. En ellas se pregunta acerca de la existencia de un *tertium genus* interpuesto entre el Derecho Público y el Privado, como una “zona gris”, la que no resuelve sino que atina a señalar que como la realidad es tan infinita y multiforme hay conceptos y formas que siempre serán ambiguos e indefinibles.

Así como el Derecho público lo conforma un amplio espectro de normas que atañen a la regulación de las relaciones entre las personas y la organización sociopolítica, ellas no pueden ser sino de diversa índole, incluidas las del Código Civil y demás normas especiales atinentes, a pesar del exclusivismo normativo que pueda reclamarse para la Administración del Estado o para ciertos ámbitos de ella²⁹.

En lo relativo a la irretroactividad de las leyes, el Derecho administrativo ha hecho aplicación del mismo en alguna de sus zonas. A nosotros nos ha parecido de interés revisar la jurisprudencia administrativa relativa a la administración en su papel de contratante y de ente sancionador.

El principio de irretroactividad y los contratos administrativos. Los dictámenes revisados en esta materia de los últimos 28 años, emanada de la Jurisprudencia (administrativa) de la Contraloría General de la República, nos arrojan un invariable parecer en la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes asimilándolo a lo que aquella denomina “el principio de irretroactividad de los actos administrativos”, pero en cuya orientación no se ajusta a lo que auténticamente es el principio en estudio al confundirla con otros institutos.

En efecto, pensamos que en los dictámenes revisados en materia contractual hay una errónea interpretación del alcance del principio en la parte y a la hora de determinar cuándo o en qué momento un acto administrativo contractual ha quedado totalmente tramitado. Se ha estimado que antes que uno de estos actos esté totalmente concluido no puede producir efectos jurídicos, en ningún sentido, como tampoco no puede ser subsanado por la conclusión posterior del mismo. En este caso se estima que en virtud del principio de irretroactividad de los actos administrativos es que concluido o terminado en su tramitación total del acto respectivo solo desde ese momento comienza a producir sus efectos en adelante³⁰. Por modo que cualquier ejecución del mismo, durante alguna de las fases previas del mismo, no ha tenido ni puede tener la virtud generar derechos y obligaciones para las partes.

Para determinar cuál es el momento de efectiva conclusión de la tramitación de un acto administrativo en general se ha dicho que “... se entiende por total tramitación el hecho de que el acto emanado de la administración cumpla con todas las instancias legales para su plena eficacia, siendo la naturaleza de su contenido la que determine los trámites a que deben someterse aquellos, entre estos y cuando proceda la toma de razón y su publicación si la ley lo ordena o afectan indeterminadamente a particulares³¹”.

Sin embargo, en los actos administrativos contractuales no es que se esté vulnerando el principio de irretroactividad que deben regir tales actos, sino que lo que en realidad ha ocurrido es que se han vulnerado los principios y normas que reglan la manifestación de voluntad de los órganos de la administración.

En efecto, ante un acto administrativo contractual la Administración del Estado, como persona jurídica, actúa del mismo modo que lo hace una persona natural en materia de consentimiento (exento de vicios) para la existencia y validez de los actos jurídicos o

²⁹ Cfr., PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *El derecho administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1994), pp. 43 ss.

³⁰ Para los casos en comentario hemos tenido a la vista y revisado los Dictámenes de la Contraloría General de la República, números 77.962/76; 33.523/82; 24.021/90; 10.006/91; 1.149/93; 14.550/93; 761/94; 17.267/99; 25.078/99; 39.751/03, Fuente: Boletín y Base de Datos Automatizada de Jurisprudencia de la Contraloría General de la República, Santiago.

³¹ Dictamen N° 39.751/03.

convencionales obligacionales. Así, si no han concurrido todos los órganos de la administración, que la ley señala para cada caso, y si no se cumplen y observan todos y cada uno los trámites y pasos que se han establecido previamente no puede nacer válidamente a la vida del Derecho administrativo público un contrato porque en realidad no se ha celebrado efectivamente. En terminología civilística no se ha perfeccionado el acto de que se trata porque falta uno o más actos para su plena ejecución.

En estas condiciones, si se le otorgara validez a uno de estos actos o contratos de Derecho público no es que se esté vulnerando al principio de irretroactividad, sino que simplemente ha ocurrido que al no estar concluido o totalmente tramitado el acto este no ha nacido de modo que no puede producir los efectos jurídicos, en ninguna de sus partes, queridos por las partes contratantes.

Por ello, en suma, pensamos que si bien se reconoce, en materia administrativa contractual pública, la importancia y aplicación del principio de irretroactividad no se le ha dado una correcta aplicación en este ámbito, máxime cuando no se han mencionado las normas de derecho público de donde emanarían este principio, salvo los artículos 10 y 54 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República³² que para el principio en estudio resultan totalmente irrelevantes.

El principio de irretroactividad y el derecho administrativo sancionatorio. Una primera mirada al derecho sancionatorio administrativo y su vinculación con el principio de irretroactividad nos lleva naturalmente y en forma inmediata a aplicar las normas que existen a este respecto para el Derecho penal puesto que sería perfectamente análoga.

Entonces, la primera cuestión que resulta de interés más teórico que práctico, en principio, es preguntarse acerca de lo procedente que resulta aplicar la irretroactividad de la ley penal que tiene una doble consagración normativa, constitucional y legal.

JIMÉNEZ DE ASÚA es de aquellos que piensa que el derecho punitivo dista no esencialmente pero sí naturalmente del derecho disciplinario o sancionatorio del Estado o de sus órganos para la represión y castigo de las faltas que se cometen por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

A nosotros nos parece muy discutible esta postura, a pesar de la evidente plausibilidad de sus fundamentos y del prestigio del autor mismo. Merece nuestra atención y consideración. Fundamentalmente se piensa que las facultades que detenta el órgano público para estos fines emanan de su poder de mando derivada a su vez de la estructura jerárquica de su sistema organizativo.

Ahora bien, de la revisión de los dictámenes de la Contraloría General de la República sobre las materias sancionatorias administrativas³³ podemos colegir que su orientación interpretativa es dar plena aplicación a las normas constitucionales penales y penales propiamente tales acerca del principio de irretroactividad precisamente porque el Derecho administrativo carece de disposiciones especiales a este respecto³⁴. Es decir, a falta de normas

³² Vid., Dictamen N° 17.267/99.

³³ Para este aspecto estudiado hemos tenido a la vista de la Contraloría General de la República los dictámenes números 32.600/93; 7.355/00; 25.961/00; 6.926/01; 29.333/01; 38.075/02; y 16.456/04. También hemos revisado todos los dictámenes emitidos a propósito de los comentarios al nuevo artículo 152 del Estatuto Administrativo, en *Ley N° 18.834 Estatuto Administrativo interpretado, coordinado y comentado. Jurisprudencia administrativa*, Contraloría General de la República (Santiago, 2002), pp. 490 ss.

³⁴ En comentario al inciso 2° del artículo 152 del Estatuto Administrativo se señala que “La potestad disciplinaria de la Administración es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez,

propias hace una aplicación general del principio sin que importe la fuente disciplinar normativa de que provenga.

A nosotros nos parece que es posible dudar de la aplicación de este principio, así como que es pertinente aplicar los principios del derecho penal en el administrativo sancionador, no porque no pueda tener saludables efectos para el sancionado en algunos casos sino porque ambas ramas parten de supuestos distintos. El derecho penal es la última *ratio*, la herramienta desagradable y final de que dispone la sociedad para reprimir aquellos actos nocivos para la sociedad en su conjunto (salvo los delitos de acción privada). En cambio, en el Derecho administrativo disciplinario el fundamento de la persecución de la falta o trasgresión de sus normas está en el derecho de corrección del órgano superior jerárquico. Para este ámbito sancionador, diverso del derecho penal según nuestro parecer, el Código civil chileno, en su artículo 544 lo ha denominado “el derecho de policía correccional” sobre sus asociados, a nuestro parecer perfectamente análoga.

En el Derecho administrativo “los asociados” serían los funcionarios de la burocracia del Estado, los que a su ingreso saben sus derechos y obligaciones y las sanciones y procedimientos a que quedan sujetos en caso de incumplimientos y faltas que sus normas estatuyen. Pensamos que a igual régimen “disciplinario” se sujetan los hijos respecto de sus padres en tanto tienen estos la facultad de corregir a aquellos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal (artículo 234 del Código Civil).

Como fuere el Tribunal Constitucional en fallo de 27 de diciembre de 1996, Rol N° 244, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, en su considerando 9° sostuvo que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado”.

Ahora bien, si la administración en materia sancionatoria hace aplicables los principios y normas del Derecho penal no lo es en todos los casos o con la prolijidad suficiente.

En efecto, sobre el particular vale la pena comentar un curioso dictamen en que si bien recoge el principio de irretroactividad como regla general, no reconoce ni aplica el principio penal de retroactividad de la ley más benigna³⁵. Se señala ahí que no tiene aplicación la causal de extinción de la responsabilidad administrativa por prescripción de la acción disciplinaria, prevista en el artículo 151 letra d) la Ley 18.834, particularmente en aquellos procesos disciplinarios iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de dicho texto legal, esto es, el 23 de septiembre de 1989 y ello porque en tal caso la acción disciplinaria de la administración se ejerció bajo el imperio de una normativa anterior que no establecía regla alguna sobre la prescripción de la misma, esto es, el Decreto con Fuerza de Ley N° 338 de 1960. Se resuelve que los plazos de prescripción previstos en el Nuevo Estatuto Administrativo solo pueden empezar a contarse desde la data de entrada en vigencia de este texto legal “... pues un parecer distinto vulneraría el principio de irretroactividad de las leyes”. Este Dictamen aplica dictámenes Nos 10.97290 y 3.301/92 y confirma criterio del dictamen N° 2.126/93.

Este dictamen es cuestionable por dos razones, una por la ya dicha, esto es, no aplica el principio penal, constitucional y legal, de la retroactividad de la ley más benigna, y, segundo,

junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado. Ello ha llevado a entender que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario, en *Ley N° 18.834...* cit. (n. 33), p. 493.

³⁵ Vid. Dictamen N° 32.600/93 en Boletín de Jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

porque entendemos que ante la inexistencia de norma acerca de la prescripción de la acción disciplinaria en el D.F.L. 338 de 1960 se aplicaban las normas de prescripción extintiva de acciones del Código civil, aún con todo lo cuestionable que resultaba su aplicación. Y más criticable aún ya que si no existía norma alguna de prescripción de acciones disciplinarias en textos normativos del Derecho administrativo debió de aplicarse, supletoriamente, las normas de prescripción de acciones del delito y de la pena del Código penal, lo cual tampoco se hizo.

CONCLUSIONES

El principio de irretroactividad, como se ha demostrado, es de larga data en la historia del derecho occidental. Tiene una existencia milenaria mayor aún desde que se avizora su aplicación desde las épocas del derecho consuetudinario de los pueblos prerromanos y cuya aplicación la realizaban los jueces al momento de resolver aplicando una norma de costumbre cuya existencia o procedencia se discutía.

Luego, atendida la naturaleza de última *ratio* que posee la norma penal es que la aplicación de este principio resultó más lógica y coherente en su aplicación y desarrollo legislativo. La doctrina y la jurisprudencia colaboraron con ese proceso de profundización del principio, llegándose a formular la idea que no era deseable solo la irretroactividad de la norma, sino también la que prescribe la retroactividad de la ley más benigna que si, paradójicamente rompe el principio de irretroactividad, lo hace de modo tal que resulta generoso y humanamente aceptable.

Dicha realidad es plenamente coherente con la idea que el Derecho penal se ha ido “dulcificando” a través de su evolución histórica principalmente en sus procedimientos y en las penas.

Sin embargo, desde que el mismo principio fue recogido en el Derecho Civil las demás disciplinas del Derecho también lo han ido adoptando para sus soluciones particulares con resultados no muy felices en algunos casos. Nos ha tocado revisar para otros menesteres la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, en lo referente a la materia, y lo hace aplicable este principio en varios aspectos. De todos ellos, nos parece carente de lógica y procedencia que se aplique para las cuestiones de contratos administrativo-públicos.

Una importante conclusión, si no la más importante de este trabajo, es la del escaso reconocimiento constitucional del principio particularmente en lo atinente a constituirse en uno de los más relevantes bastiones y garantía de derechos fundamentales, no solo en materias penales, sino particularmente civiles y del ámbito de los derechos extrapatrimoniales

Sabemos que la cuestión puede ser objeto de arduo debate en este punto y en otros relacionados con él, lo cual sería gratamente sintomático, puesto que de ese modo comprobaríamos que el derecho constitucional habrá devenido, por fin, en la más significativa disciplina del Derecho, como norma y ciencia.

DERECHO ROMANO

EL SISTEMA DE ACCIONES DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO COMO MODELO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

RAÚL SOTO VILLAFLOR*
 Universidad Arturo Prat

ANTECEDENTES.

El actual procedimiento administrativo español ha recogido del derecho romano sus aspectos fundamentales. Se basa en el procedimiento *per formulas* de la época clásica romana, cuya principal característica es la identidad entre la acción y el derecho. Los juristas romanos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes contenidos en las acciones sino de las condiciones en que puede ejercitarse una acción y de la reparación que podía conseguirse con ella. Esta característica del llamado “Sistema de acciones” ha sido aprovechada buenamente en el presente del derecho administrativo español.

El interés de los administrativistas españoles en el sistema de acciones romano se debe a la relevancia que los estudios de derecho romano tuvieron en Europa durante la primera mitad del siglo XX¹, sin embargo estos estudios no llegaron a España sino después de la guerra civil (1936-1939). En el siglo XIX los estudios de derecho romano gozaban en España de una importante tradición, en aquellos tiempos el prestigio del derecho romano consistía en ser “fundamento del derecho vigente”. A ello contribuyó el *curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*, en dos volúmenes (Madrid, 1874) del jurista Pedro Gómez de la Serna² (1806-1871).

En los primeros decenios del siglo XX, los romanistas españoles comienzan a escribir manuales de estudio, y la actividad de tres de ellos impulsará los estudios científicos en derecho romano, abandonando con ello la idea decimonónica, me refiero a Francisco de Pelsmaeker (1901-1973), José Santa Cruz Tejeiro (1902-1987) y Ursicino Álvarez (1907-1980). Sin embargo el gran cambio viene con Álvaro D’Ors a partir de la publicación de *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943). Esta obra de D’Ors era su plan de docencia e investigación que se proponía llevar a cabo como catedrático. La importancia de los “*Presupuestos*” es que a partir de ella nace la denominada “Escuela Compostelana”,

* El autor es Profesor de Derecho Romano en la Carrera de Derecho de la Sede Victoria de la Universidad Arturo Prat, y además, Jefe de Carrera en ella. Cursa actualmente el Programa de Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Los romanistas más destacados; Otto Lenel (1849-1935), Moriz Wlassak (1854-1939), Vittorio Scialoja (1856-1933), Silvio Perozzi (1857-1931), Ludwig Mitteis (1859-1921), Pietro Bonfante (1864-1932), Salvatore Riccobono (1864-1958) y Leopold Wenger (1874-1953).

² Presidente del Tribunal Supremo (1869). Cfr. CASTÁN VÁSQUEZ, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* (2ª época) 25 (1953) 26-29.

cuyo lema investigador puede resumirse con las palabras; “Palingenesia crítica y sistema de acciones”. El desarrollo de los estudios romanísticos en España, durante la segunda mitad del siglo XX ha sido marcado por la Escuela Compostelana.

SISTEMA DE ACCIONES

El derecho romano entendido como un sistema de acciones es la gran contribución de la Escuela Compostelana de derecho romano. Para explicar su contenido necesariamente nos tenemos que referir a su fundador, el profesor Álvaro D’Ors Pérez-Peix.

D’Ors dice³ que la acción es el acto jurídico por excelencia, es decir, la actuación enderezada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) de un juez privado. El que la ejercita es un actor (demandante) y el demandado es designado como aquel *cum quo agitur*, o defensor; el objeto del litigio es la *res de qua agitur*. Para Schulz⁴ el derecho privado clásico es, en gran parte, un derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Samper⁵ señala que la característica más notoria del llamado derecho clásico sea la absoluta correspondencia entre acciones y derecho, lo cual se puede expresar diciendo que el *ius* aparece como una realidad eminentemente judicial, reducida, inclusive, al ámbito de las reclamaciones privadas.

El sistema clásico de acciones no pudo ser estudiado completamente antes del descubrimiento de *Institutus* de Gayo en 1816. El libro cuarto de esta obra se ocupa del *ius ad actiones pertinent*. Los juristas del siglo XX diferenciaron, entonces, el procedimiento postclásico romano (*cognitio extraordinem*) de aquel que existió con anterioridad, en la época clásica (el *agere per formulas*).

En un primer momento del estudio del derecho clásico se intentó asimilar el concepto de *actio* romana al de “pretensión” (en alemán *Anspruch*). También es ajena a la genuina idea clásica del derecho el concepto de “proceso”, entendido como una serie sucesiva de actos preclusivos que conducen a una sentencia, la palabra *processus*⁶ no se usa en sentido procesal en Roma, no tiene vinculación alguna con el derecho.

El desarrollo del litigio (*lis*) recibió el nombre de *actio*, por lo que al hecho de litigar se le llama *agere*, al igual que la primitiva actividad asesora de pontífices y prudentes⁷. Se desprende de lo anterior que la acción está encaminada a obtener un pronunciamiento del juez (*iudicatum*) que resuelva la controversia: en sentido primitivo la acción constituye aquella condición necesaria para que el juez declare *ius* un determinado acto de violencia privada, o dicho en otras palabras, la ritualidad o forma por medio de la cual se ha de encauzar la violencia⁸. Samper explica que este sentido general de la *actio* derivó a otro más restringido y técnico de reconocimiento formal hecho por el magistrado de que determinada persona puede entablar una concreta reclamación destinada a obtener el *iudicatum* (*actionem dare*).

³ D’ORS, Álvaro, *Derecho Romano Privado*, Ediciones de la Universidad de Navarra (Pamplona, 1992), p. 111.

⁴ SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Casa Editorial (Barcelona, 1960), p. 11.

⁵ SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional Sek (SL, 1993), p. 47.

⁶ *Processus*: Masculino, acción de avanzar, de progresar, de ir adelante (*in processu*, siguiendo [un río, el tiempo] su curso progresivo), progreso, feliz resultado. Fuente; Diccionario Latino-Español Vox, Spes Editorial (reimpresión, Barcelona, 2002)

⁷ SAMPER (cit. n. 5), p. 47.

⁸ *Ibidem*.

El verbo *agere* lo recibieron los latinos del griego por el lenguaje de los pastores, con el significado etimológico de “hacer avanzar delante de sí, guiar desde atrás, empujar”, como se hace con los animales en el rebaño (*cf.* Digesto. 50.16.235 pr. i. f.)⁹ Guzmán agrega que en el derecho también adquirió una importancia especial este verbo, para señalar la actividad jurídica, que por antonomasia es el propio, llamado también *agere*, el cual se debe iniciar por la actividad (*actio*) de un demandante (actor). Existe coincidencia entre D’Ors y sus discípulos; Samper y Guzmán, este último es algo más explicativo al señalar que el uso de la expresión *agere* debió estar en conexión con el ritualismo del proceso arcaico, previsto en la ley, es decir, siguiendo a Samper, la coincidencia entre la condición necesaria para la declaración de *ius* de un determinado acto, esto es, el cumplimiento de la formalidad.

La *actio* es, entonces, el comportamiento de la persona que inicia el *agere* (el actor). Cuando en las fuentes encontramos la expresión “*agere per formulas*” referido al “procedimiento clásico romano” la palabra *agere* designa el comportamiento del demandante, el que actúa en contra de alguien.

El que inicia una reclamación siempre lo hace entablando una acción, de esta manera la palabra acción alude tan solo a una posición procesal (la de demandante), no significa que tenga necesariamente razón jurídica su reclamación, por lo que en algunas ocasiones la sentencia será favorable y en otras desfavorable. *Actio* equivale a demanda.

En sentido sustancial, en cambio, *actio* implica “estar asistido por el derecho” de manera de poder esperar una sentencia favorable. Bajo este concepto, la palabra *actio* cumple la misma función lingüística que nuestra expresión “tener derecho (subjeto)”¹⁰. Así al dueño de una cosa se le da una acción (reivindicatoria) para recuperar la posesión de la cosa que ha perdido. Una *actio*, en este sentido nace (*actio nascit*), se puede ceder a otro (*mandare actionem*) y puede ser extinguida (*extinguere actionem*)¹¹.

En la época clásica, los juicios relativos al *ius* son todos privados, no solo por razón de la materia, sino además por la calidad de privados de los litigantes y del juez que no es el magistrado, ni un funcionario, sino un particular a quien se le encarga el juicio. El magistrado se inhibe de juzgar y sus facultades jurisdiccionales (*iurisdictio*) consisten en determinar el contenido de la controversia, encauzar el litigio (a veces con previa cognición [*causae cognitio*]) y garantizar el contenido de la posterior sentencia. Dentro de la jurisdicción del magistrado también se incluye la de autorizar el trámite de la reclamación (*dare actionem*) como también la de denegarlo (*denegare actionem*), de esta manera el magistrado basado en su potestad (*potestas*) vino a controlar los efectos de todo el derecho, pretorio y civil. A esta jurisdicción del magistrado seguía la *iudicatio* del juez elegido por los litigantes, quien se encargaba de recibir la prueba y de resolver conforme el tenor de la fórmula escrita entregada por el magistrado.

COMENTARIO

En el sistema de acciones del derecho romano clásico, observamos una resistencia por las definiciones y por un derecho basado en la ley. En la época clásica existe una predilección

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 1996), Tomo I., p. 161.

¹⁰ GUZMÁN (cit. n. 9), p. 162.

¹¹ *Ibidem*.

por la solución práctica de los conflictos. Esta idea se manifiesta claramente en la total identidad entre acción y derecho.

La jurisprudencia clásica trata al derecho privado preferentemente desde el punto de vista de los medios judiciales que sirven para hacerlo valer (*actio*). Hay quienes han sostenido que los clásicos tratan al derecho privado desde el punto de vista del proceso. Esta aseveración no es exacta, pues el derecho para los juristas clásicos no se estudia bajo la perspectiva judicial, entendida por tal, la ejercida por el juez que examina las pruebas. La recepción de las pruebas, su ponderación y apreciación no es una actuación que se cumpla dentro del ejercicio de la jurisdicción, ya que esta no es ejercida por el juez sino que por el magistrado. La jurisprudencia clásica no está orientada genéricamente hacia el derecho procesal, sino hacia el derecho de las acciones.

El derecho romano clásico se hace por los juristas quienes escriben sobre los alcances que tienen los medios judiciales propuestos en el Edicto del magistrado, y especialmente de las acciones. Exponen los presupuestos y circunstancias que deben existir para que el magistrado ponga a disposición los medios judiciales de los que se trata, además del resultado que en definitiva se alcanza con estos medios; y se comenta y debate sobre qué presupuestos, el magistrado debe poner a disposición medios judiciales no propuestos en el Edicto (acciones útiles). No se discute, por ejemplo, si el que ha ocasionado un daño debe reparar y en qué medida, sino que el contenido de la discusión se centra en la acción que emana de un daño determinado como la *actio legis aquiliae*; conforme la redacción que la *actio legis aquiliae* tiene en el Edicto, los juristas se preguntan; ¿qué es lo que cubre la reparación? Esta pregunta tiene respuesta estudiando el texto edictal; los juristas para responder tuvieron que determinar el alcance de la expresión “*damno iniuria datum*” que aparece en el texto de la acción.

El edicto establece que la acción se concede a favor de todo aquel que ha sido víctima de un daño injustamente causado. Los juristas interpretaron que la injusticia del daño importaba la reparación no solo del daño emergente sino que además la reparación del lucro cesante, es decir, todo aquello que la víctima haya dejado de percibir debido al daño ocasionado por el delincuente. El estudio del derecho de daños es entonces el estudio de la acción que el magistrado concede a favor del actor.

El sistema del derecho de acciones que se conoció en el derecho clásico romano, permitió la existencia de acciones civiles y de acciones pretorias. Las acciones civiles son aquellas que tienen su fundamento en el derecho civil, en cambio las acciones pretorias u honorarias son aquellas que tienen su fundamento en el edicto del pretor.

Las acciones civiles, fundadas en el derecho civil, encuentran su fundamento último en el antiguo derecho civil, un ejemplo es la acción reivindicatoria, que tiene por objeto que el dueño de una cosa reclame la posesión de la cosa que es dueño y que la ha perdido, la acción crediticia *condictio* que tiene por objeto la reclamación de deudas de cantidad u objetos ciertos.

Sin embargo el avance del derecho provino desde las llamadas acciones pretorianas u honorarias, ya que si el derecho civil no protegía una determinada situación de hecho concreta, los juristas solicitaban al magistrado que creara una acción para amparar una situación de hecho concreta (*actio in factum conceptae*), como también que extendiera los efectos de una acción civil a casos no contemplados por el viejo derecho civil (acción ficticia o con transposición de personas). Las acciones *in factum* o con referencia directa a un hecho, no tenían ninguna relación con el derecho civil y los magistrados consideraban que el hecho

era digno de protección directa de su parte, por ejemplo, en la *actio commodatti*, en cuyo texto no hay referencia alguna al derecho civil, sino que la descripción del hecho que se ampara, esto es, la retención por parte del que recibe en préstamo una cosa determinada, habiendo sido solicitada su restitución. En este tipo de acciones no existe cláusula *intentio*, sino una sola *relatio facti* (relación de los hechos). En las acciones ficticias como en las acciones con transposición de personas existe una extensión de los efectos del derecho civil a situaciones no previstas en él.

Tratándose de acciones ficticias el magistrado finge en el texto de la acción para generar el efecto de la extensión de la protección del derecho, como acontece por ejemplo, en el caso de ficción de ciudadanía, en el derecho romano solo los ciudadanos podían ser propietarios, por lo tanto si un extranjero reclamaba una cosa por medio de la acción civil (reivindicatoria) ese juicio el demandante lo tenía perdido, pues no era ciudadano romano, lo que hizo el pretor fue extender la propiedad a los extranjeros concediendo la misma acción civil (la reivindicatoria) pero con la ficción de ser el actor ciudadano romano (Si a Aulo Agerio de ser ciudadano romano le pertenecería el fundo Corneliano conforme el derecho de los quirites [antiguo derecho civil]...).

Las acciones con transposición de persona tienen el mismo objeto, esto es, extender los efectos del derecho civil a situaciones no previstas por él; veamos un ejemplo, según el estricto derecho civil, existía una persona con patrimonio; el *paterfamilias*, por lo que si una mujer entraba bajo la *manus* del hombre y tenía deudas, conforme este rígido principio, los acreedores de la mujer debían esperar que ella recobrar su independencia al morir el *pater*, sin embargo el magistrado permitió que los acreedores pudieran demandar a la mujer (con la misma acción civil crediticia; *condictio*) pero en la fórmula de dicha acción el nombre de quien aparece en la cláusula *condemnatio* será el nombre del *pater*, que es quien tiene patrimonio, es decir se demanda a la mujer, su nombre aparece en la *intentio*, pero es el hombre quien debe soportar la condena.

DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y SISTEMA DE ACCIONES ROMANO

El actual derecho administrativo español se parece bastante en el objeto del proceso al sistema de acciones del derecho romano. En el derecho administrativo español, las pretensiones y resistencias de las partes constituyen el objeto del proceso.

La pretensión del demandante y la resistencia del demandado constituyen en el procedimiento administrativo español el llamado *thema decidendi*¹², que se determina por la pretensión del demandante y la resistencia por parte del demandado (excepciones). Así como en el derecho romano la defensa del demandado estaba en relación directa con la acción ejercida por el actor, así también ocurre en el derecho administrativo español, debido a que no existe el trámite de la reconvencción¹³. Observamos algunas diferencias entre el derecho romano y el sistema español, respecto del fundamento de la pretensión, mientras en el sistema español la petición debe fundarse en una norma; en el derecho romano, el fundamento de la petición provenía del derecho civil (no normativo) (acción civil) o de la potestad misma

¹² GIMENO SENDRA, VICENTE; MORENO CATENA, VÍCTOR; BARBIERI LLOBREGAT; JOSÉ, GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, *Curso de derecho procesal administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 1992). p. 158.

¹³ *Cf.* Para el procedimiento administrativo español véase la nota anterior.

del magistrado (acción pretoria u honoraria). Sin embargo la similitud es mayor en cuanto que se concede la acción en ambos casos tan solo con la descripción del hecho que le sirve de antecedente, sin necesidad de la alegación de supuestos derechos subjetivos violados.

Que los hechos sean el objeto del proceso administrativo en España, le dan al procedimiento un carácter de flexibilidad muy semejante al *agere per formulas* romano, puesto que el contenido de la *intentio* en la fórmula consistía en la descripción de un hecho con fundamento en el derecho civil o pretorio (norma en el derecho español). Así en la reivindicatoria, el actor aseguraba que la cosa le pertenecía, en la *actio vindicatio servitutis*, el actor aseguraba tener en su favor un derecho real de servidumbre que en los hechos el demandado estaba perturbando, el señalamiento de la perturbación dependía del tipo de servidumbre que se trataba.

Las ventajas de ambos sistemas de reclamación es que permiten al sentenciador una precisa solución al caso concreto que se expone por las partes y su decisión se sostiene en las características fácticas del problema, permitiéndole al juez flexibilidad en la decisión y libertad a las partes en la alegación de fundamentos de derecho, después de la iniciación del juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones de la Universidad de Navarra (Pamplona, 1992).
- D'ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho privado Romano*, Publicaciones Generales del Estudio de Navarra (Pamplona, 1960).
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tirant lo blanch (Valencia, 1992).
- GONZÁLEZ SALINAS, Esperanza, *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, segunda edición (Madrid, 1994).
- GONZÁLEZ VARAS, Santiago, *Apuntes de clase doctoral sobre Derecho Comparado*, ofrecida en la Pontificia Universidad Católica de Chile en el segundo semestre de 2003.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1996), Tomo I.
- SAMPER POLO, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones de la Universidad Internacional Sek (Santiago, 1993).
- SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Casa Editorial (Barcelona, 1960).
- SCHULZ, Fritz, *Principios del Derecho Romano*, Editorial Civitas (Madrid, 2000).
- Diccionario Latino-Español, Español-Latino*, Vox, Spes Editorial (reimpresión, Barcelona, 2002).

II. CRÓNICA JURÍDICA

SEMBLANZA DE GONZALO OLIVA DINAMARCA*

HANS MUNDACA ASSMUSSEN**
 Universidad Arturo Prat

CON OCASIÓN DE LA INAUGURACIÓN DE LA “SALA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICO SOCIAL GONZALO OLIVA DINAMARCA”, NOS HA CORRESPONDIDO HACER UN ESBOZO DE LA PERSONA EN CUYO HONOR SE HA BAUTIZADO ESTA, PRETENDEMOS HACERLO PRINCIPALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE SU TRUNCADO PASO POR LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT.

Gonzalo Oliva nace en la ciudad de Curicó, y de allí se traslada a la ciudad de Iquique para iniciar sus estudios de Derecho en nuestra Universidad. Ello en el año 1991, allí forma parte de la que se ha dado en llamar la primera generación, de la que también fuimos parte con los profesores Paola Jorquera López, Hugo Vilches Fuentes, Héctor Álvarez Fortte y quien les habla.

El ingreso a esta Universidad y los posteriores estudios de Derecho estuvo marcado por la realidad que la misma experimentaba de una profunda crisis financiera, por ello las condiciones en que se comenzó a impartir la docencia en la entonces carrera de Derecho eran particularmente precarias.

Ingresamos 120 alumnos, las clases se impartían todas en el pabellón de las salas D, las que con el curso de los años fueron demolidas y sobre ellas se construyó este magnífico edificio que hoy nos cobija. El año que ingresamos conocimos a profesores como don Jaime Vivanco, Juan Orellana, quienes se mantienen hasta el día de hoy como testigos calificados de la historia de esta Escuela y cuidadosos artesanos en la formación de nuevos abogados.

El año que ingresamos a la Universidad, era también el año de retorno a la democracia. Ese hecho marcó nuestro ideal del estudio del Derecho, y en ello Gonzalo Oliva destacó desde un comienzo. Preocupado desde sus primeros años de estudiante por el Derecho privado, célebre fue examen de Derecho Civil I en el que sostuvo con la genialidad intelectual que le caracterizó una posición dogmática distinta de la del profesor del ramo. Se trata de la polémica en torno a si el sistema jurídico chileno reconocía o no la inexistencia de los actos jurídicos. Gonzalo manejando muy bien la doctrina italiana sobre el tema no guardó silencio

* Discurso pronunciado con ocasión de la inauguración de la “Sala de Investigación jurídico-social Gonzalo Oliva Dinamarca” ubicada en el tercer piso de dependencias del Núcleo Central de Información Regional – Biblioteca de la Universidad Arturo Prat de Iquique, hecho ocurrido el 23 de abril de 2008, Día Internacional del Libro. En dicha sala se encuentran ahora la valiosa colección de libros y obras jurídicas donada, en 1992, por el Colegio de Abogados, Capítulo – Iquique, a la Escuela de Derecho de esta Universidad. Aprovechamos esta ocasión para agradecer públicamente el gesto de este Colegio profesional. (Nota del Consejo Editor).

** Profesor de Derecho Político y Constitucional Escuela de Derecho y Doctorando en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

frente a la posición contraria sustentada por el profesor de la asignatura. Así con el respeto recíproco que debe existir entre alumno y profesor Gonzalo sostuvo la tesis de la inexistencia. Al final la comisión no pudo sino que calificarlo con la distinción máxima.

Ese fue el camino que Gonzalo eligió, el del Derecho privado, no solo en lo que respecta al ejercicio profesional, sino particularmente el académico. Desde luego que completó sus estudios en los cinco años exigidos por el plan de estudios, concluyendo cada una de las asignaturas con las notas más altas.

Una vez que se titula decide permanecer vinculado a la docencia, y es así que en el año 2002 comienza a impartir el curso de Introducción al Derecho a alumnos de nuevo ingreso de la licenciatura en Ciencias Jurídicas. Allí era frecuente observar a sus alumnos con textos de autores como Recasens Siches, Kelsen o Bobbio.

Hasta el día de hoy es posible encontrar en colección general textos de Teoría y Filosofía del Derecho en cuyo interior figura: “compra solicitada por el académico Gonzalo Oliva”, textos de una vigencia universal de autores extranjeros que con el debido manejo son una contribución en la formación académica de muchos estudiantes. Del estudiante que como él, es inquieto intelectualmente, inquietud que no siempre se ve, lamentablemente, por eso que el recuerdo de Gonzalo debe ser un llamado de atención para quienes nos hemos dedicado a la función docente, debemos incentivar, buscar, y cuando no exigir a los intelectos de los estudiantes estar despiertos, pues de esa misma fuente es donde deberán salir los futuros profesores de nuestra Escuela.

Gonzalo Oliva fue el primer profesor de nuestra Escuela en comenzar una formación de Doctorado, en eso también fue visionario, hoy en día cuando muchos nos encontramos siguiendo esos estudios es porque reconocemos la necesidad de la investigación en Derecho debe ser piedra angular del trabajo universitario, su temprana partida impidió ver sus frutos, aunque la siembra no fue menor. Así por ejemplo, en la Revista de la Escuela de Derecho, *Corpus Iuris Regionis*, publicó un trabajo sobre los problemas que se observan en nuestra región que son objeto de estudio de la disciplina del Derecho Civil y las particularidades que para ella representan. Además figura una recensión de mi memoria de Licenciatura “Responsabilidad del Estado por Falta de Servicio”, en la que conforme su carácter introduce una serie de comentarios que motivaron una posterior polémica privada de carácter académico, si se me permite decirlo sin petulancia, y es que Gonzalo no pasaba desapercibido.

Su tesis doctoral, inconclusa, denominada “Reconstrucción de las fuentes del Código civil chileno en materia de nulidad absoluta” recibió elogiosos comentarios de profesores como don Hernán Corral Talciani, a quien, además, le colaboró en su texto “Cómo escribir una tesis en Derecho”. Al efecto el maestro Corral señala en la Introducción de dicho texto: “No por casualidad estos apuntes se redactaron para servir a mis alumnos del primer curso de metodología de la Investigación Jurídica del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (2003), a quienes agradezco su interés y colaboración. En especial debo gratitud al profesor y Doctorando Gonzalo Oliva, quien me ayudó en la difícil tarea de depurar de erratas el manuscrito”. Estas expresiones de un grande, como el profesor Corral, dan cuenta cabalmente del compromiso de Gonzalo con la academia.

En este contexto, permítanme una autorreferencia. Durante el mes de agosto de 2005, mientras asistía a los cursos del Doctorado en Derecho en la Universidad Católica de Chile, mi profesor del curso de metodología de la investigación en Derecho, junto al Maestro Dr. Alejandro Vergara Blanco, era precisamente el Doctor Hernán Corral Talciani, quien al pasar

la lista del curso y ver mi nombre en ella, se levantó y se acercó a saludarme, nunca antes había conversado con el profesor Corral, probablemente en la calle nos hubiéramos topado y nunca nos reconoceríamos. El realiza ese gesto porque Gonzalo no solo le había hablado de mí, probablemente de manera exagerada, sino por el hecho también de provenir de la misma Universidad, la Universidad Arturo Prat.

En esa oportunidad el profesor Corral me señala que Gonzalo había dejado un bello e imborrable recuerdo en su paso por la Universidad de los Andes. Amigos y amigas, el gesto del profesor Corral retrata de cuerpo entero lo que Gonzalo era; un ser generoso, un ser comprometido con la Universidad, la Ciencia y la Academia.

Podrían decirse muchas cosas de Gonzalo Oliva, buenas y también probablemente malas, desde luego era un ser humano, y como todos nosotros con virtudes y defectos. Al final del día lo que queda por nuestro paso en la tierra son aquellas cosas que hicimos que permitieron que otros también hagan cosas, y en ello Gonzalo fue fructífero a pesar de su corto paso por este mundo.

Para finalizar, creo que retrata de manera integral al profesor Gonzalo Oliva Dinamarca la frase de Alejandro Llano: “Los que han hecho de la Universidad su forma de vida son quienes saben –en contra de evidencias tan ruidosas como falaces– que la investigación de verdades nuevas es el método más adecuado para cambiar la sociedad desde dentro”.

Muchas gracias.

III. RECENSIONES

SALDÍAS COLLAO, Osvaldo: *El contrato de compraventa internacional en el comercio Chile Unión Europea. Marco jurídico y los principios de Derecho Europeo de los Contratos* (Santiago, 2006).

La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CISG) aprobada el 10 de abril de 1980, los principios UNIDROIT del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PECL) sirven de justificación para que Osvaldo Saldías Collao desarrolle el contrato de compraventa internacional desde la perspectiva del comercio de Chile con la Unión Europea.

El libro puede dividirse idealmente (puesto que no es la distribución que presenta el autor) en tres partes: la primera sobre aspectos fundamentales de la regulación materia de examen; la segunda sobre instituciones generales de los principios del derecho europeo de los contratos; y la tercera, sobre los elementos del contrato de compraventa internacional desde la perspectiva de dichos principios.

Comienza el examen preguntando sobre la necesidad de la armonización del derecho privado. Desde ese momento, no obstante lo que pudiere pensarse a partir del anuncio introductorio acerca del objetivo netamente práctico de la obra, se comprende que para cumplir con ese fin el autor abarcará todo cuanto sea necesario, incluso comenzando con explicar el origen de su obra, ya que es precisamente aquella la cuestión generadora de los fundamentos positivos del tema a tratar.

Es así como en 152 páginas y un anexo se desarrolla las instituciones más relevantes de la compraventa internacional. Empero, lo destacable de esta obra no es ello, puesto que el tema se ha tratado en extenso antes, tanto específicamente como dentro del derecho de las obligaciones, sino porque se van relacionando coetáneamente las disposiciones de los cuerpos legales a que se ve expuesta, incluido el código civil chileno.

La primera división ideal corresponde a un análisis de aspectos fundamentales de la contratación internacional. Se refiere a la pregunta ya enunciada, compara los principios UNIDROIT con PECL, explica los antecedentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y examina el estado actual del proyecto de código civil europeo. Absolutamente imprescindible, esta primera parte permite contar con las nociones básicas para la comprensión de lo que viene, destacando que además de aportar con datos históricos de interés, el autor realiza un análisis crítico de la normativa presente y de las ideas centrales del texto. Particularmente en lo que respecta el proyecto de código civil señala que *“el equilibrio estaría en juego entre tradiciones jurídicas, por ejemplo, la tradición del common law frente a la tradición del Derecho civil; la competencia entre sistemas jurídicos regionales frente a los nacionales, la mayor o menor libertad contractual que se le otorga a los contratantes, como también la mayor o menor protección de la parte más débil en determinados negocios jurídicos”* (p.33)

La segunda división comprende los principios que se encuentran dentro del derecho europeo de los contratos conformado a base de “*pequeños retazos y en forma velada*” (p. 34) por medio de directivas diversas, además de PECL propiamente tales. En lo primero, destaca que dichos principios rescatan bases morales propias de la *lex mercatoria*: protección contra tratos injustos, principio contra proferentem, salvaguardia contra ciertos métodos contractuales, protección a la parte profesional, etc. Si bien el autor critica esta regulación por obviar el contrato de compraventa y por colindar con un derecho de los consumidores, se advierte una línea optimista ya que confía en una adecuada regulación por medio de leyes que regulen fragmentadamente el derecho de los contratos, ideas aún en proyecto y a niveles académicos, es decir, no obligatorios.

Ahora bien, no obstante PECL constituyen principios y se deja constancia que “*no se han forjado para ser vinculantes*” (p. 48), son examinados como si constituyeran derecho positivo obligatorio, puesto que “*fuieron redactadas con el objeto de proporcionar un sistema de reglas en común para el comercio intracomunitario, y se ha fundado en los 15 sistemas jurídicos imperantes en la Unión a esa época*” (p. 49). Consecuente con el carácter *práctico* de la investigación, el profesor no se refiere a las personas obligadas por los principios, sino que *enseña* la forma de obligarse por ellos (voluntaria e involuntariamente), mencionando incluso la cláusula respectiva, o que en virtud de ley subsidiaria se queda vinculado. Varios capítulos destina a analizar la interpretación e integración de los principios, asimilándolos al derecho chileno para su mejor comprensión, destacando ideas centrales como son la buena fe, el elemento teleológico y la posibilidad del intérprete de intervenir a fin de integrar los vacíos que se noten.

La buena fe acapara gran parte de la obra, tanto explícitamente a título de función de interpretación, suplemento, restrictiva o de derogación, negociación y ejecución (pp. 67 a 79), en los principios y en los contratos, como implícitamente de una manera difícil de entender para nosotros habituados a un sistema de sanción. Ella atraviesa transversalmente los principios y de lo que de ellos deriva, ya sea contratos, partes, árbitros, etc., advirtiendo gratamente que siendo ellos una manifestación de la *lex mercatoria*, significa que este valor no se encuentra arraigado en la ley, sino que en las costumbres y hábitos de los europeos. La buena fe consistirá entonces en conciliar, ceder, transar, pedir y resolver de ser necesario, sin mayor perjuicio para las partes, evitando la insatisfacción producida por el andamiaje judicial u otros aspectos negativos que puedan ser evitados, obligando incluso al acreedor velar por ello.

Una última etapa, la más extensa, examina el contrato en general y el de compraventa internacional a la luz del anterior, cronológicamente, comenzando por el perfeccionamiento hasta la indemnización de daños y perjuicios. Desde un inicio, dada la naturaleza del tráfico internacional, se dispone la consensualidad en la formación de los contratos. En cuanto a la oferta, las discrepancias entre CISG y PECL extienden el análisis a fin de comparar ambas normativas y decidir, advirtiendo claramente que la primera regulación impone mayores requisitos. Lo mismo ocurre con la oferta hecha a público en general y la revocación en que los principios se apartan del sistema tradicional en pos de la simplicidad y el sentido común. No así con la conclusión del contrato, en que tanto CISG, como UNIDROIT y PECL coinciden absolutamente en recoger las doctrinas de la expedición y del conocimiento para estimar que está en condiciones de producir sus efectos.

Dentro de la validez de los contratos internacionales, el profesor aborda materias conocidas para nosotros, como son los vicios de la voluntad, distinguiendo el error [tanto sustancial como esencial (p. 99)] precisando eso sí, que los conceptos no son idénticos al sistema chileno, no obstante producir efectos similares; y la amenaza. En cuanto a lo primero, resultan de curiosidad los siguientes aspectos: primero, que el error de derecho no sea inexcusable, lo cual es lógico atendido a que se trata de materias reguladas por muy diversas normas; segundo, que en la calificación se deba considerar el *dolo* [en inglés *misrepresentation* sin traducción literal (n. al p. 149, p. 102)] de la contraparte en el ocultamiento o tergiversación de la información entregada; que el error se encuentre incluido dentro del riesgo inherente al comercio, caso en el que no viciará la voluntad y el acto será válido; que no se trata de cualquier error, sino que debe ser fundamental, es decir, significativo, lo cual apreciará el juez; y que las partes tengan la posibilidad de adaptar el contrato viciado por error, a fin de preservar en él (otra manifestación de la buena fe), al contrario de nuestro sistema en donde solo queda anular el contrato o perseverar en él en los términos primarios. Se distingue además la fuerza, pero al fin la trata como amenaza, término que identifica con mayor claridad lo que realmente vicia el consentimiento, que es el miedo de las partes.

Al igual que en nuestro sistema, se autoriza a que un tercero determine el precio de la cosa en la compraventa. En este caso serán los principios los que presumirán que se trata de un “precio razonable”. Es imperioso destacar que desaparece en general el objeto como elemento del contrato, simplificándolo más aún, como además destacar la innovación consecuente en cuanto a que “(el juzgador) puede modificar la cuantía, sea aumentándola o disminuyéndola con el objeto que alcance un monto razonable” (p. 119).

A medida que avanza el contrato, se analiza el pago, el cual puede asumir múltiples formas alternativas: “la fuerza liberatoria del medio alternativo solo tendrá relevancia si efectivamente se produce el pago efectivo, momento en que se extinguirá la obligación inicial” (p. 122) momento hasta el cual la obligación inicial subsiste sujeta a una condición resolutoria. Nos encontramos por último con el incumplimiento y los medios de tutela, comprendiendo el primero no solo la no prestación de lo pedido, sino que también el cumplimiento defectuoso. Además de este concepto novedoso para nuestra legislación, agrega un término de gran importancia dado que aclara y precisa el concepto, llamado *incumplimiento esencial*. Se entiende por tal “aquel que ocasiona un detrimento sustancial y previsible a la contraparte” (p. 124), debiendo cumplir con algunos requisitos, respecto a los cuales no hay absoluto acuerdo en la doctrina. Tal es el caso de la previsibilidad, materia difusa que deberá ser resuelta por el juez en cada caso, al igual que las causales de exoneración de responsabilidad, como serán la fuerza mayor o la imprevisión.

No existe para el acreedor la obligación de pedir primero el cumplimiento forzado, pudiendo declarar de inmediato la resolución sin necesidad de resolución judicial, requiriendo únicamente de la notificación (por cualquier medio) de dicha decisión al deudor. Queda claro que este sistema, sencillo y que entrega la responsabilidad de perseverar en el contrato al deudor y no al acreedor como antes ocurría, es una manifestación más de “la fuerte influencia del principio de la buena fe” (p. 145). Los efectos de la resolución son los mismos que en nuestro sistema: “liberar a ambas partes de las obligaciones pactadas en el contrato” (p. 147), mas no retroactivamente ya que el acto se estimó válido pero que cesado por razones sobrevivientes (id.)

Numerosos son los aspectos destacables del texto, empero se rescata la claridad y sencillez con que son copiadas las normas de diferentes fuentes. Otro tanto, el esfuerzo del autor de referirse a un tema no menor: los problemas originados en las traducciones. No se puede olvidar que se trata de naciones con distintas lenguas siendo imposible identidad absoluta: además de mostrar la norma desde diferentes idiomas, el autor enfatiza en aquellos puntos problema con un logro acabado.

Si bien en la parte dogmática los principios distan bastante de la legislación chilena, no es aquello lo que más nos separa. En efecto, la intención de varios países de contar una regulación conjunta de las obligaciones y contratos por medio de principios no vinculantes, es doblemente rescatable. El autor permite apreciar esta virtud y aún más, distinguir la modernidad de una reglamentación que recoge los errores y las virtudes del pasado, quedando nuestro código civil como un antiguo mueble: valioso, referente, pero riesgoso de utilizar dada la antigüedad de sus normas.

Gigliola Carlevarino Weitzel

RAMÍREZ NECOCHEA, Mario: *Derecho Internacional Privado* (Santiago, 2005)

“*Rama del derecho que se preocupa de las relaciones jurídicas entre particulares, cuando estas contienen elementos internacionales relevantes*” (p. 8) es la definición que Mario Ramírez Necochea atribuye al derecho internacional privado.

Su libro de 262 páginas hace un extenso recorrido por esta rama del derecho con el fin de mostrarlo como una asignatura de utilidad para el vasto número de relaciones jurídicas que se desarrollan entre particulares de distintos países. Comprende así cinco partes y un anexo, con un total de 16 capítulos.

La primera parte de introducción al tema, va desde el señalamiento de la función del área en estudio, hasta sus fuentes. Transitando por la definición –propia del autor después de mencionar propuestas de otros autores– se refiere a los métodos de solución distinguiendo entre las normas atributivas, normas directas, y las normas de aplicación inmediata y necesaria referidas a la organización fundamental del Estado. Acto seguido se dedica a las fuentes, distinguiendo a la ley positiva, los tratados internacionales, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, agregando la voluntad de las partes. Este análisis permite al lector una mirada general del tema, sin mayor profundidad que la de lograr el objetivo primario, esto es, el de introducir a un área cuyos fundamentos son poco conocidos, mas, no su necesidad al momento del tránsito internacional.

Es posible observar las intenciones del autor en este sentido, ya que en ninguno de estos primeros capítulos profundiza mayormente el tema en cuestión, pudiendo hacerlo ya que cada tema puede ser objeto de una vasta discusión. Se dan ejemplos sencillos y cita a otros autores con el fin de sustentar sus tesis. Hubiese sido deseable que no obstante ser esta parte introductoria, ahondar un tanto más en aspectos como la conceptualización, explicando los razonamientos de los tratadistas citados; o en la exposición de las fuentes, hacer un desarrollo acabado en que las referencias de los autores sirvieran de base para una conclusión final de una elaboración que permitiera no solo mirar desde un punto de vista general esta área del derecho, sino que entender sus fundamentos más relevantes.

En la segunda parte se ofrece un veloz recorrido por la historia del derecho internacional privado, gracias al cual es posible concluir que si bien es una rama del derecho novel en la configuración que conocemos actualmente, los conflictos que resuelve son de la antigua data. Paralelamente van formándose las escuelas estatutarias, origen de nuestras normas actuales. Precisamente, dedica un capítulo completo a la era contemporánea, época de mayor desarrollo de las dichas escuelas, vislumbrándose como la mejor parte del libro, ya que confluyen los anteriores análisis con los que vienen, entendiendo a los primeros como la base de los segundos. Cada tema está tratado en su justo medio en consideración a la extensión total del libro, explicando de una manera clara las ideas base de la normativa actual de derecho internacional privado, ya que coincide con el período de codificación universal.

El lector concluirá entonces que la actual configuración positiva de esta rama del derecho se debe a la influencia que las escuelas estatutarias tuvieron en cada nación, variando en cada caso.

En los siguientes capítulos es posible observar que el permanente y clásico conflicto entre la ley personal y la ley territorial es el núcleo del libro. El autor no se decide por ninguna de estas posturas de manera general, sino que en cada caso opta por diferentes opciones, llevado por sus propios análisis ya sea de sentido común, justicia, equidad, prudencia y –en la mayoría de los casos– por la utilidad, hasta concluir que *el derecho atributivo moderno se basa en la validez universal de los factores de conexión, en la armonía internacional de las soluciones y en la limitación del Orden Público a la aplicación de la ley extranjera* (p. 62). Es esta la idea implícita predominante, en pos de la cual cede la extensión de temas de marcado interés, como sería un desarrollo histórico acabado de la disciplina, cesión que no obstante, no se percibe mayormente puesto que además de no ser la oportunidad ya que no se trata de un tratado, se logra una idea suficiente para el objetivo del texto, que es entregar en breve espacio una mirada general de la asignatura, con materias que luego serán utilizadas para estudiar el resto de las materias.

El estudio de la teoría de los conflictos de leyes, derecho civil internacional y derecho procesal internacional va por la misma línea. Aún más, el análisis teórico va acompañado de casos reales que demuestran las ideas en cada caso. Un espacio relevante ocupa el hecho de que en ninguna parte del texto, y no obstante el nombre de los acápites finales, el análisis dogmático sea un factor relevante ni crucial, sino que parte de un todo. Ya se mencionaron entre las fuentes tanto a la ley como a la doctrina y a la jurisprudencia en iguales términos, distribuyéndose el texto en idénticas proporciones, estudiando de igual forma, con la misma intensidad y amplitud el derecho positivo, sentencias de tribunales y razonamientos doctrinarios.

Los conflictos de leyes constituirán la siguiente piedra angular ya que derivado de la actual constitución positiva de la materia, es una determinación previa absolutamente necesaria para resolver cada caso. Se plantean cinco doctrinas para resolver estos conflictos: de la *lex fori*, según el cual el juez debe interpretar la norma de conflicto de las acuerdo a las reglas de interpretación de su propio sistema jurídico (p.79); de la *lex causae*, para la cual la regla de conflicto encuentra su solución en la ley extranjera (p.80); de síntesis del derecho comparado, nacida al alero de las contradicciones de las formas anteriores, propone que las soluciones a los conflictos de leyes deben buscarse en una síntesis de las diferentes legislaciones con valor universal (p.83); de calificación primaria y secundaria, por la que previo a la determinación de la ley de fondo, se deberá distinguir entre la competencia primaria y una calificación de fondo o secundaria (p.83); y de la *lex fori* con criterio internacional, que recoge los postulados ya enunciados en relación a la misma teoría, con el añadido del deber del juez de aplicar un criterio internacional en la solución del conflicto (p.84). Tal como se señaló, se agregan a cada explicación casos verídicos, lo cual es un real aporte al entendimiento de la idea principal –siempre práctica– y es que, en definitiva, la determinación de la ley aplicable puede ser confusa y difícil a grado sumo, ya que cada nación adopta sistemas tan disímiles entre sí, que en no pocas oportunidades, la resolución de los conflictos de aplicación de leyes queda entregada más a la prudencia y sentido de justicia de cada tribunal, que a la normas de calificación reguladas o no.

El autor escogió dos áreas del derecho para analizarlas con detención: derecho civil y derecho procesal, puesto que son las dos materias sobre las cuales subyace la idea central del derecho internacional privado: la aplicación de ley de fondo en un tribunal competente, ambas que deben ser a su vez calificadas.

El estudio de las normas de derecho internacional privado del código civil es siempre enriquecedor. No solo por el aporte del estudio mismo de las normas, ni por ser una manifestación clara de la situación social, jurídica y económica del país en la época de su dictación, sino porque el razonamiento necesario para la aplicación de dichas normas es el más puro del derecho civil, por lo que no solo es útil en esta área, sino que en todas las ramas del derecho. El texto desarrolla la materia desde la perspectiva de las instituciones, vale decir, los conflictos de leyes a que se exponen las personas, los bienes y las obligaciones cuando obedezcan a las hipótesis planteadas. Queda manifiesta la claridad y el tinte impositivo del sistema chileno al respecto, al reglamentar en tres artículos los tres temas. En relación a las personas, el autor realiza un análisis de las instituciones a que se refiere el artículo 15° más relevantes, como son la capacidad y en extenso el matrimonio (al respecto, se analiza incluso la Ley 19.947 de Matrimonio Civil no vigente a la fecha del libro), en relación a la legislación comparada. En cuanto a los bienes, desarrolla básicamente el estatuto real y el régimen aplicable de acuerdo a nuestra legislación, analizando en un capítulo aparte lo relativo a la sucesión por causa de muerte, al constituirse como el caso de extraterritorialidad negativa establecido por la legislación civil chilena. Acto seguido, se encarga de las obligaciones, distinguiendo entre contractuales y extracontractuales, en un estudio en conjunto con normas de derecho internacional como son la Convención de Viena, Convenio de Roma, Convención de México y los Principios de UNIDROIT.

Ninguna de las materias se encuentra regulada en forma sistemática y completa en cuerpo legal alguno. De hecho, es posible advertir tres cosas: en primer lugar la gran variedad de normas a las cuales se puede recurrir para solucionar un conflicto en algunas de las materias señaladas; que por mucho que nuestra legislación sea impositiva, se contradice con normas de otras naciones, siendo en casos injusta; y que las partes no presentarían inconvenientes de elegir (a veces burlar) la legislación aplicable a su situación en particular de acuerdo a la que más convenga, y no únicamente en derecho de las obligaciones materia en donde se acepta la autonomía de la voluntad, sino que en materias de orden público como es el matrimonio.

Continuando con los conflictos entre *lex fori* y *lex causae*, el autor aborda el derecho procesal en la cuarta parte. El objetivo aquí es determinar la competencia de los tribunales que deberán resolver los diversos casos. Distingue así entre jurisdicción penal, jurisdicción civil y jurisdicción mercantil. En el primer caso, se aboca al análisis de las bases sobre las cuales se cimienta la materia, como son la territorialidad [principio por el cual cada Estado tiene la facultad de juzgar y castigar los delitos que se cometan dentro de su territorio (p. 201)], la universalidad [delitos que pueden ser juzgados por los tribunales de cualquier país, atendida su gravedad (p. 202)], jurisdicción internacional [se trata de los tribunales penales internacionales creados para juzgar delitos graves en contra de la humanidad (p. 204)], extradición, etc., entendiendo que sus normas alcanzan a intereses que el Estado pudiere tener.

En lo que a jurisdicción civil y mercantil respecta, queda claro que no existe norma que determine la competencia de los tribunales en cada caso, menos de manera obligatoria. Conforme al análisis del derecho comparado, se concluye que existen principios generales,

acuerdos, criterios, pero no normas. En Chile, la jurisprudencia (fuente por la cual se ha intentado resolver el tema) ha sido variada y discontinua, por lo cual no se ha obtenido un criterio uniforme al efecto. El motivo de ello se encuentra tanto en la interpretación de las normas del código orgánico de tribunales, del código civil y del acuerdo de las partes, aceptado como norma atributiva de jurisdicción, como en la adopción de criterios que se encuentran en tratados internacionales ratificados por Chile: las soluciones de los tribunales son cada vez más progresistas y flexibles, amparándose en la equidad y el reconocimiento de los sistemas internacionales como partes de un mundo global. Cosa distinta ocurre con la ley reguladora del proceso, materia en donde se está conteste que es la *ley fori* la encargada de entregar la regulación al efecto.

La resolución de conflictos inmersos dentro del derecho internacional privado es doblemente difícil, si casi todos los presupuestos para ello están sujetos a duda. El código Bustamante solo ayuda a uniformar principios y obtener una idea del deber ser, mas, no resuelve en definitiva, quedando cada caso entregado a elementos tan disímiles como son la ley del tribunal que resuelve, la ley de las personas involucradas (que puede ser más de una), la ley de la materia de que se trate, la ley a que se reenvía de acuerdo a los conflictos de calificación, la ley del domicilio de las partes, la ley de celebración del acto, etc. De esta forma, tal como había adelantado, el juez se ve en la situación de dar mayor importancia a la determinación de la ley aplicable a cada caso, más que a la resolución equitativa del problema, con el añadido que es imposible para él desdoblarse y mirar objetivamente su propia legislación y otras que no conoce.

Es por eso que punto aparte merece el anexo denominado “Un derecho de los contratos comerciales para América”, trabajo presentado para las jornadas del derecho internacional de la OEA, Lima en noviembre de 2003, ya que urge en estos tiempos de globalización uniformar normas, no criterios, a nivel interestatal, que permitan dar seguridad a las partes involucradas en un conflicto de intereses, voluntaria o involuntariamente, saber a priori el marco legal que las regulará. Exigencia mínimo en un estado de derecho.

El profesor manifiesta no solo en su artículo final su pensamiento, sino que en todo el transcurso de la obra, pudiendo percibir su reticencia hacia el sistema imperante, mostrándolo como contradictorio y en ocasiones injusto. Interesante texto, eminentemente útil por la sistematización con que aborda el tema, pero principalmente por lo sintético no obstante la vastedad del tema.

Gigliola Carlevarino Weitzel



