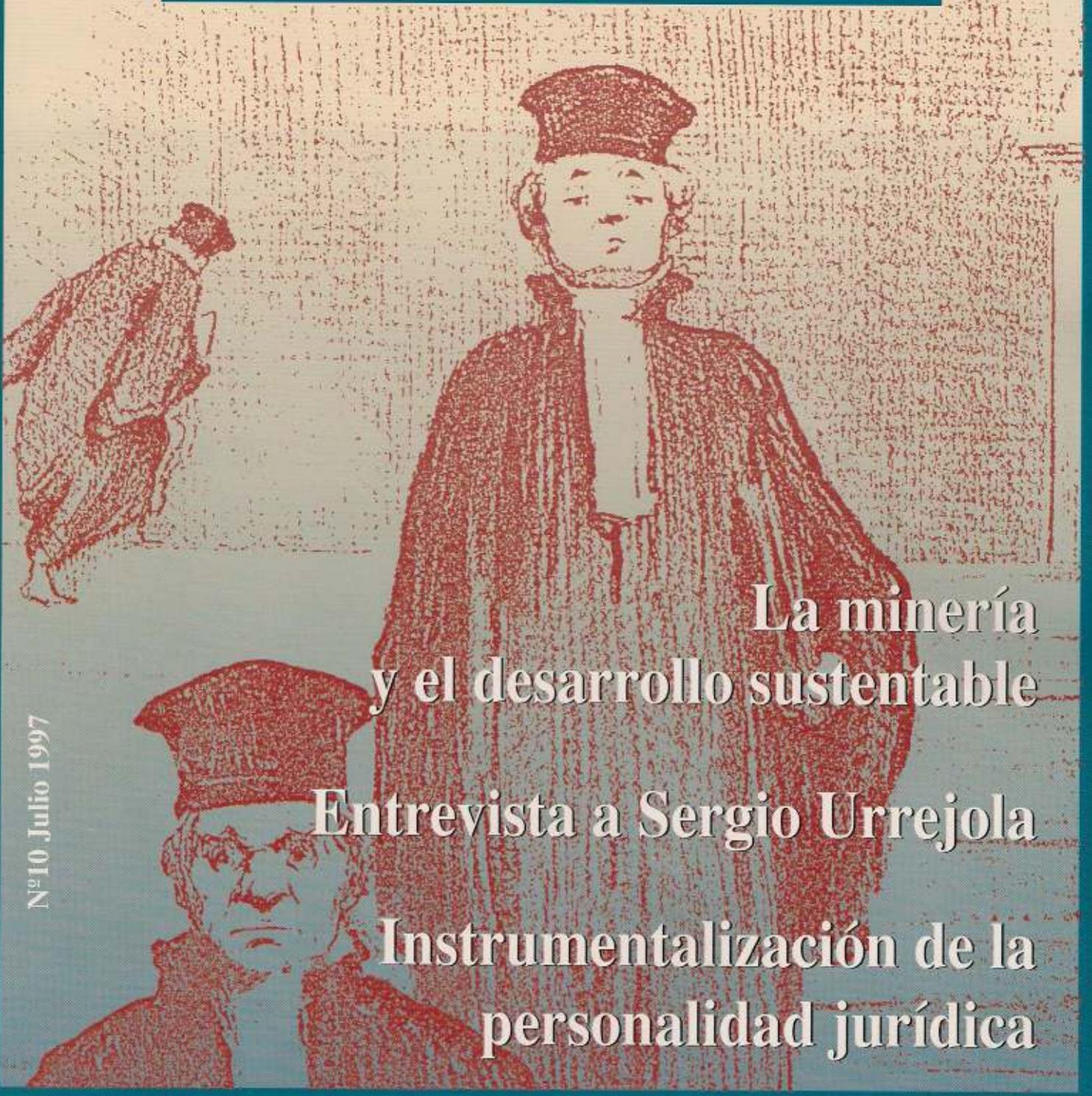


REVISTA DEL

ABOGADO

Publicación del Colegio de Abogados de Chile



La minería
y el desarrollo sustentable

Entrevista a Sergio Urrejola

Instrumentalización de la
personalidad jurídica

Nº10 Julio 1997

3 **EDITORIAL**

4 **CONTRAPUNTO**

Los abogados Cristóbal Orrego Sánchez y Miguel Soto Piñeiro enfrentan sus puntos de vista sobre el polémico tema de la clonación

7 **ETICA**

Etica del abogado
Por Avelino León Steffens

8 **TEMAS**

La minería y el desarrollo sustentable
Por Laura Novoa Vásquez

14 **TEMAS**

La doctrina del "levantamiento del velo"
Por Juan Carlos Dörr Zegers

18 **ENTREVISTA**

Sergio Urrejola Monckeberg, Presidente del Colegio de Abogados

24 **TEMAS**

Parentesco por afinidad
Por Rodrigo Winter Iguait

26 **TEMAS**

La moral de los legisladores
Por Gonzalo Ibáñez Santa María

30 **TEMAS**

Libertad de información y derecho a la honra
Por Francisco Grisolia Corbatón

34 **TEMAS**

El ministerio público y los problemas históricos que ha enfrentado
Por Guillermo Piedrabuena Richard

42 **LIBROS**

CULTURA

44 **Música: Atractivos estrenos en Chile**

Por Victor Manuel Muñoz

45 **Cine: Debut, triunfo y lección**

Por Héctor Soto G.

48 **ABOGADO ILUSTRE**

Don Alejandro Alvarez Jofré



La minería y el desarrollo sustentable: la abogada Laura Novoa hace un análisis de la adaptación de las instituciones jurídicas chilenas al concepto de desarrollo sustentable, especialmente en el área de la minería.

El Presidente del Colegio de Abogados, Sergio Urrejola Monckeberg habla con la periodista Raquel Correa sobre la delicada situación que vive el Poder Judicial chileno.



El abogado Juan Carlos Dörr aborda el tema de la instrumentalización de la personalidad jurídica de las sociedades, a través de un análisis de la doctrina del "levantamiento del velo", que desde hace algunos años los tribunales de justicia europeos han venido aplicando.

REVISTA DEL ABOGADO
Nº 10/ AÑO 3/ julio 1997

Comité Editorial
Sergio Urrejola Monckeberg
Edmundo Eluchans Urenda
Urbano Marín Vallejo
Luis Ortiz Quiroga
Carlos Reymund Aldunate
Gonzalo Molina Ariztia
Janett Fuentealba Rollat

Director
Edmundo Eluchans Urenda
Editores
Loreto Daza Narbana
Sara Valdés Prieto
Colaboradores
Juan Carlos Dörr Z., Francisco Grisolia C.,
Gonzalo Ibáñez S.M., Avelino León S.,
Victor Manuel Muñoz, Laura Novoa V.,
Cristóbal Orrego S., Guillermo Piedrabuena R.,
Rafael Rivera S., Héctor Soto G.,

Miguel Soto P., Rodrigo Winter I.
Diseño Gráfico
Gabriela Artigas S.
Impresión
Editorial Antártica S.A.
Propietario
Revista del Abogado S.A.
Representante Legal
Edmundo Eluchans Urenda
Publicación del Colegio de Abogados
de Chile, de distribución gratuita

a sus colegiados. Las opiniones
veridas por los diferentes autores
en esta revista no representan
necesariamente
la opinión del Colegio.
Dirección
Ahumada 341, Of 207, Santiago
Teléfonos 6396175 6336720
Fax 6395072





Momento crucial

Es obvio que el Poder Judicial vive hoy en Chile una de las situaciones más difíciles de nuestra historia republicana. Ello nos obliga, aún a riesgo de parecer majaderos, a referirnos al tema.

El síndrome de la autoreferencia se ha apoderado de muchos actores de la vida nacional y por ello no queremos ser acusados de incurrir en la poco elegante conducta de autocitarnos. No obstante lo anterior, creemos que tenemos el derecho a señalar que el Colegio de Abogados de Chile viene advirtiendo, hace ya muchos años, acerca de la preocupante situación de nuestro Poder Judicial y de la urgente necesidad de que todas las autoridades -cada una según la esfera de sus responsabilidades- asuman las conductas e iniciativas tendientes a iniciar el camino de la rectificación. Sin ir muy lejos podemos decir que en nuestra editorial de Abril del año 1996 escribimos «cada día se hace más evidente e indiscutible la necesidad que existe de reformar nuestra legislación judicial», «es deplorable que nada de ese proceso modernizador (que vive Chile desde hace algunos años) se haya asomado siquiera al Poder Judicial», «lamentablemente, están lejanos los tiempos en que nuestro Poder Judicial gracias a su excelencia, gozaba de gran prestigio», etcétera.

En una declaración sin precedentes, que se incluye en la página 23 de esta publicación, acordada sin distinguos políticos ni ideológicos de ninguna especie, por la unanimidad de los asistentes -con la concurrencia de los representantes de los colegios

A veces los acuerdos políticos y los intereses partidistas tienen una influencia indebida.

regionales de Concepción, Copiapó, Iquique, La Serena, Los Angeles, Talca, Temuco, Valdivia y Valparaíso- el Consejo General del Colegio de Abogados solicitó a los poderes públicos aprobar una legislación que permita eficaz y dignamente mejorar nuestra administración de justicia, instó a la Corte Suprema a asumir todas las iniciativas a su alcance tendientes a evitar el deterioro del prestigio de rectitud, seriedad e independencia que tradicionalmente ha tenido el Poder Judicial, y reconoció que los abogados no estamos exentos de responsabilidad en la grave situación que se vive.

Al escribir estas líneas la Cámara de Diputados acaba de declarar que no ha lugar a la acusación interpuesta por diversos diputados en contra del Presidente de la Corte Suprema señor Servando Jordán por 52

votos a favor, 52 votos en contra y 1 abstención. De esta acusación, supuesto que la Cámara hubiera decidido que había lugar a ella, debía conocer el Senado y resolver como jurado, limitándose a declarar si el acusado era o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputaba.

No queremos pronunciarnos, por inconducente, a la forma en que la Cámara de Diputados ha hecho uso de una facultad constitucional que le es exclusiva.

Por otra parte, en los próximos días corresponderá a dicha corporación pronunciarse sobre otra acusación constitucional que afecta al mismo Presidente de la Corte Suprema y a otros ministros de dicho tribunal. También muy pronto corresponderá al Parlamento, primero al Senado y luego a la Cámara de Diputados, iniciar la discusión de dos proyectos, uno de modificación legal y otro de modificación constitucional, enviados por el Poder Ejecutivo y que tienen por objeto introducir reformas al Poder Judicial, particularmente a la Corte Suprema.

Resulta evidente, como puede apreciarse, que los desafíos que enfrenta el Congreso Nacional son de la mayor trascendencia.

Observamos con preocupación, sin embargo, que a veces los acuerdos políticos y los intereses partidistas tienen una influencia indebida en decisiones en las que sólo debería primar el interés nacional.

La opinión pública, los abogados y los propios jueces esperan que las autoridades políticas respondan en este momento crucial para el futuro de la justicia en Chile. ●

Edmundo Eluchans U.

Clonación en

Proposición de tipificar como delito penal estos procedimientos de manipulación genética

¿Es conveniente que estas conductas sean prohibidas por la ley positiva y sancionadas con penas corporales, o propiciar una autorregulación por parte de los organismos científicos y médicos?

El resumen de mi posición es que conviene prohibir y castigar algo tan gravemente injusto como la clonación humana.

En general, el criterio respecto de los procedimientos de intervención genética sobre embriones humanos, fundado en la ética clásica, es que son legítimos sólo si persiguen directamente el bien del embrión intervenido (acción terapéutica) y hay probabilidades razonables de éxito (no se somete al embrión a un riesgo desproporcionado en relación con la gravedad de la enfermedad). Las demás intervenciones genéticas son moralmente reprobables y, siendo acciones gravemente dañinas, la legislación debe perseguirlas incluso penalmente. Entre estas conductas se cuenta el tipo de clonación que consiste en reemplazar el núcleo de un óvulo por el núcleo de una célula adulta para formar así un embrión casi idéntico genéticamente al animal que aportó el núcleo (así fue producida

la oveja-clon "Dolly" por el Dr. Ian Wilmut y sus colegas del Roslin Institute), que es el supuesto de hecho ahora analizado.

En estos casos, la razonabilidad práctica exige obrar al mismo tiempo en los dos sentidos mencionados en la pregunta: (a) propiciar la autorregulación, para que la intervención estatal sea subsidiaria; y (b) prohibir y castigar con penas corporales las diversas conductas que revistan las características de uno o más tipos penales bien definidos. La posibilidad de que intervengan las leyes y los jueces estatales para impedir los abusos de la ingeniería genética no puede ser excluida por una autorregulación que convierta a los eventuales transgresores en ley para sí mismos.

Aunque no todas las conductas injustas deben ser sancionadas penalmente, el sistema jurídico-político ha de aspirar a un mínimo de coherencia: no puede dejar impunes ilícitos graves (v.gr., la clonación humana o la tortura) y castigar delitos comparativamente inferiores (v.gr., el hurto o la evasión tributaria). Además, la ley cumple una indudable función simbólica, de tal manera que la permisividad de actos graves tiende a

coheretarlos socialmente. En fin, la sociedad civil tiene derecho a excluir de su entorno los atentados más graves contra la humanidad, y ha de hacerlo al menos mediante su prohibición y castigo. Ahora bien, si se producen clonaciones humanas en el futuro habrá que reconocer a las personas- clones todos sus derechos naturales desde el momento de la concepción.

¿Cuál debería ser el criterio si se comprueba que la clonación puede cumplir una finalidad terapéutica en el tratamiento de enfermedades o en la superación de la infertilidad?

La clonación de una persona es un procedimiento que siempre constituye un abuso de la ingeniería genética. No puede ser terapéutica respecto del clon, porque no puede tener una enfermedad quien no existirá jamás sin la clonación. Si se plantea, en cambio, producir clones para curar a los enfermos, se trataría de aprovechar las partes de las personas- clones (corazón, riñones...) en beneficio de otros. Una práctica así ya está parcialmente sancionada por la legislación sobre el homicidio.

En cuanto a la infertilidad, la producción artificial de un ser humano no puede curarla, porque esa enfermedad consiste precisamente en no poder procrear y la persona infértil seguirá siéndolo después de producido su clon. No se debe confundir la satisfacción del deseo de sucesión con la curación de la infertilidad, pues esto último implica un cambio por el cual el enfermo comienza a ser apto para procrear.

En consecuencia, la clonación humana es intrínsecamente injusta: (a) constituye una manipulación genética no terapéutica; (b) implica gran riesgo de muerte para la persona producida (en el caso de la oveja Dolly, nació sólo un clon entre 277 producidos); (c) es usar a una persona como simple medio para satisfacer los deseos de otra (v.gr., el deseo narcicista de una sucesión idéntica); (d) probablemente causará problemas psicológicos y de identidad personal para el niño nacido, aunque ontológica y biológicamente no cabe duda de su personalidad única e irreplicable; etcétera. ●



Doctor Cristóbal Orrego Sánchez. Profesor de Filosofía Jurídica y Política, Facultad de Derecho, U. de los Andes.

seres humanos

¿ Es conveniente que estas conductas sean prohibidas por la ley positiva y sancionadas con penas corporales, o propiciar una autorregulación por parte de los organismos científicos y médicos?

En rigor en el enunciado de esta primera interrogante se contienen dos preguntas diversas y sucesivas, colocadas en una relación tal, que la respuesta que se da a la primera en nada adelanta prejuza, la respuesta a la segunda.

En efecto, un primer problema es decidir si el ámbito de actividad de que se trata debe o no ser objeto de una expresa reglamentación jurídico-positiva, que lo enmarque y delimite las conductas prohibidas o sí, por el contrario y en lugar de lo anterior ello debe quedar entregado al imperio de las normas morales y de la autorregulación gremial.

-Posteriormente y sólo en el caso que en el primero de los problemas anotados se haya optado por una expresa y específica regulación jurídico-positiva, cobrara relevancia o autonomía la pregunta relativa a si una o más de las conductas que acorde dicha regulación resultan antijurídicas, reúne además otras características o exigencias que justifiquen el merecimiento y la necesidad de una amenaza penal. Vale decir, supuesto que la previa antijuricidad de una conducta no prejuza y ni tan siquiera es un requisito imprescindible para la tipificación de esa misma conducta, la pregunta relativa a la procedencia o improcedencia de la "criminalización" de la conducta, supone una justificación adicional, significativamente más rigurosa que la respuesta a la primera.

-En relación a lo primero, en principio y en íntima relación con lo que se apuntara a continuación, a nuestro entender, debe observarse con aprehensión la pretensión de rai-gambre "conservadora", que, en presencia de fenómenos nuevos como el que nos ocupa, sustituye el decantamiento de consensos sociales relevantes y de la auto-regulación correspondiente, por lo que G. Teubner ha

denominado la pretensión de colonizar el mundo de la vida, por el derecho.

En términos generales el intento de condicionar, de manejar, las reacciones sociales frente a fenómenos nuevos mediante la intervención jurídica, refleja un "voluntarismo jurídico", que puede traer aparejado dos ordenes de consecuencias opuestas pero igualmente nefastas, como son, en un extremo el desprestigio de soluciones jurídicas, sustancialmente injustificables, que generan y defraudan expectativas sociales desmesuradas. En el otro extremo, puede ocurrir que se tenga éxito en la "colonización del mundo de la vida por el derecho", con el consecuente perjuicio para las normas y procedimientos de autorregulación social y responsabilidad individual.

Obviamente y con mucha mayor razón los argumentos precedentes son aplicables a la regulación penal de dichos fenómenos sociales.

Desde ya, en presencia de la "última ratio", de la "extrema ratio" del orden jurídico que representa el derecho penal, cabe preguntarse: ¿Cuál es el bien jurídico cuya efectiva lesión o puesta en peligro por esas conductas justificaría el recurso al derecho penal? ¿En que se asienta, en este caso, el merecimiento de pena? ¿Se trata, en todo evento, de un ámbito en el que la intervención penal realmente puede tener alguna efectividad, o, por el contrario, se trata de una intervención puramente simbólica sino derechamente ideológica?

En directa referencia a la segunda pregunta que nos formula, pareciera que en cuanto estos procedimientos, lejos de lesionar o po-

ner en peligro la vida, la integridad corporal y la salud, importan o puede importar su protección y salvaguarda en esos bienes jurídicos no puede encontrarse la justificación del merecimiento de pena.

-Paralelamente, si, salvo concepciones muy mecanísticas, no puede entenderse que la "identidad genética", sea la única relevante o tan siquiera la más importante de aquellas involucradas en el concepto de persona, no se ven necesariamente afectadas tampoco por estas conductas ni la libertad individual como bien jurídico condigno de protección penal, ni la dignidad de la persona humana.

A todo ello debe agregarse las complejidades técnicas que rodean el problema y que hacen muy difícil el implementar una eficaz regulación jurídica.

En suma, nada parece justificar la intervención del derecho penal en este ámbito y es dudoso que, al menos por el momento, esté justificada la regulación jurídico-positiva del fenómeno, que, nos parece debería quedar todavía entregado a mecanismos de autorregulación y autorresponsabilidad.

¿Cuál debería ser el criterio si se comprueba que la clonación puede cumplir una finalidad terapéutica en el tratamiento de enfermedades o en la superación de la infertilidad?

Atendido lo expuesto precedentemente, la presencia de tal finalidad, que hasta donde es de nuestro conocimiento es una posibilidad cierta, constituiría un argumento adicional en favor de la no intervención jurídica en este ámbito. ●



Miguel Soto Piñeiro. Abogado y Profesor de Derecho Penal, Universidad de Chile.

Consejo General del Colegio de Abogados 1997-1999

Tras las elecciones gremiales efectuadas entre el 9 y el 16 de mayo, los nuevos integrantes del Consejo General del Colegio de Abogados son los señores:

- Arturo Alessandri Cohn
- Mártano Fernández Méndez
- Rafael Gómez Balmaceda
- Arnaldo Gorziglia Balbi
- Alejandra Krauss Valle
- Avelino León Steffens
- Guillermo Piedrabuena Richard
- Arturo Prado Puga
- Jorge Mario Quinzio Figueiredo
- Sergio Urrejola Monckeberg

De esta forma, el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, para el período 1997-1999, quedó integrado por los siguientes señores abogados:

Arturo Alessandri Cohn
 Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
 Edmundo Eluchans Urenda (actual Vicepresidente)
 Mariano Fernández Méndez
 Gonzalo Figueroa Yáñez
 Rafael Gómez Balmaceda
 Arnaldo Gorziglia Balbi
 Manuel Guzmán Vial
 Carmen Hertz Cádiz
 Alejandra Krauss Valle
 Avelino León Steffens
 Luis Ortiz Quiroga
 Waldo Ortúzar Latapiat
 Guillermo Piedrabuena Richard
 Arturo Prado Puga
 Jorge Mario Quinzio Figueiredo
 Carlos Reymond Aldunate
 Sergio Urrejola Monckeberg (actual Presidente)
 Enrique Zenteno Undurraga

Ministra de Justicia con el Consejo General del Colegio

A expresa petición de la Ministra de Justicia, doña María Soledad Alvear, el día 19 de junio pasado se realizó una reunión entre ella y el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile. El objetivo del encuentro fue analizar la actual situación del Poder Judicial.



Congreso sobre el Poder Judicial

El día jueves 28 de agosto próximo se efectuará en el Salón Gala del Hotel Carrera el Congreso sobre el Poder Judicial, al que están invitados todos los abogados. Se sesionará durante todo el día, y habrá varias comisiones, presididas por consejeros del *Colegio de Abogados*.

Seminario de derecho tributario

Desde el 4 de agosto al 18 de noviembre se realizará el programa "*Tributación para la empresa actual y sus negocios*" impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, en su sede de Santiago. Este programa, orientado a los abogados, empresarios, ejecutivos y profesionales tiene por objeto entregar las herramientas necesarias para desenvolverse en el complejo mundo de los impuestos que afectan a la empresa, sus propietarios y los negocios que ella realiza. El curso se encuentra dividido en dos ciclos: el primero destinado a actualizar los temas más relevantes y de interés sobre el Código Tributario, ley del IVA y ley de la Renta, y el segundo enfocado a un análisis más profundo de la tributación que afecta a determinados contratos, instituciones y actividades. Este seminario cuenta con el patrocinio del *Colegio de Abogados*.

Por Avelino León Steffens.
Abogado, Consejero del Colegio
de Abogados y Profesor Universitario.



Etica del abogado

Una vez más es bueno recordar algunos deberes morales del abogado en su conducta profesional.

El esfuerzo cotidiano ha de partir pensando en mantener la frente serena al término de la jornada. Esto supone el ejercicio inevitable de examinar en el día a día esa conducta en la intimidad de nuestra propia conciencia. A solas, en ese fuero íntimo y sagrado es posible discernir si hemos actuado o no de manera honorable. El buen nombre debiera constituir nuestro mayor desafío personal.

La abogacía impone también un trabajo renovado de dignidad profesional para su correcto ejercicio. El comportamiento del abogado debe estar lleno de decoro. Especial importancia tiene el respeto y la consideración hacia nuestros pares. Particular repudio merecen actitudes de impaciencia e intolerancia. Pero la dignidad profesional tiene que ver además con la legítima aspiración de un buen pasar en la vida. En no pocas oportunidades las virtudes morales de la generosidad y de la moderación, que tanto dignifican el alma humana, se pierden en un afán de

*El buen nombre debiera
constituir nuestro mayor
desafío personal.*

*La abogacía impone
también un trabajo
renovado de dignidad
profesional para su
correcto ejercicio.*

lucro. Este propósito esconde una falta de vocación por el estudio del derecho.

La conducta profesional del abogado debe estar además impregnada por el principio moral de la buena fe. En esta exigencia se confunden sinceridad, franqueza y rectitud. Su rostro tal vez más visible sea la lealtad que, en palabras de la Real Academia Española, supone el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. En sus mandamientos del abogado, Eduardo Couture destaca esta exigencia moral:

“Sé leal. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aún cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.”

El contenido profundamente humano de todos estos deberes me hace ser quizás poco entusiasta para juzgar el comportamiento ético de los demás abogados. ●

Por Laura Novoa Vázquez,
Abogada.

Consejo General
Colegio de Abogados 1997-1999

La *minería* y el desarrollo sustentable

Durante los últimos 25 años hemos ido experimentando cambios importantes en la manera de apreciar el crecimiento económico, el desarrollo y el medio ambiente, plasmándose al efecto el concepto de desarrollo sustentable, al que ya muy pocos niegan validez, al menos en el plano teórico.

No sabemos de estudios que hayan pretendido abordar de un modo sistemático la adaptación de las instituciones jurídicas al concepto del desarrollo sustentable.

Siendo Chile un país minero por excelencia, el presente artículo representa un muy modesto esfuerzo por llamar la atención sobre la conveniencia de iniciar estudios encaminados a la finalidad recién señalada, a lo menos en el campo de la actividad económica que más nos interesa.

1. Desarrollo sustentable y minería 1.1. Breve historia del concepto de desarrollo sustentable

Ya en 1972, la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas llamó la atención de los gobiernos acerca del daño que estaban causando al medio ambiente natural el crecimiento económico y la contaminación industrial. Sin embargo, los países no industrializados hicieron ver que para ellos era más importante concentrarse en el crecimiento económico, como manera de eliminar o aliviar la pobreza en que vivían sumidos.

La Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo publicó en 1987 su informe titulado "Nuestro Futuro Común"

*La relación de la
minería con el
desarrollo sustentable
encuentra su mayor
importancia en el factor
ambiental, cuya
incidencia torna cada
vez más difícil encontrar
sitios en que puedan
llevarse a cabo
actividades extractivas
sin dañar el ambiente.*

más conocido como el Informe Brundtland por el nombre de su autora. En este informe se sentaron las bases de lo que hoy conocemos como desarrollo sustentable, consistente, en lo esencial, en abordar integralmente la formulación de políticas y la ejecución de las mismas asumiendo que la protección ambiental y el crecimiento económico en el largo y mediano plazo no son incompatibles entre sí, sino complementarios y, aún más, interdependientes. El fundamento de esta concepción es que resolver los problemas ambientales requiere recursos que sólo pueden provenir del crecimiento económico, en tanto que este último se verá frustrado si la salud humana, los recursos naturales y, en general, la calidad de vida, son dañados o no logran alcanzarse como consecuencia de aquel.

La Conferencia de Río de 1992, conocida como la Cumbre del Medio Ambiente, relacionó el concepto de desarrollo sustentable con la paz social y la democracia, asumiendo que no hay paz social sin democracia, y no hay desarrollo sin paz social. Incorporó así la dimensión social que la llevó a postular un desarrollo centrado en la persona humana que sólo puede lograrse mediante el crecimiento económico basado en una administración razonable y consciente de los recursos naturales, decidida con la participación de todos los involucrados, con miras a eliminar la pobreza y a respetar el derecho de las generaciones presentes y futuras a contar con un planeta habitable en condicio-

nes mínimas de dignidad y calidad de vida. 179 países aprobaron en aquella ocasión la llamada Agenda 21, que es un plan de acción basado en estas ideas y se comprometieron a ponerlo en ejecución, incluyendo el compromiso de los países industrializados de contribuir con el 0.7% de su PNB para la asistencia oficial para el desarrollo de aquellos países cuyo grado de pobreza hace ilusorio acometer esta tarea por sí solos.

1.2. La minería y el desarrollo sustentable

Se discute si el desarrollo sustentable puede aplicarse a la actividad minera por recaer ésta en recursos no renovables. Es verdad que el agotamiento de la mina constituye una dificultad conceptual que no puede ignorarse. Sin embargo, el desarrollo sustentable no busca únicamente preservar recursos que pueden volver a producirse. En términos conceptuales se extiende en general a la necesidad de conservar el patrimonio ambiental, incluyendo el uso racional de los recursos no renovables. En este sentido, aplicar los principios del desarrollo sustentable a la minería significa poner el énfasis en la eficiente extracción de las sustancias minerales y en el uso y desarrollo de sustitutos que puedan reemplazarlas cuando se hagan escasas. Así, el uso sustentable de los recursos mineros puede implicar la reducción en la intensidad de la explotación comercial con el objeto de no someter la mina a un agotamiento prematuro a cambio de un discutible beneficio inmediato. Por lo demás el equilibrio entre la disponibilidad de nuevos recursos mineros y el agotamiento de los mismos es buscado por las empresas en sus planes normales de desarrollo pudiendo verse que en el futuro cercano la humanidad no debiera sufrir por la falta de sustancias minerales. Contribuyen a ello el descubrimiento constante de nuevos recursos mineros provenientes de las labores normales de expansión y reposición, consustanciales a la actividad minera, que ordinariamente superan en mucho la vida útil originalmente calculada de una mina y que

viene a satisfacer las necesidades de nuevas generaciones. El reciclaje y el perfeccionamiento de los métodos de extracción se presentan como fuentes adicionales de recursos mineros susceptibles de considerarse en una planificación minera respetuosa del desarrollo sustentable.

Con todo, la relación de la minería con el desarrollo sustentable encuentra su mayor importancia en el factor ambiental, cuya incidencia torna cada vez más difícil encontrar sitios en que puedan llevarse a cabo actividades extractivas sin dañar el ambiente en una medida que la gente considere aceptable para su salud o sin afectar adversamente la biodiversidad, los acuíferos o los entornos culturales, paisajísticos, arqueológicos u otros aspectos que se integran al concepto de desarrollo sustentable y forman parte inseparable del mismo.

1.3. El desarrollo sustentable y el derecho

Caracterizado el derecho sustentable como un conjunto de políticas encamina-

das al logro de los fines explicados, no cabe de buenas a primeras esperar que el régimen jurídico de los países lo consagre de un modo directo y específico. Lo que sí corresponde es contar con un marco legal que haga factible la concreción de la voluntad de llevarlo a cabo.

2. Marco jurídico chileno para el desarrollo sustentable

2.1. Carácter no vinculante de la Agenda 21

Es útil precisar, en primer término, que la Agenda 21 no es un tratado internacional con carácter obligatorio para los estados que la suscribieron. Su cumplimiento quedó entregado a la buena fe de los gobiernos y de hecho ha permanecido sin llevarse a cabo en muchos de sus aspectos. Ello no quita que, a lo menos, culturalmente, se haya ido produciendo una evolución gradual positiva en la toma de conciencia a todo nivel de la importancia que tienen sus distintas dimensiones, principalmente en el campo de la protección del medio ambiente y la preserva-



"La actual legislación minera no considera que la explotación masiva de los recursos minerales ha dejado de ser subterránea. Por esta razón, no existe legislación que regule con claridad los conflictos que pueden producirse por el uso de los terrenos superficiales."

ción de los recursos naturales, así como también en la importancia que a su respecto tienen la lucha contra la pobreza y la participación de todos en el diseño de la sociedad que queremos para el futuro.

2.2 Los tratados internacionales y el desarrollo sustentable

Los principios del desarrollo sustentable han ido plasmándose progresivamente en algunas convenciones o tratados internacionales, entre las cuales cabe destacar los siguientes:

a) La Convención Marco sobre Cambio Climático, suscrita con ocasión de la Cumbre de Río y ratificada por Chile.

b) El Convenio sobre Diversidad Biológica, suscrito en la misma oportunidad y ratificado por Chile.

c) La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, celebrada en 1994, incluye el Desierto de Atacama. Fue suscrita por Chile y está en proceso de ratificación.

d) El Convenio sobre Pesca en Alta Mar de 1995, que se encuentra abierto para firma y entrará en vigencia después que sea ratificado por 60 países. Chile no lo ha suscrito todavía.

e) La Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional (Convención Ramsar) de 1971, que fue ratificada por Chile y se encuentra en plena vigencia. Fue invocada recientemente para no permitir la evacuación de afluentes en el Río Cruces provenientes de una nueva planta de celulosa.

f) La Convención de Basilea de 1989 sobre Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos y su Eliminación.

g) Numerosos otros acuerdos internacionales como el Convenio de Viena de 1985 y el Protocolo de Montreal de 1987, relativos a la capa de ozono así como diversos otros instrumentos internacionales sobre contaminación del mar, comercio de especies amenazadas, pesca, aguas costeras, fondos marinos, recursos marinos vivos, contaminación proveniente de fuentes terrestres, contaminación radiactiva, derrame de hidrocarburos, fauna y flora, maderas, accidentes nucleares y minerales.

*En el caso de
los recursos mineros,
sin embargo, por
no corresponder
a recursos renovables,
sólo los proyectos o
actividades nuevas
podrán sujetarse a
los aludidos principios
a través del mecanismo
de evaluación de
impacto ambiental.*

2.3. Legislación anterior a la Constitución de 1980

Sabido es que nuestro país ha sido pródigo en dictar leyes y reglamentos destinados a proteger el medio ambiente, con el muy negativo balance de que sus normas han sido muy poco respetadas a la vez que no se ha ejercido control para el cumplimiento de las mismas. La ley N° 3.133, de 1916, por ejemplo, disponía enfáticamente que los establecimientos industriales, incluyendo los mineros, tienen la obligación de neutralizar y depurar los residuos que indica antes de vaciarlos a ríos, lagos u otros cauces. Basta observar lo que ocurrió en el Puerto de Chañaral para comprobar cómo es que esta ley y su respectivo reglamento no fueron acatadas en lo más mínimo. Lo mismo ocurre con el Código Sanitario que prohíbe descargar aguas servidas y residuos industriales o mineros en cualquiera masa de agua que sirva para proporcionar agua potable o para riego.

Existen, además, numerosísimas otras disposiciones legales o reglamentarias que encajan dentro del concepto de legislación ambiental, que han motivado recientes recopilaciones ampliamente difundidas, que no es del caso comentar en esta oportunidad.

2.4. Constitución de 1980

Su dictación constituye un hito importante en la dirección del desarrollo sustentable.

Su art. 19 N° 8 asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, asignando al estado la responsabilidad de velar porque este derecho no sea afectado y encomendándole la tarea de tutelar la preservación de la naturaleza. Esta misma norma autoriza el establecimiento por ley de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, lo que, en una interpretación amplia de este último concepto abarca los dos objetivos señalados, asegurar el derecho de todas las personas a vivir en un ambiente libre de contaminación y preservar los recursos naturales.

Por su parte, el inciso segundo del art. 19 N° 24 autoriza expresamente la constitución por ley de limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, entendiéndose por ésta, entre otros, lo que exija "la conservación del patrimonio ambiental".

Ambas normas otorgan una amplia flexibilidad al legislador para disponer lo que crea necesario para obtener el desarrollo sustentable.

Es interesante destacar que las facultades otorgadas al legislador por el constituyente llegan a permitir "restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades", lo que significa que podrán ser afectados por esta norma algunos derechos y libertades aparentemente alejados del medio ambiente, tales como el derecho de reunión de su N° 13, el derecho de asociación de su N° 15, la libertad de trabajo de su N° 16, la igual repartición de los tributos de su N° 20, el derecho de desarrollar cualquiera actividad económica de su N° 21, la libertad para adquirir cualquiera clase de bienes de su N° 23 y el derecho

de propiedad de su N° 24. Este último derecho, no así los demás indicados, puede, además, ser objeto de las limitaciones que el legislador considere necesario establecer para el cumplimiento de su función social en lo tocante a la conservación del patrimonio ambiental en la muy amplia acepción que se da a esta expresión en la ley general de Bases del Medio Ambiente como se señala más adelante.

El marco constitucional se completa con el derecho de protección que otorga el art. 8 de la carta fundamental cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ve afectado por un acto doblemente arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

2.5. Ley de Bases del Medio Ambiente

La ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, caracterizada como una "ley marco" constituye un nuevo avance significativo hacia el logro del desarrollo sustentable.

Destacan las siguientes definiciones de su art. 2:

"Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración."

"Desarrollo Sustentable: el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación del suelo y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras."

"Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socio-culturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones."

Contribuyen a consolidar la consagración legal del desarrollo sustentable, el art. 4 de la ley citada que impone al estado el deber

de facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente, así como su art. 5 que ordena orientar los procesos educativos de todo nivel hacia la integración de valores y el desarrollo de hábitos y conductas que tiendan a prevenir y resolver los problemas ambientales.

Con todo, el instrumento de gestión ambiental por excelencia de esta ley es la evaluación de impacto ambiental, requerida para todas las actividades o proyectos susceptibles de causar impacto ambiental enumerados en el art.10 de la Ley 19.300 entre los que destacan los acueductos, proyectos de desarrollo minero, oleoductos, gasoductos, instalaciones industriales, agroindustrias, proyectos de desarrollo o explotación forestales en suelos frágiles, de saneamiento industrial, obras en parques nacionales, en reservas nacionales o en otras áreas protegidas. Es a través de las políticas que se apliquen en la administración del sistema que se podrá avanzar en la implantación efectiva de los principios del desarrollo sustentable

en el amplio marco conceptual de la propia definición legal antes transcrita.

3. La legislación minera y el desarrollo sustentable

3.1. Condición jurídica de la concesión minera

La concesión minera se encuentra regida por el art.19 N° 24 de la Constitución, la ley 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, el Código de Minería, su Reglamento y las demás normas de carácter general o especial que complementan dichos cuerpos legales o que suplen el silencio del legislador.

No obstante declarar el inciso sexto del N° 24 citado que el estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, tratándose de sustancias concesibles o que no están en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional o en zonas que, conforme a la ley se determinen como de importancia para la seguridad nacional, la propiedad del estado sobre las minas es para el



"Nuestro país ha sido pródigo en dictar leyes y reglamentos destinados a proteger el medio ambiente, con el muy negativo balance de que sus normas han sido muy poco respetadas."

*El Código de Minería
es perfectible en éstas
u otras materias que
podrían justificar
la introducción
de modificaciones.*

mero efecto de que la ley las conceda a los particulares para su exploración o explotación conforme a las normas pertinentes del Código de Minería, reconociéndose al titular de la concesión la protección que el mismo N° 24 otorga en general al derecho de propiedad, según expresamente se dispone en el inciso antepenúltimo del citado N° 24.

La situación legal descrita, unida al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, consagrada en el N° 21 del citado art. 19, permite concluir que, a menos que el legislador haga uso de las facultades que le otorgan sus N°s 8 y 24, antes comentados, la actividad minera no está condicionada a ninguna norma que la obligue derechamente a respetar los principios del desarrollo sustentable.

3.2. Tratamiento especial de los recursos renovables y los mineros en la ley 19.300

El art. 41 de esta ley dispone que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales está sometido a la obligación de asegurar su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas. Consecuente con ello y con el objeto de asegurar su conservación los artículos siguientes establecen la obligación de presentar a la autoridad respectiva, para su aprobación y control de cumplimiento, los planes de manejo de los recursos renovables, salvo que se trate de proyectos o actividades respecto de las cuales se hubiere aprobado un estudio o declaración de impacto ambiental conforme a la misma ley.

Se concluye, entonces, que la ley posibilita que los recursos renovables sean insertados de lleno en el desarrollo sustentable tanto si se trata de nuevos proyectos o actividades, por la vía del sistema de evaluación ambiental, o de su explotación ordinaria, por la vía de los planes de manejo.

En el caso de los recursos mineros, sin embargo, por no corresponder a recursos renovables, sólo los proyectos o activida-

des nuevas podrán sujetarse a los aludidos principios a través del mecanismo de evaluación de impacto ambiental.

La trascendencia de esta situación se revela por sí sola si se piensa que muchas actividades mineras, especialmente estatales, provienen de la operación de proyectos antiguos. Por esta razón, es particularmente importante que sean los que dirigen los destinos de dichas empresas y fijan sus políticas, los que adhieran a título personal a los principios básicos del desarrollo sustentable y los pongan en ejecución.

3.3 Proyectos mineros sujetos al sistema de evaluación de impacto ambiental de la ley 19.300

La jurisprudencia emanada de nuestro más alto tribunal en el caso Trillium dejó en claro que el sistema de evaluación de impacto ambiental sólo se ha hecho obligatorio respecto de las actividades o proyectos mineros que se inicien o haya iniciado a partir del 3 de abril de 1997, fecha de publicación en el Diario Oficial del Reglamento respectivo, aprobado por Decreto Supremo N° 30 de la Secretaría General de la Presidencia.

Es precisamente a través de este instrumento de gestión ambiental que el estado puede insertar estas actividades y proyectos en el contexto del desarrollo sustentable, según las peculiares circunstancias de cada uno de ellos. Este propósito puede cumplirse muy adecuadamente si se aplican en la especie los estándares ambientales a que las socie-

dades mineras extranjeras se encuentran sujetas según las legislaciones vigentes en sus propios países de origen, en general, más altos que los de nuestra legislación, en muchos casos inexistentes.

Iguales criterios pueden aplicarse a los proyectos mineros voluntariamente sometidos al Instructivo de septiembre de 1993, dictado para regir los casos que se presentaran hasta la vigencia de la ley 19.300.

3.4. Falencias de la legislación minera frente al desarrollo sustentable

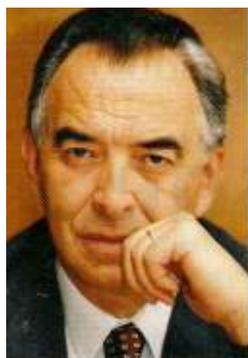
La circunstancia de ser los mineros recursos no renovables, el hecho de que los principales yacimientos se encuentran en zonas desérticas y la consideración de que el crecimiento económico del país está íntimamente ligado a la explotación minera, han permitido la subsistencia de ciertos vacíos legales que conspiran contra el desarrollo sustentable.

Por ejemplo, la actual legislación minera no considera que la actual explotación masiva de los recursos minerales ha dejado de ser subterránea. Por esta razón, no existe legislación que regule con claridad los conflictos que pueden producirse por el uso de los terrenos superficiales, particularmente en relación con los planes reguladores que pueden haberlos destinado a fines urbanos, o con otras actividades que desde el punto del desarrollo sustentable pudieran ser más atractivas. Sólo las casas y sus dependencias y los plantíos de vides y frutales están derechamente protegidos.

Otro ejemplo que puede citarse es la falta de normas para restablecer el entorno luego de agotada una explotación minera, contrariamente a lo que existe en los países desarrollados. Tampoco existen normas para evitar que la concesión minera se utilice para fines distintos de su objetivo natural, como es para extraer áridos y destruir propiedad agrícola valiosa.

El Código de Minería es perfectible en éstas u otras materias que, eventualmente, podrían justificar la introducción de modificaciones orientadas a resolver los problemas que plantean de manera acorde con los principios del desarrollo sustentable. ●

Por Juan Carlos Dórr Zegers.
Abogado y Profesor de la
Pontificia Universidad Católica.



La doctrina del “levantamiento del velo”

Instrumentalización de la personalidad jurídica de las sociedades

1. Desde hace algunos años, los tribunales de justicia continentales europeos, han venido aplicando la “doctrina del levantamiento del velo” (*lifting of piercing the corporate veil* o *disregard of the legal entity*) que surgió en el derecho anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, y que tiene por objeto impedir los abusos a que puede dar lugar la instrumentalización de la “personalidad jurídica” de las sociedades, con una finalidad contraria a derecho.

2. Conforme a los postulados de esta doctrina, en casos excepcionales y para corregir los efectos perjudiciales de tal utilización torcida de la personalidad jurídica, “*los tribunales (civiles) pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura*” (José Luis de los Mozos, “La evolución del Concepto de Persona Jurídica en el Derecho Español”, Edit. Civitas S.A., 1988, pág. 253). Ello, cuando por razones de equidad y en protección de la buena fe se hace necesario, frente a un conflicto entre la certeza jurídica y la justicia del caso particular, sostener esta última.

Esta doctrina surge en el derecho anglosajón, especialmente en los Estados Unidos de América, primeramente, aplicada por los tribunales de equidad; posteriormente, por los tribunales de derecho.

*Los tribunales de
justicia continentales
europeos han venido
aplicando la “doctrina
del levantamiento del
velo” que surgió en el
derecho anglosajón y que
tiene por objeto impedir
los abusos a que puede
dar lugar la
instrumentalización de la
personalidad jurídica de
las sociedades.*

En el sistema anglosajón, como es sabido, la equidad constituye un régimen supletorio de integración de la “*common law*”, con motivo de lo cual, el tribunal de equidad sólo puede actuar para evitar un daño irreparable de otra manera, y tal sucederá, cuando el tribunal de derecho no concede amparo alguno, o cuando el amparo ofrecido es insuficiente (cfr. J.M. Dobson, “El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado”, Bs. Aires, 1991, pág.121, cit. por Carmen Boldó Roda, “Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”, Aranzadi Edit., Madrid, 1996, pág. 90).

Los fundamentos de esta doctrina fueron divulgados en España por la traducción que Puig Brutau hiciera de la obra del jurista alemán R. Rerick, publicada por la Editorial Ariel en 1958, “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica”, que al decir de de los Mozos (op. cit. pág 253) causó en España una “interesante y viva polémica”.

Ricardo de Angel Yagüez, en su obra “La doctrina del levantamiento del velo”, en su segunda edición, Editorial Civitas S.A., 1991, cita 49 sentencias, fundamentalmente emanadas de la Primera Sala del Tribunal Supremo Español, que, en una u otra forma, recogen los principios de esta doctrina.

3. La naturaleza de este trabajo impide hacer un análisis exhaustivo de los orígenes anglosajones y de los fundamentos con los que se ha aplicado en Europa esta doctrina que, en etapa de formulación, representa un análisis de mucho interés jurídico sin perjuicio de las debilidades propias de una institución que, nacida en el derecho anglosajón, se pretende aplicar en un sistema jurídico tan diferente como el europeo continental.

4. Incluso el derecho anglosajón considera esta doctrina como un "recurso" excepcional que se debe utilizar sólo cuando la extrema injusticia y el daño a terceros quedan debidamente comprobados ya que, de contrario, puede significar tender una sombra de incertidumbre sobre un principio tan fundamental como el de la personalidad jurídica de las sociedades e introducir elementos que debiliten el principio de la separación de patrimonios entre los socios y la sociedad (C. Boldó, op. cit., pág.147).

Surge esta doctrina de la observación de la realidad en cuanto a que hay oportunidades en las que se abusa e instrumentaliza la personalidad jurídica en perjuicio de terceros; y constituye un esfuerzo de buscar en el ordenamiento jurídico las vías y fórmulas para corregir los abusos sin que el legislador se vea en necesidad de dictar normas regulatorias que sí atentarían contra la necesaria certeza jurídica en una institución tan trascendental como las sociedades.

5. La primera sentencia del tribunal supremo español que acogió directamente los fundamentos de esta doctrina, es de fecha 28 de mayo de 1984 (de Angel Yagüez, op. cit., pág.27), y recayó en una cuestión de interrupción de la prescripción. Se trataba de una sociedad anónima que demandó a la "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A.", EMAYASA, y al Ayuntamiento de Palmas de Mallorca, reclamando indemnización por daños causados en sus instalaciones por inundaciones resultantes de averías producidas en la red municipal de abastecimiento de agua de la ciudad.

"Frente a una utilización abusiva de la personalidad jurídica, las instituciones jurídicas reconocidas tradicionalmente por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, pueden resultar ineficaces para la protección de los intereses de terceros afectados."



En circunstancias que se había demandado primero al Ayuntamiento y después a EMAYASA, esta última opuso la excepción de prescripción, ya que no podía entenderse interrumpida a su respecto por el hecho de haberse interpelado previamente al Municipio. El juez de primera instancia rechazó la demanda, la que fue acogida, en cambio, por el tribunal de apelación y confirmada por el tribunal supremo al rechazar el recurso de casación. En lo que interesa, el tribunal supremo declaró:

"Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia(...) se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a la que la ley con-

fieri personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino de fraude admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás (...), es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (...) porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea direc-

*La primera sentencia
del tribunal supremo
español que acogió
directamente los
fundamentos de esta
doctrina es de 1984.*

tamente o a través de los testaferros o de otras sociedad.”.

En realidad, los fundamentos del fallo exceden con mucho lo resuelto ya que, de hecho, pareciera que debiera concluirse, casi necesariamente, una condena solidaria a ambas demandadas; sin embargo, sólo se rechazó la excepción de prescripción, negándose lugar a la demanda por daños en cuanto se dirigía contra el Ayuntamiento.

Pero la doctrina española destaca este fallo por ser el primero que, para lograr una finalidad de justicia material, prescinde de la personalidad jurídica separada del Ayuntamiento y EMAYASA, para considerar interrumpida la prescripción por la notificación efectuada al primero.

6. Frente a una utilización abusiva de la personalidad jurídica, las instituciones jurídicas reconocidas tradicionalmente por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, pueden resultar ineficaces para la protección de los intereses de terceros afectados.

En efecto, tal utilización torcida que causa perjuicios a terceros, podría sancionarse recurriendo a los principios de las doctrinas del fraude a la ley, abuso del derecho, simulación, acto ilícito en perjuicio de un tercero, dolo o fraude pauliano, según el caso.

Sin embargo, las innumerables formas que puede revestir la utilización desviada de la personalidad jurídica, puede hacer que tales “remedios”, o sean insuficientes, o excedan en cuanto a los efectos de su sanción los marcos razonables de una solución equitativa.

Para su existencia legal, las sociedades necesitan, tan solo, cumplir con las formalidades que la ley establece. Y desde que existen, se dan sus características propias: personalidad jurídica distinta a la de sus socios; patrimonio separado, etc.

De lo anterior se desprende que, frente al acto abusivo constituido por la utilización ilícita de la personalidad jurídica, atacar la validez de una sociedad a pretexto que se ha constituido para defraudar derechos de

terceros resultará imposible o extremadamente difícil. Por otra parte, atacar el acto mismo como abusivo o fraudulento, encontrará el escollo de la personalidad distinta de la sociedad que actuó y las de los socios que la utilizaron.

Normalmente, el problema se va a presentar cuando una sociedad constituida ya legalmente y sin vicios actúa en la vida del derecho instrumentalizada por sus socios o administradores para violar la ley, el contrato o el derecho de terceros.

Frente a esta situación antijurídica, surge la doctrina que se analiza: el juez no declara nulidades; se limita a prescindir de la personalidad jurídica, como si ésta no existiera, para los efectos de resolver la cuestión planteada sin considerar los efectos propios y naturales que derivan de la existencia de esa personalidad jurídica.

7. Siguiendo a los doctrinarios españoles y a los fallos del tribunal supremo español, los grupos de casos en los que se ha acogido la doctrina del levantamiento del velo, son los siguientes:

a) Caso de identidad de personas o empresas:

Estos casos se presentan en dos supuestos: cuando no es posible distinguir exteriormente la separación que existe entre la persona jurídica y la persona de los socios, que, en consecuencia, impide determinar o reconocer si un acto es imputable a la sociedad o a los socios; o bien, la situación que se produce cuando el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios no puede distinguirse con facilidad (C. Boldó, op. cit., pág.314).

Estas confusiones de identidad o de patrimonio, constituirán hechos o supuestos fácticos que pueden conducir a la conclusión de que se ha utilizado abusivamente la personalidad jurídica para, por ejemplo, burlar derechos de terceros.

La solución jurisprudencial, en estos casos, va por el camino de prescindir de la personalidad jurídica haciendo responsable a los socios de la reparación de los perjuicios causados por la sociedad.

Un caso típico de esta naturaleza lo constituye la sentencia de 9 de julio de 1987 en la que el tribunal supremo resolvió un caso de confusión. Se trataba de una demanda dirigida en contra de una persona natural, reclamando el pago de una mercadería, quien se excepcionó alegando que la mercadería iba destinada a una sociedad de la que él era sólo su representante. El tribunal, en definitiva, declaró:

“...que aún dando por acreditado que el contrato se celebrase entre el actor y la mercantil Recubrimientos Eisenblatter, S.L., la circunstancia de que el titular y gestor único de ésta sea el demandado, representa (...) un serio obstáculo a la postulada irresponsabilidad del demandado que (...) contrató como gestor único con terceros, ostentando ante éstos un estado equívoco de apariencia societaria puramente formal propicia al fraude y contraria a la buena fe que ha de presidir el tráfico jurídico, por cuya vía (...) debe serle negada al recurrente, que utilizó, en su provecho, el organismo societario de que era titular único, la invocación frente a los acreedores de buena fe, de aquella limitación de responsabilidad inherente a una entidad mercantil que, sólo en apariencias funcionó con independencia de su persona” (C. Boldó, op. cit., pág. 356).

Es de hacer notar que este fallo se refiere a una sociedad que, al tiempo de los hechos, había llegado a ser una sociedad de un solo socio, lo que es posible en España, como expresa el fallo.

b) Casos de control o dirección efectiva externa:

Tales casos se refieren a aquellos en que la voluntad de la sociedad controlada no es la de ella sino la de la sociedad o persona controladora que actúa para satisfacer sus propios intereses. Así, si un grupo de sociedades controladoras y controladas que constituyen una unidad actúan al exterior como tal unidad, se postula que debe prescindirse del "artificio" de la personalidad jurídica para evitar un fraude a la ley o a los derechos de terceros.

Sentencias que han aplicado esta doctrina a estos casos, se han dado en España sólo en materias laborales (vgr.: sentencia de 23 de julio 1980, de 3 de diciembre de 1983, 4 de julio de 1984, 30 de junio de 1993). (C. Boldó, op. cit., pág.400 y siguientes, R. de Angel Yagüez, op. cit. pág. 160 y siguientes).

c) Casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude a la ley o en incumplimiento de obligaciones:

Se incluyen en estos casos aquéllos en los que se utiliza la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e, incluso, extracontractuales.

Diversas sentencias se han dictado en casos enmarcados en este grupo, entre las que destacamos el fallo de 12 de enero de 1994 recaído en un juicio en el que se reclamaba el cumplimiento de una cláusula de no competencia.

Expresa el tribunal supremo: "... necesario resulta concluir que la actuación de la actora a través de otra entidad relacionada con ella en el modo indicado comporta un ejercicio antisocial de su personalidad con daño para terceros, permitiéndosele incumplir un compromiso adquirido a través del mecanismo de imputar sus actos a una sociedad que, a los efectos que nos ocupan, debe ser reputada como directamente relacionada con la actora, por lo que la resolución recurrida, al así estimarlo y condenar a la actora reconvenida al abono de los daños originados por su incumplimiento en modo alguno

infringió los preceptos citados en este primer motivo, que debe ser, por ello, desestimado" (C. Boldó, op. cit., pág. 478).

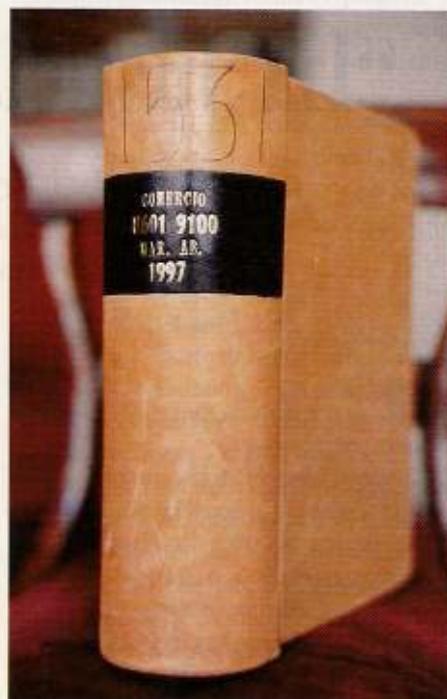
d) Casos de infracapitalización:

Se produce "infracapitalización" cuando los socios no dotan a la sociedad de recursos patrimoniales o financieros necesarios para llevar a cabo el objeto social.

Si en estas circunstancias la sociedad actúa y contrae obligaciones "desproporcionadas al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social", el "privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfruta queda sin fundamento, y por lo tanto responderán (los socios) ilimitadamente frente a acreedores de la sociedad de las deudas de la misma". (C. Boldó, op. cit., pág. 431).

Por sentencia de 20 de junio de 1983, el tribunal supremo falló uno de estos casos. Se trataba de una sociedad matriz que vendió a una filial constituida con un capital social simbólico, la maquinaria necesaria para desarrollar su giro, reservándose el dominio hasta el pago del precio (lo que en España es posible). Un acreedor de la sociedad pretendió ejecutar la maquinaria -único patrimonio disponible- con el fin de cobrar un crédito. La sociedad matriz, frente al embargo, interpuso una tercería de dominio que el tribunal supremo rechazó argumentando:

"...en el caso contemplado, como consecuencia del juego de la personalidad jurídica se observa que, aparte de que es una sociedad (sociedad matriz) la que se vende a sí misma, aunque con otro nombre (sociedad filial), es después esta segunda la que reconoce el dominio en favor de la primera que, naturalmente acepta, (...) lo que si formalmente es factible choca, para su admisión en derecho, con la (...) ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores que ven frustrados sus legítimos derechos amparados por la norma genérica del art. 1.911, según el que, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes". (C. Boldó, op. cit., pág. 436-437).



"Incluso el derecho anglosajón considera esta doctrina como un "recurso" excepcional que se debe utilizar sólo cuando la extrema injusticia y el daño a terceros quedan debidamente comprobados."

8. Al decir de los autores citados en este trabajo, la reacción de la doctrina continental europea y, en especial, española, al estado actual de formulación de esta doctrina, es diversa. Para algunos, la solución de los abusos, que puede dar lugar a la personalidad jurídica, deben solucionarse no a través de los postulados de la doctrina del levantamiento del velo, sino pasando por una reformulación, incluso legislativa, del concepto de persona jurídica, criterio representado por la opinión de Escarelli y Galgano; para otros, en cambio, nada justifica tal reformulación, siendo adecuada la doctrina en análisis, sin perjuicio de su perfeccionamiento, siempre y cuando se haga de ella una aplicación restrictiva por los evidentes riesgos que representa para la certeza jurídica. (C. Boldó, op. cit., pág. 42 y siguientes). ●

El dedo en la llaga:

“La Justicia vive su peor momento”

Presidente del Colegio de Abogados, Sergio Urrejola, certifica las malas prácticas y “hasta podredumbre” que existe en los tribunales de justicia. Señala como responsables tanto a los jueces como a los abogados.

Por Raquel Correa*

Habla con tanta pasión de la Justicia que resulta conmovedor.

A Sergio Urrejola Monckeberg le duele lo que está pasando en los tribunales chilenos, especialmente por estos días de acusaciones y cuestionamientos. Y lo que más le afecta es que “mucho de lo que se dice es verdad”.

Sobre su escritorio hay un Quijote y, aunque él no lo dice, es evidente que se siente identificado con el hombre de La Mancha. Por cuatro veces ha sido elegido en ese cargo al que llegó siendo el más joven de la historia del Colegio de Abogados. A esta tarea dedica la mitad de su tiempo útil.

-No tengo ningún litigio: es la única manera de poder hablar con los judiciales sin necesidad de estar mirándoles la cara- dice.

Tiene el rostro despejado y la mirada limpia. Recién fue reelegido por sus colegas con la más alta mayoría de que se tenga recuerdo (67 por ciento) y refrendado en la presidencia por la unanimidad de los consejeros.

-Muchas veces me pregunto qué hago aquí...

-¿Y qué se responde?

-Creo que puedo contribuir a una mejor justicia. Tenemos que jugar por limpiar la justicia, si no, todo se nos va a caer a pedazos.

Desde la niñez tuvo claro su futuro: ser abogado, igual que su padre, su abuelo y su bisabuelo. Ex alumno del Verbo Divino y del Patrocinio de San José, estudió derecho en la U. Católica de Valparaíso (“por-



“La población no siente que sus derechos están amparados en los tribunales de justicia”, dice preocupado el presidente del Colegio de Abogados, Sergio Urrejola Monckeberg.”

*Esta entrevista fue publicada por el diario El Mercurio de Santiago con fecha 15 de junio de 1997, y es reproducida con la expresa autorización del diario y de la periodista entrevistadora.

que ahí quedé”) y en la U. de Chile donde se tituló.

Profesor universitario de Ética Profesional, lamenta que “no haya más de cuatro o cinco facultades de derecho -de las 34 que existen en el país- donde se enseñe Ética a los futuros abogados”.

Urrejola (48 años, casado con Magdalena Santa María Zañartu, cinco hijos) fue jefe del Departamento Jurídico de la Sofofa. Durante seis años ofició como secretario de la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Civil y hoy es asesor de empresas privadas. Participa de listas gremialistas, se declara “más cerca de Renovación Nacional que de la UDI” pero aboga por la despolitización de los colegios profesionales.

Nivel Moral

-¿Cuál es su mayor preocupación como presidente del Colegio de Abogados?

-Todos tenemos que hacer un esfuerzo para lograr mejorar el Poder Judicial. El país ha progresado y crecido pero yo creo que nadie [nadie!] ha tenido voluntad política de mejorarlo.

-Lo común es decir que faltan tribunales, que se deben mejorar los sueldos de los judiciales, que deberían tener autonomía económica, una policía judicial... ¿Por ahí va la cosa?

-No. Es necesario arreglar algunos problemas de infraestructura y de remuneraciones, pero lo más importante y urgente es elevar el nivel moral de jueces y abogados. No se ve voluntad política para resolver los problemas de fondo porque nadie quiere perder un grado de influencia...

-¿Diría que hay crisis en el sistema judicial?

-Crisis, no. Pero sí existe problemas agudos. Diría que la Justicia vive su peor momento. Pero, como contrapartida, por primera vez en la historia existe la voluntad de todos los partidos políticos de preocuparse del tema.

-¿Cuál es el síntoma de la gravedad del problema?

“No hay voluntad política para resolver los problemas de fondo de la justicia.”

-Yo veo que la población no tiene seguridad, ni siente que sus derechos están amparados en los tribunales de justicia. Basta con ver las encuestas para conocer la opinión que se tiene de los tribunales. Son muy preocupantes y alarmantes.

-Se ha denunciado que una banda de narcotraficantes operó en el Congreso Nacional. Ahora se sostiene lo mismo respecto del Poder Judicial.

-Yo creo que se trata de algo excepcional, no generalizado. La mayoría de la gente que trabaja en el Poder Judicial es de muy buena calidad. Gente decente, que siempre ha vivido austeramente. Las incorrecciones son la excepción, todavía.

-¿A qué atribuye, entonces, la mala imagen que usted mismo reconoce? ¿Es sólo una cuestión de imagen?

-No. No es sólo un problema de imagen. Yo creo que hay problemas de fondo. Desde hace tiempo el propio Colegio de Abogados lo ha señalado pero no se han tomado medidas. En el último tiempo han faltado uno o más líderes en la Corte Suprema que tomen la iniciativa para mejorar esto. Si uno analiza los discursos de los últimos presidentes de la Corte siempre se refieren a estadísticas y carencias materiales, no a los problemas de fondo.

Sostiene:

-Los ministros de la Suprema son orgullosos. Muy soberbios. No aceptan críticas. Cuando hablan en privado con uno le reconocen muchas fallas pero llegado el mo-

mento, reaccionan en forma corporativa. Y los abogados tenemos una gran responsabilidad: nuestra obligación es transmitirle valores también al cliente respecto de la justicia. Tenemos que decirle que cuando pierde es porque no hemos tenido la razón, en lugar de echarle la culpa al juez. Nuestro sistema judicial ha llevado a una falta de transparencia.

Tarea “full-time”

-El 90 por ciento de la gente encuestada por Paz Ciudadana y Adimark dice que la justicia chilena es “blanda con los delincuentes, lenta y tramitadora”.

-Claro. Y la imagen que tiene la opinión pública es muy certera. Se ven blandos con los delincuentes desde el momento que cada persona que hace una denuncia respecto a un delito, lo único que logra son desagrados. Mala atención. Lo citan a las dos, lo atienden a las seis. Para los jueces no existen horarios: no son capaces de decir usted venga a las dos, usted a las tres, las cuatro, las cinco o las seis. Y eso es porque -aunque mucho les duela- los tribunales no funcionan todo el día.

-Según el Código Orgánico de Tribunales deben trabajar cinco horas...

-Cuando están atrasados tienen obligación de estar en su despacho cinco horas diarias. Y me parece que es una cosa arcaica que trabajen sólo medio día. No es posible que en la era de Internet -donde todos se comunican con la velocidad del rayo- los tribunales estén cerrados en la mañana. Habría que preguntarse qué hacen en la mañana...

-Ellos han dicho que trabajan en sus casas.

-Me parece muy difícil... Yo no puedo creer que la gente trabaje cómoda en su casa, aunque se tenga espacio suficiente. No se puede trabajar tranquilo mientras suena el teléfono o pasan la aspiradora. Algunos hacen clases en universidades, hasta en dos y tres escuelas distintas, y otros sencillamente no hacen nada. Es muy difícil ser riguroso consigo mismo: el ser humano no lo es. Si no tengo nada que hacer en la ma-



"Debemos restablecer la respetabilidad y honorabilidad de nuestra profesión. No sólo debemos combatir la injusticia, sino que abstenernos de cometerla"

ñana, me levanto más tarde. Si tengo TV cable, lo pongo y si está jugando el "Chino" Ríos me quedo viéndolo. Se toma desayuno, se lee el diario con toda calma... No creo que sea eficiente el horario que tienen. Y la Corte Suprema -que es la que tiene la facultad de modificarlo- no tiene la voluntad de hacerlo.

Refiere que hace tiempo existe un proyecto (del diputado Elgueta y otros) para modificar el horario.

-Pero ellos se resisten como pueden. He ido a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y todos sus miembros están de acuerdo. Pero un ministro a la salida de la sesión en el Congreso, me dijo: "me ganaste este round, pero yo los voy a dar vuelta". Y así fue. Los llamaron por teléfono y variaron de posición.

-El Gobierno presentó un proyecto para mejorar las remuneraciones, pero con algún sistema que mida eficiencia. Reconozco que no es fácil medirla, que no se puede hacer sólo por cantidad. Hay expedientes de 20 tomos y se pasan el año en él. Pero se advierte una desesperación porque no les exijan eficiencia, que nadie intervenga. Por eso lo rechazan y se molestan. Incluso llegaron a decir que esa iniciativa vulnera el Código Orgánico de Tribunales. Hay que

decirles que tienen la obligación de trabajar todo el día. No se les puede decir que trabajen como en cualquier empresa, porque se ofenden. Que trabajen como todo ciudadano chileno que entra en la mañana y termina en la tarde. Pero en la mañana, como le decía, bastantes hacen clases, en una, dos y hasta tres universidades; hay algunos que incluso tienen cargos en universidades. Para algunas mujeres del Poder Judicial -que son casadas y el suyo es el segundo ingreso del hogar- es un trabajo estúpido: trabajan sólo medio día. Los secretarios de tribunales ganan un millón y tantos de pesos y trabajan medio día. Pero la función judicial es ¡tan importante! que no se puede trabajar "part-time" en ella. Se requiere estar exclusivamente dedicado a eso: "full-time", partiendo en la mañana que es la hora en que se está más lúcido.

-¿Y que no traspasen su experiencia en las escuelas de derecho?

-Que trabajen fuera la cantidad de tiempo que establece la disposición vigente: seis horas. Hacer clases lunes, miércoles y viernes; prepararlas, corregir pruebas, es una tarea muy absorbente. Muchas universidades nuevas contratan ministros de la Corte para competir con las otras, apareciendo en su publicidad con figuras de la judicatura.

Las influencias

En cuanto a la lentitud de la justicia, Urrejola opina:

-Es lenta porque los sistemas son lentos. Un sistema escrito que ya estaba anticuado cuando se implantó en Chile hace casi un siglo. También influye en la lentitud que los jueces trabajen medio día. Falta transparencia, la seguridad de que perdí o gané porque tenía o no la razón.

-También influyen en la lentitud los muchos recursos que interponen los abogados...

- Cuando no tienen la razón. El procedimiento judicial se ha hecho tan poco grato para los abogados. Existe la sensación de que sus argumentos no van a ser considerados. Eso lleva a que el abogado que tiene poco acceso deje de ir. Los abogados con acceso a hablar con el juez o con el ministro, van. Pero, los que tienen recato piensan que si tienen la razón por qué ir a hablar con los ministros, como a pedir favores... Entonces, cuando uno pide una audiencia a algún ministro o autoridad de las cortes le preguntan ¿por qué causa viene? Si uno contesta que por ninguna causa, no tiene pasada. ¿Se ha fijado que cuando uno llama le preguntan "¿Y el señor tal lo conoce a usted?". La secretaria empieza a averiguar el grado de influencia que tiene el que llama. Esas malas costumbres que se han ido creando en la sociedad se han ido arraigando también en los tribunales.

-El Colegio de Abogados ha denunciado "tráfico de influencias" en la justicia. ¿Es una verdadera institución?

-Sí. Pero hay cosas que no se deben hacer. Por ejemplo, no existe igualdad ante la ley si a una persona le toca ser representada profesionalmente por un abogado que no tiene acceso a los jueces y ministros. Hay judiciales que llaman a sus colegas o a su inferior jerárquico y el inferior jerárquico le dice "señor", prácticamente sus deseos son órdenes para mí.

-Pero la verdad es que sí existe el llamado del superior.

-Existe y es reconocido. Un ministro de la Corte Suprema me dijo que en reiteradas

ocasiones había dicho a sus colegas que no debían llamar a los inferiores empeñándose en favor de determinadas causas. Como es una institución muy jerarquizada -donde para ir ascendiendo dependen unos de otros- es muy difícil, cuando el superior lo llama, no satisfacer sus pedidos. Esa es una mala costumbre que ellos conocen bien, pero no han tenido la capacidad de cuerpo para reaccionar y eliminarla.

-Es lamentable, pero la audacia de algunos abogados ha llevado a la corrupción de algunos miembros no siempre menores del Poder Judicial. Un parlamentario ha denunciado que existiría un pequeño núcleo de abogados de grandes influencias en los estrados. Debemos restablecer la respetabilidad y honorabilidad de nuestra profesión; debemos combatir no sólo la injusticia, sino que también debemos abstenernos de cometerla. El tráfico de influencias es una gran injusticia.

Las faltas

-Lo que no se puede decir en los alegatos, no debe decirse fuera del tribunal, y no me refiero al edificio, sino a las salas. Especialmente donde está instalada también la otra parte. Los "alegatos de pasillo" o "alegatos nocturnos" son inadmisibles. Este año dos ministros de la Suprema opinaron que son necesarios; que el no ir a los tribunales en casos en que no tiene derecho a alegar es una muestra de que el abogado no tiene interés en la causa. Incluso si un abogado habla con un ministro, éste suele decirle "hable también con los demás". Y como en los procesos existe un relator, también hay que hablar con el relator. Y el relator se ha transformado en un personaje muy importante, porque cumple más allá de su función. En muchas ocasiones no sólo informan a los ministros sino que se convierten también en redactores. El Código Orgánico dispone que "los jueces deben abstenerse de expresar y aún de insinuar privadamente su juicio respecto a los negocios que la ley señala". "Deben igualmente abstenerse de dar sólo oídas a toda alega-

"Existe una 'amistocracia' muy grande"

-¿Qué opina del cuestionamiento público que se ha hecho al presidente de la Corte Suprema?

-Se puede cuestionar públicamente al presidente del Poder Judicial -que a mi juicio es el poder más importante del estado- pero hay que hacerlo con antecedentes fundados. Si se poseen antecedentes que lo justifiquen se hacer llegar por las vías normales y los cauces legales. Lo que no corresponde es lanzar acusaciones sin medios para probarlas.

-¿Eso es lo que ha ocurrido?

-No lo sé. Lo que quisiera es que la propia Corte Suprema liderara los cambios necesarios con autoacordados, reiterando instrucciones, con cambios en la forma de funcionamiento de los tribunales. Y no necesitan ley para eso. La mejor ley no funciona con personas que no tengan la voluntad real de ir mejorando el servicio.

-Cuando Servando Jordán fue elegido presidente de la Suprema usted dijo que lo encontraba "lamentable". ¿Por qué?

-Porque me pareció lamentable- se limita a contestar y vuelve a su tema:

-Lo importante es cómo logramos que esto camine mejor. Estadísticas revelan que en los años 70, habiendo sólo seis juzgados civiles en Santiago, los fallos estaban listos más rápido que hoy, cuando hay 30 juzgados.

-¿Diría que el Poder Judicial chileno es corrupto?

-No, pero hay signos de corrupción. El que un juez llame a otro para influirlo es signo de corrupción. El pedir expedientes que está conociendo otro juez es signo de corrupción. El vender expedientes es corrupción. Todo lo que sea tráfico de influencias es corrupción. Recibir abogados para que le hagan alegaciones fuera del tribunal es un acto de corrupción. Existen indicios y certezas de que hay actos de corrupción en nuestra justicia. La primera fuente de corrupción es el dinero. Pero no la única. En Chile existe una "amistocracia" muy grande y la ejercemos todos. Por eso la sociedad entera debe esforzarse por no vivir en el tráfico de influencias, desde lo más pequeño hasta lo más grande.

Y agrega:

-Los ministros están por sobre las partes. No los veo con una bandera y una camiseta de la Coca Cola en un jolgorio a la vuelta de un partido de fútbol. Pueden ir al partido, pero hay conductas inapropiadas. No es posible que ministros de la Corte Suprema vayan invitados no sólo a ese partido con Ecuador sino al de Colombia: ahí fueron más. Les puede encantar el fútbol, pero deben mantener cierto decoro. Deben cuidarse, en muchos actos de su vida -incluida la vida privada- de esa podredumbre que existe. Si los de arriba tienen buenas costumbres, eso se transmite a todos. Pero, lamentablemente, existe una relación moral en la sociedad y por lo tanto también en el Poder Judicial.

ción que las partes o terceras personas a nombre o por influencia de ellas intenten hacerla fuera del tribunal”.

-Usted declaró que hay “abulia en los plenos de las cortes. Lo mejor es decir archívese, terminemos la audiencia y nos vamos”.

-Lo dije porque todas las peticiones que hemos hecho a las Cortes de Apelaciones, desde que yo entré al Colegio en 1989, la respuesta que hemos recibido es “archívese”. No puedo creer que **todas** las peticiones que haga el Colegio como Consejo General sean tan malas como para archivarlas... Rara vez logramos algo diferente.

Los cambios

-¿Considera que los cambios en la administración de justicia son urgentes?

-Urgentes. Porque la situación es grave. Y si no nos preocupamos, se va a derrumbar el Poder Judicial. Y en un país donde la justicia se derrumba, nace otra justicia: sale la mafia a crear justicia y a hacerse justicia por sí misma. Y volvemos a la época de las cavernas.

-Usted ha dicho que “con el actual personal del órgano jurisdiccional no hay posibilidades de hacer los cambios profundos e indispensables”. ¿Qué significa eso?

-Quise decir que con la mentalidad actual de los personeros es muy difícil hacer

un cambio. Porque se resisten a cualquier iniciativa, a cualquier proposición. Las consideran intromisiones. No están llanos a aceptar sugerencias, por buenas que sean.

Lo que más le interesa, en todo caso, es el nivel ético de abogados y jueces. Advierte:

-La reputación, que es el patrimonio más personal, sólo puede adquirirse a fuerza de perseverante probidad y puede perderse en un solo instante, por un solo acto reñido con la recta conciencia. La mejor ley falla si se ejerce en forma inmoral.

-Nuestra profesión se ha desprestigiado por dos cosas. Primero, porque hace un lavado de conciencia al cliente, instándolo a hacer cosas que a veces le molestan a su conciencia. Y lo segundo, que no mientan. A nadie le es lícito mentir, menos al abogado. Siendo exigente con uno mismo, cumpliendo normas éticas, se reciben puros beneficios: no se le van los clientes, siempre va a tener clientes decentes, nadie le va a pedir cosas indecentes o que no correspondan y va a poder hacer algo muy agradable: acostarse con la conciencia tranquila.

-¿Qué cambio en la administración de justicia le parece el más urgente?

-Terminar con este sistema inquisitivo. Creo que Chile es el único país en el mundo que mantiene un sistema penal en que el juez es el instructor y el fallador. Si no lo gramos pronto la reforma penal vamos a seguir con excesos como la venta de expedientes penales. Los jueces son muy escépticos frente a la reforma.

-¿Qué ventaja le ve al juicio oral, público y contradictorio, como elemento central del proceso?

-La seguridad que tiene la gente de tener un debido proceso, que sea rápido y expedito. Agilizarán el proceso. Creo que para eso todos -los jueces, los abogados- vamos a tener que cambiar la mentalidad.

-¿Para que funcione bien debe crearse el Ministerio Público?

-Desde luego. Es necesaria la reforma integral. ●

Definiciones

-Libertad de afiliación:

-Soy partidario de la libre asociación pero es necesario y urgente tener un sistema de control ético de todos los abogados, no solamente de los colegiados. Y que exista la facultad de suspender del ejercicio de la profesión a quienes vulneren gravemente la ética.

-Tribunal de Ética:

-El proyecto que lo crea está desde hace siete años! en el Congreso. No hemos logrado avanzar. Y es muy necesario.

-Gestores o tramitadores:

-Andan dando vuelta unos tramitadores o gestores... ¡Todos los conocen! y no les cierran las puertas. Algunos que son abogados dicen que ejercen su influencia en la propia Corte y así venden sus servicios. Son pocos pero funcionan al más alto nivel.

-Abogados integrantes:

-No debieran ejercer la profesión en la jurisdicción del tribunal que están integrando. En general, debieran inhabilitarse en muchas ocasiones.

Declaración del Colegio de Abogados de Chile

El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, en reunión celebrada el día de hoy con asistencia de los representantes de los Colegios de Abogados de Concepción, Copiapó, Iquique, La Serena, Los Angeles, Talca, Temuco, Valdivia y Valparaíso, acordó:

1° -Ratificar todas las declaraciones públicas formuladas por el Presidente del Colegio de Abogados de Chile don Sergio Urrejola, en el último tiempo, en relación con el funcionamiento del Poder Judicial.

2° -Manifestar su máxima preocupación por los últimos acontecimientos, de dominio público, conforme a los cuales se advierte una creciente desconfianza en el Poder Judicial y en su capacidad y decisión para ejercer una recta, eficiente y oportuna administración de justicia.

3° -Dejar constancia que resulta doloroso constatar como algunos pocos integrantes de la magistratura comprometen a la inmensa mayoría de los funcionarios judiciales, que exhiben un historial de corrección y abnegado servicio público.

4° -Reiterar que los jueces y abogados, no exentos estos últimos de responsabilidad en la grave situación que se vive, deben someterse rigurosamente a valores morales y éticos ejemplares.

5° -Solicitar al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional que, con el concurso del Poder Judicial, aprueben prontamente una legislación que permita eficaz y dignamente mejorar nuestra Administración de Justicia y recuperar para los Colegios de Abogados el control de la ética profesional.

6° -Instar a la Excma. Corte Suprema para que, sin esperar un nuevo ordenamiento jurídico, asuma todas las iniciativas que están a su alcance tendientes a evitar el deterioro del prestigio de rectitud, seriedad e independencia que tradicionalmente ha tenido en Chile el Poder Judicial, integrado por miembros de excelencia y jerarquía.

7° -Acoger la petición formulada por un grupo de abogados y convocar a un Congreso Nacional de Abogados con el propósito de analizar la actual situación y proponer las soluciones que parezcan más acertadas.

8° -Avanzar, desde ya, en la constitución de diversas comisiones de trabajo que estudien y formulen proposiciones y sugerencias concretas de orden legal y administrativo al Poder Ejecutivo, al Congreso Nacional y, muy especialmente, al Poder Judicial.

9° -Insistir en que aún cuando todas las cuestiones que digan relación con el Poder Judicial y con la Administración de Justicia son asuntos de Estado que requieren del concurso serio y responsable de las más altas autoridades del país, es urgentemente necesario que los jueces y abogados entendamos que somos los primeros llamados a enfrentar y resolver los graves problemas que hoy causan profunda inquietud a la opinión pública.

Santiago, 16 de junio de 1997.

Acerca del parentesco por afinidad

Las palabras parentesco y parientes han sido desnaturalizadas en nuestra lengua, separándose de su verdadero sentido etimológico, y no tienen en nuestros días el mismo significado que entre los romanos. Estos últimos llamaban *parens*, *parentes*, al padre y a los ascendientes, a los que han engendrado (de *parere*, parir).

En nuestra legislación el parentesco se define como la relación de familia que existe entre dos personas, y tiene una acepción más amplia que la que tenía originalmente el término.

Recordemos que se distingue entre el parentesco por consanguinidad (que es la relación de sangre que hay entre dos personas que descienden las unas de las otras o de un tronco o progenitor común) y aquel por afinidad.

El por afinidad legítima es el que existe entre una persona que está o ha estado casada, con los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. En términos simples, es la relación de familia que nos liga con nuestras queridas suegras.

En tanto, conforme al artículo 32 del Código de Bello, el por afinidad ilegítima es el que se da entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos de la otra. De un texto legal antiguo espi-gamos otra definición más cruda: es el parentesco que se contrae por cópula ilícita

El parentesco por afinidad ilegítima es el que se da entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos de la otra.

entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa.

Somarriva lo ejemplifica de la siguiente forma: "Valentín, hermano de Tulio tiene una querida. Entre ésta y Tulio hay parentesco de afinidad ilegítima".

Detengámonos en la afinidad ilegítima, por cuanto será el objeto de nuestros comentarios. Recordamos haber estudiado el concepto con incredulidad en nuestros ya lejanos días de estudiante de derecho.

¿Que una conexión clandestina y pasajera tuviera la virtud de dejar emparentados por afinidad a los amantes con la parentela de su ocasional pareja? ¿Y ello aún cuando no hubiera descendencia?

Nos costó aceptar esta realidad jurídica.

Abundando en el tema, un autor nos previene que esta relación de parentesco se produce sólo entre la persona que conoció carnalmente a la otra y los parientes consanguíneos de ésta; entre los que tuvieron relaciones sexuales no existe vínculo alguno de parentesco.

¡Extraña cosa aquella de que se niegue el parentesco recíproco a los compañeros de lecho, causantes del entuerto, pero se lo atribuya a cada cual con los parientes del otro!

Sin embargo, el legislador es consecuente en la materia con el tratamiento que da a las parejas legítimas, pues sabido es que los cónyuges no son parientes entre sí.

Tampoco son parientes entre sí los consanguíneos respectivos de los amantes: el parentesco está limitado a cada uno de ellos en relación a los consanguíneos del otro. Así por ejemplo, el conocimiento carnal entre Romeo y Julieta no habría ligado con parentesco alguno a los Montesco y los Capuleto.

Investigando el origen de esta norma, Claro Solar nos dice que en el derecho romano, la afinidad resultaba del matrimonio (hagamos una cita del Digesto en latín, lo cual es siempre de buen tono: "Sciendum cognationem, neque affinitatem esse posse nisi nuptiae non interdicat sint. ex quibus affinitas conjungitur", lo que significa que "debe saberse que no puede haber ni cognación ni afinidad a no ser que intervenga matrimonio del cual resulta afinidad").

El antiguo derecho español siguió esta doctrina del derecho romano, pero el derecho canónico hizo extensiva la afinidad a la unión ilícita, y como el derecho civil seguía al canónico en lo referente al matrimonio, también hizo igual extensión. Así en la Partida Cuarta se definió la afinidad como "Alleganza de personas que nasce del ayuntamiento del varón e la mujer, quier sean casados o non".

Convenzámonos, entonces, que (hurtando las terribles expresiones del Mensaje de nuestro Código Civil) "un comercio carnal vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado" emparenta al galán con los consanguíneos de aquella con quién ha yacido.

Ahora bien, ¿qué consecuencias puede traer esta singular relación de parentesco?

Hurgando en las normas pareciera que ninguna: es un parentesco que no tiene relevancia para efectos del derecho, con la sola salvedad del matrimonio.

En efecto, el Artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil establece en su número 1 que no podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, y no distingue entre la afinidad legítima e ilegítima, por lo que

deben entenderse incluidas ambas. Se trata de uno de los impedimentos para contraer matrimonio denominados dirimientes, cuya transgresión produce la nulidad absoluta del vínculo.

Aquí encontramos, entonces, la única importancia que tiene la afinidad ilegítima: la de constituir un impedimento para celebrar matrimonio.

Cabe señalar que el antiguo derecho español, antecedente histórico del precepto, también contemplaba este impedimento,

Quizás por ello es
que se dice que en
Chile todos somos
parientes.



"No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes por afinidad." Art. 5º Ley Matrimonio Civil.

prohibiendo al que hubiera tenido cópula ilícita con una mujer casarse con ninguno de los ascendientes o descendientes de ella.

¡Singular norma, que puede constituirse en una infalible y maquiavélica receta para que suegras seductoras aparten a pretendientes indeseables del camino de sus hijas!

Por último, Somarriva, comentando el parentesco por afinidad, señala que las relaciones sexuales son la fuente más fecun-

da de éste. Quizás por ello es que se dice que en Chile todos somos parientes.

O tal vez, allí está la razón del porqué a las regentas de lenocinio -generalmente ex hetairas- se les daba antiguamente el familiar apelativo de "tías". ●

Por Rodrigo Winter Igualt.
Abogado.



Por Gonzalo Ibáñez Santa María.
Abogado, Doctor en Derecho,
Rector y Profesor de la Universidad
Adolfo Ibáñez.

La *moral* de los legisladores

Notas sobre el tema matrimonio y divorcio

En la edición de abril recién pasado de esta revista, Agustín Squella se hace cargo de los comentarios que escribí en la anterior de noviembre acerca de la tesis que él sostiene acerca de cuál moral los legisladores han de tener en cuenta al momento de legislar. Aunque la distancia entre edición y edición puede hacer olvidar a los lectores lo dicho anteriormente, me parece oportuno, en esta oportunidad, volver sobre el tema e insistir en algunos puntos que, sin duda, son importantes.

1. Qué es la moral y cuál su presencia en las decisiones legislativas

Creo que buena parte de las diferencias que nos separan a Agustín Squella y a mí se aclararían exponiendo cada uno qué entiende por moral, para concluir después en el papel que a ella le corresponde jugar en las decisiones legislativas. El punto de partida, a mi entender, está dado por el hecho de la libertad humana, esto es, por la capacidad y la *necesidad* que tiene cada uno, de acuerdo a sus posibilidades, de adoptar decisiones para actuar de una u otra manera o, simplemente, para actuar o no actuar. En el caso de los animales, al revés, su actuar viene determinado por disposiciones psicológicas internas; ese actuar o no actuar no puede ser distinto al que efectivamente es. La persona, en cambio, dispone del gobierno de su conducta y, por ende, debe responder por su uso.

Que deba responder por su uso significa, simplemente, que no todo uso que se haga de la libertad es siempre bueno. La persona puede equivocarse y, peor aún, puede deli-

En la edición de abril pasado, Agustín Squella se hace cargo de los comentarios que escribí en la anterior de noviembre acerca de cuál moral los legisladores han de tener en cuenta al momento de legislar.

beradamente elegir una alternativa que no es la adecuada. El ejercicio de la libertad supone pues un conocimiento previo de las alternativas y, por cierto, de la finalidad en vistas de la cual se elige. Por eso, en definitiva, el ejercicio de la libertad supone el conocimiento de la ciencia cuyo objetivo es el campo en el que se desea actuar. Si se trata de la salud de una persona, será ver-

daderamente libre para elegir alternativas quien tenga conocimientos previos de medicina; un lego en la materia no puede ni siquiera abrir la boca.

Squella me reprocha el confundir, al respecto, norma moral con norma técnica. Es cierto que las normas técnicas provienen de la misma naturaleza de la cosa en cuestión; en este caso, de la estructura biológica de la persona. La realidad de estas normas y de sus contenidos se imponen al conocimiento, pero su aplicación no se impone necesariamente a la voluntad. Es aquí donde comienza nuestro tema: ¿cuál es la obligación "moral" del médico? y es entonces que podemos advertir cómo lo que era una norma técnica o científica se convierte, a la hora de la acción, en norma moral, porque la obligación del médico es aplicar lo que le enseña su respectiva ciencia. Lo mismo podemos decir del ingeniero cuando encara la construcción de puentes y caminos y así, sucesivamente.

Cabe ciertamente que el médico o el ingeniero se pregunten por qué están obligados a seguir lo que les enseñan las respectivas ciencias. Puede ser que no estén preocupados ni de su reputación ni de ganar dinero ni de ninguno de los factores que las personas solemos tener en cuenta al adoptar nuestras decisiones. Resulta, sin embargo, que la actividad de ambos, como la de toda persona, se lleva a cabo en el marco de la sociedad política de la que forman parte. El bien humano pleno se obtiene sólo en comunidad con nuestros semejantes y ese es el fin de la *polis* o sociedad política. Por eso, a él han de ordenarse tanto las ac-

tividades de quienes tienen a su cargo la sociedad, es decir, de sus gobernantes y legisladores, como todas nuestras actividades particulares: constituyendo la salud de las personas y la sólida construcción de puentes y caminos -elementos básicos del bien político, quienes se ocupan de tales tareas quedan moralmente obligados a actuar en consecuencia. Por eso, como lo enseña Aristóteles al comienzo de su *Ética a Nicómaco*, será la ciencia que se ocupa de esa sociedad -la ciencia política- la que impere en definitiva cuáles han de ser las directrices básicas que todos sus miembros han de tener en cuenta al momento de realizar sus particulares actividades. La política es así ciencia arquitectónica en cuyo seno encuentran cabida todas las otras ciencias y a cuyo fin se ordenan los fines de éstas.

Gobernantes y legisladores están obligados de una manera eminente al bien de la comunidad puesta a su cuidado, motivo por el cual lo que hemos dicho de las obligaciones de los particulares se aplica a ellos con una profundidad mucho mayor. En todas sus decisiones han de respetar lo que enseñen las respectivas ciencias implicadas, y por eso, constituye un deber de ellos oír a los que saben de esas ciencias. A éstos les corresponde el deber de prestar consejo, pero la decisión corresponde a los gobernantes quienes han de adoptarla considerando todos los elementos y factores en juego. Insisto en que no hay ninguna decisión de los legisladores que pueda adoptarse sin recurrir a algún tipo de conocimiento; éste, por lo tanto, debe estar presente en el momento de adoptarla, transformándose así de norma técnica o científica en norma moral para el legislador.

En mi artículo anterior yo daba varios ejemplos de peso; por ejemplo, la Ordenanza de Construcciones o el Código Penal. Squella me contrargumenta con un ejemplo mínimo alegando que, cuando al legislador le corresponde elegir entre la luz verde o la roja para indicar cuándo el tráfico de vehículos debe detenerse o continuar, es indiferente que elija uno u otro color. Es probable, pero no es indiferente, en cambio,

que ordene o no ese tráfico de vehículos; es lo que decía yo a propósito de las solemnidades de ciertos actos o contratos: ellas pueden ser éstas o aquéllas, pero no es tan indiferente el que la ley disponga o no de solemnidades. En todo caso, respecto de los colores, no me parece que la elección entre uno y otro pueda ser del todo indiferente, porque el rojo y el verde impactan nuestra sensibilidad de distinta manera, como podrá corroborarlo algún entendido en esta materia. Convendría en todo caso que, para ir al fondo de la cuestión, Squella tomara un ejemplo de otra envergadura: por ejemplo, la condena al homicidio o a la estafa.

Es interesante plantearse esta cuestión para entender nuestro tema: ¿por qué el legislador atribuye una pena a una conducta como el homicidio y la estafa? No tanto, por cierto, porque aprecie que se lo impone una determinada "moral de las mayorías", sino porque efectivamente la vida de las personas y la propiedad de las cosas constituyen factores decisivos para la consecución del bien humano o bien común. Si el *ethos* de una sociedad no aprecia como necesaria la protección de estos bienes a través del casti-

go de las conductas violatorias, no por eso queda el legislador dispensado de trabajar por su efectiva protección. Probablemente ese *ethos* termine por imponerse, pero, en ese caso, el futuro de tal sociedad y el de sus miembros queda de inmediato expuesto a una muy incierta suerte (por decir lo menos).

2. Matrimonio divorciable: una contradicción en los términos

Sobre estas bases podemos introducirnos en el tema del matrimonio. El alegato que más se escucha contra quienes hemos osado levantar la voz argumentando la incogruencia e inconveniencia de los sucesivos proyectos de ley que pretenden introducir en nuestra legislación la figura de un matrimonio divorciable por disposición de un juez, es el de que constituiríamos una falange de fundamentalistas y de integristas empeñados en obligar a gente, que pueda profesar muy distintas religiones, a una práctica que está mandada por nuestra personal religión, la cristiana. Aún a los cristianos, el estado no podría imponer una determinada visión de matrimonio -en el extremo, ni siquiera que sea una unión en-



"Insisto en que no hay ninguna decisión de los legisladores que pueda adoptarse sin recurrir a algún tipo de conocimiento; éste, por lo tanto, debe estar presente en el momento de adoptarla, transformándose así de norma técnica o científica en norma moral."

tre varón y mujer-, porque esa es cuestión que cada uno debe resolver en el seno de la conciencia, de tal modo que, si quiere apartarse de los mandamientos de su religión, se suscita una controversia que debe ser ventilada entre la religión y él y en la cual nada tiene que hacer el poder civil. Ciertamente, ésta es una vía muy fácil para esca-motear el cuerpo a un tema cuya solución es bastante más compleja.

Nadie argumenta trayendo a colación la frase de Cristo: "lo que Dios ha unido no lo separe el hombre", sino *la razón* de por qué El la enuncia. En primera instancia, por las características de la naturaleza humana - completa sólo en la unión total y de por vida entre un varón y una mujer, unión que se orienta a la procreación, a la educación de la prole y al mutuo auxilio entre los cónyuges- y, en segunda y definitiva, porque ese rasgo de nuestra naturaleza es el que es porque el mismo Dios así nos ha creado y no como a nosotros se nos dé la gana. Además -y esto es de fe-, porque el mismo Cristo se involucra en cada matrimonio que se celebra ante El y es El quien queda presente en el vínculo que, de entonces en adelante, unirá a los cónyuges.

El matrimonio es el contrato que, en vistas de los fines señalados, se lleva a efecto entre un varón y una mujer, no existiendo en ellos impedimentos y que vienen a contraerlo libremente, sin ser obligados, en virtud del cual se unen *por toda la vida*, porque sólo así los fines queridos pueden ser razonablemente alcanzados. Como enseña la ciencia jurídica y lo dispone, por lo demás, nuestra ley civil, quien se obliga a un acto o contrato, se obliga asimismo a todo lo que por esencia está incluido en él de modo de hacerlo viable. Disponer que, si se presentan problemas entre los cónyuges, puede un juez, a petición de uno de entre ellos o de ambos, poner término a ese contrato, provoca como efecto instantáneo el que la entrega de cada uno de los cónyuges al otro deje de ser total, porque ambos han de precaverse para la eventualidad de que se ponga término al contrato.

*Squella es olímpico,
porque, como para él
no es posible, por definición,
ningún tipo de
conocimiento objetivo en
estas materias, la solución
queda entregada a lo que
sostenga "la moral social",
expresada en encuestas
"confiables". Si el resultado
de aplicar esa moral
resulta nefasto, la culpa
entonces es del pueblo.*

También provoca que los problemas que se susciten entre ellos, que inevitablemente llegarán, terminen en divorcio en vez de terminar en un arreglo entre los mismos cónyuges: el divorcio produce divorcios. En otras palabras, si los contrayentes, al contraer matrimonio, aceptan la ley de divorcio su consentimiento no versa acerca de una unión por toda la vida, por lo que, de hecho, no contraen matrimonio. Si, al contrario, repudian la ley de divorcio, el consentimiento que expresan adolecerá, a los ojos de la legislación positiva, de "objeto ilícito", precisamente por ser un consentimiento contra lo que dispone la ley. De suyo, en cambio, adolece de objeto ilícito una unión que implique el uso de los sexos y que no revista la forma de un auténtico matrimonio. Esta es, en definitiva, la razón de por qué una figura como la propuesta encierra una insoluble contradicción en los términos.

No es necesario recurrir a la fe para demostrar los negativos efectos que una legislación de este tipo acarrearía: basta mirar lo que sucede donde se la practica. A este respecto me permito hacer referencia al artículo "*Divorcio y Políticas públicas*" escrito por Luis Larraín A. y publicado por el diario El Mercurio de Santiago en su edición del día 9 de febrero de este año (pag. D 14). Las desastrosas consecuencias en los hijos -que en el evento de un divorcio y nuevos "matrimonios" se sienten demás y estorbando-, su proclividad a la delincuencia y a las drogas, a la deserción escolar y a otros efectos viciosos; la pobreza de las familias abandonadas o que deben compartir progenitores con otras; el aumento de las rupturas familiares; el enconamiento entre antiguos cónyuges con la consiguiente pérdida o disminución de la paz interior de cada uno, que se traduce después en un aumento de los índices de violencia, etc... son algunas de las consecuencias que con todo detalle ahí se explican. A ellas deberían los divorcistas prestar atención y, si no están de acuerdo, responder como corresponde.

Squella, en cambio, es olímpico, porque, como para él no es posible, por definición, ningún tipo de conocimiento objetivo en estas materias, la solución queda entregada a lo que sostenga "la moral social", esto es a la que se expresaría en encuestas "confiables". Si el resultado de aplicar esa moral resulta nefasto, la culpa entonces es del pueblo y no, por cierto, de los que han aparecido apadriñando una determinada opción, en este caso, la del divorcio. Es la típica maniobra para "tirar la piedra y esconder la mano".

3. La farsa de las nulidades y el divorcio "a la chilena"

Otro de los argumentos que se esgrimen para propiciar una legislación divorcista, y que Squella recoge expresamente, es el de la existencia de hecho de un divorcio a la chilena expresado en las conocidas nulidades fraudulentas que se obtienen mediante el expediente de mentir acerca de la competencia del funcionario ante el cual se contrajo civilmente el matrimonio. Es cierto que esto ocurre con más frecuencia que la deseable, pero ello no autoriza a "blanquear" ese tipo de conducta de algunos de

nuestros jueces. Me parece, por otra parte que muchos de los contratos matrimoniales cuya nulidad se alega por esta vía, son efectivamente nulos, pero por otras causales. Y que sería cuestión de que los jueces exigiesen que se alegasen estas causales y no la incompetencia a que hacemos mención, para que esta corrupción disminuyera en forma radical. ¿Por qué no lo hacen? Los juicios de divorcios son tan ingratos como los de este tipo de nulidades; si los jueces esquivan estos últimos, ¿qué seguridad hay de que vayan a conocer bien, con objetividad y paciencia, los de divorcio? Lo más probable es que la corrupción continúe por otras vías.

Convendría, en todo caso, analizar con más detenimiento el hábito que ha desarrollado el poder judicial en orden a acoger demandas de nulidades falsas; su significado puede ser muy distinto al que habitualmente se le da. Entretanto, es preciso preocuparse de los fracasos matrimoniales y de ponerle remedio; no se puede abandonar a quienes se encuentran en esta situación. Con todo, por muy amarga que ella sea, no parece razonable que, para terminar con lo que se llama la "farsa" de las nulidades, se acabe por convertir a todo matrimonio en una farsa.

Conclusión

Todo lo que he sostenido más arriba puede ser un total error. Estoy dispuesto a admitirlo si así se demuestra. Desde luego, parto de la base que hay quienes piensan distinto: por eso avanzo mis argumentos. Lo que no puedo admitir, sin embargo, es que sobre estas materias, y sobre otras de tanta o mayor importancia, se comience por rechazar toda posibilidad de conocimiento verdadero. Y por lo tanto... que se pueda errar. Hay en esto una trampa que es imperioso evitar: aduciendo que, sobre temas como éste, nadie posee ni puede poseer la verdad, se trata de intimidar a quienes, por el contrario, desean avanzar argumentos sobre el fondo de lo que se debate. La cuestión se torna grave cuando, como lo recordaba al principio, además se les acusa de integristas o fundamentalistas o de tratar de imponer una verdad, cuando lo único que tra-

° No parece razonable que, para terminar con lo que se llama la "farsa" de las nulidades, se acabe por convertir a todo matrimonio en una farsa."



tan es de exponer las razones que avalan su posición. ¿No se tratará, por esta vía, de inhibir una discusión y así poder pasar un contrabando intelectual sin argüir razones?

El punto de partida de todo conocimiento es el que enseñaba el viejo Sócrates: *sólo sé que nada sé*. Pero, el siguiente, según el mismo pensador, es el *conócete a tí mismo*, esencial para la formación de una adecuada conciencia moral. Si, por el contrario, se parte de la base, como lo hace Squella, de que no hay verdad posible al alcance del conocimiento, vano es entonces seguir discutiendo: tener distintas posiciones carece de sentido y así, por esta vía, llegamos a aquella uniformidad de ideas que Squella tanto dice temer. Por eso, la posición que sustenta mi contradictor trae a la memoria aquella otra, la que sostenían los sofistas en la vieja Grecia clásica y contra la cual se levantó también el mismo

Sócrates: *si las opiniones que se forman en nosotros por medio de las sensaciones son verdaderas para cada uno; si nadie es más hábil para discernir la verdad o falsedad de una opinión; si cada uno juzga únicamente de lo que pasa en él y si todos sus juicios son rectos y verdaderos, ¿por qué privilegio, mi querido amigo, ha de ser Protágoras sabio hasta el punto de creerse con derecho a enseñar a los demás y para poner sus lecciones a tan alto precio? Y nosotros, si fuéramos a su escuela, ¿no seríamos unos necios, puesto que cada uno tiene en sí mismo la medida de su sabiduría? ¿No es extravagancia insigne querer examinar y refutar mutuamente nuestras opiniones e ideas, si todas ellas son verdaderas, según cada uno, si la verdad es como la define Protágoras? (Platón, Taeteetos).*

Como puede apreciarse, poco de nuevo bajo el sol. ●

Libertad de información y derecho a la honra

Por Francisco Grisolia Corberón.
Abogado y Profesor de la Universidad de Chile.

I. Planteamiento

Para resolver conforme a derecho y en justicia el aparente conflicto entre la libertad de información y la honra de las personas, es preciso situarlo en el plano dogmático que le corresponde. Suponemos, naturalmente, la existencia de la tipicidad (conducta subsumible en una figura de injurias o calumnias).

Aquí no se trata de un problema de los elementos subjetivos del tipo, o sea, del pretendido "animus iniuriandi". No obstante que la mayoría de nuestra jurisprudencia lo acoge, un sector dominante de la doctrina (nacional y extranjera) ha abandonado este concepto. El tal "ánimo" pertenece simplemente al contenido del dolo, es sólo cuestión de dolo. El propio Carrara, al definirlo, desemboca en el dolo. La separación trascendente es entre el "animus nocendi" o "intention de nuire" de los franceses, y los problemas del significado de las palabras, según la intención del que las usa, objeto de una apreciación normativa por parte del juez.

El asunto se plantea, y debe necesariamente plantearse, en torno a la antijuricidad, a la ilicitud o licitud del hecho. Se trata de saber si cabe aplicar la exigencia del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 10 N°10 del Código Penal).

Desde que la libertad de expresión es un derecho consagrado constitucionalmente y también lo es el derecho a la honra, ha surgido el conflicto concreto entre el ejercicio de ambos derechos. Hay una pugna entre

Desde que la libertad de expresión es un derecho consagrado constitucionalmente y también lo es el derecho a la honra, ha surgido el conflicto concreto entre el ejercicio de ambos derechos.

los bienes jurídicos en juego. Se trata, en el hecho, de una concurrencia normativa.

II. El Camino Adecuado

Tratándose de un problema concreto de conflicto de intereses o de bienes jurídicos, la solución está, desde siempre, en la ponderación de dichos bienes para obtener el bien jurídico que sea preponderante. La lesión jurídica existe (el honor) pero hay que averiguar,

luego, si la acción lesiva obedece al compromiso de un bien jurídico de mayor valor (la libertad de información) y está, por lo tanto, justificada, autorizada por el derecho.

Decir que la libertad de expresión tiene por límite el derecho a la honra, de por sí, es una inconsistencia. Es tautológico y una petición de principio porque se define con el objeto mismo de la definición. De eso se trata: de saber, en el caso específico y con arreglo a qué criterios, el honor ha podido ser el límite del derecho de expresión o, viceversa, hasta dónde el derecho de expresión (información) ha sido el límite del honor o dignidad.

Toda justificante descansa en una autorización legal y toda autorización exige que se cumplan ciertos requisitos legales. Así, en la legítima defensa, el artículo 10, números 4, 5 y 6 del Código Penal.

En el ejercicio de un derecho que incide en el conflicto en estudio, se precisa el ejercicio legítimo, es decir, no abusivo. Si no, bastaría haber dicho "derecho". Ahora, la legitimidad no la determina con circunstancias particularmente enumeradas la ley. No podría hacerlo a priori y en abstracto. Lo debe hacer el tribunal; el juzgador debe valorar la legitimidad.

Esto no significa que la causal de justificación esté en el aire: está firmemente afinada en la ley, pero la valoración pertenece al juez. Eso es todo.

Lo que queda, pues, por dilucidar es cuánto, conforme a qué parámetros, el ejercicio del derecho constitucional a la libre ex-

Jurisprudencia del Consejo General

presión limita el derecho al honor, de modo que éste cede ante aquél y la conducta que agrede al honor está justificada: por lo menos, penalmente justificada.

III. Los Requisitos o Condiciones de la Justificante

a. Antes, deben sentarse algunas premisas:

1.- La naturaleza irradiante de la libertad de expresión (o información). Se trata de un derecho social que es indispensable para el control del poder público en un estado de derecho democrático. Es, como se dice, institucional. De ahí deriva, en principio, su rango preponderante.

En Chile, parece que todos estamos de acuerdo sobre ello.

2.- La flexibilidad con que se deben apreciar los excesos del lenguaje. La crítica política, de por sí, es dura y agresiva.

3.- El alcance de las justificaciones. Al contrario de lo que se sostenía tradicionalmente, las causas de justificación no siempre conducen a la plena licitud con efectos respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico. En el campo penal, se reconocen las causas impropias y propias, porque éstas solamente pertenecen al derecho penal y únicamente eximen de la pena, pero no de otros efectos (civiles o administrativos, por ejemplo).

Con terminología más reciente, se habla de la autorización de acción y de la autorización de intervención, en la medida que en este último caso no sólo se legitima el acto típico sino que el derecho "interviene" y obliga al titular a soportar la lesión de su derecho (así, en la legítima defensa, la vida o integridad del agresor legítimo). En la autorización de acción, el derecho no interviene ni obliga al titular a que soporte el desmedro de sus bienes jurídicos, aunque exima de pena a quien actúa dentro de los límites de su propio derecho. Por ejemplo: en la legítima defensa, el falsamente agredido puede, a su vez, defenderse legítimamente.

Esto ocurre especialmente en el derecho al honor frente al derecho de información: la ley puede autorizar la acción (exime de pena) del agresor del derecho al honor, que

"Exigir la verdad absoluta es imposible; haría del todo ilusoria la libertad de información y de crítica política."



lo hace dentro de los márgenes permitidos, pero no obliga al titular que tolere la agresión; éste tendrá a su alcance la posibilidad de una defensa legítima y, además, se libera su derecho para alcanzar una indemnización civil, o bien, otros posibles derechos.

Se obtiene, de esta manera, un justo equilibrio entre los derechos constitucionales, que siguen protegidos ambos.

Lo que se viene diciendo no son simples elucubraciones. Descansa en una sólida doctrina, en preceptos legales sustancialmente iguales a los nuestros y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU., la Corte Europea de Estrasburgo, los Tribunales Constitucionales de Alemania y España y otra, basada en principios universales reconocidos por los tratados multilaterales suscritos por Chile. Aplicable, por ende, en su totalidad en nuestro país.

Por otra parte, es interesante acotar que en el caso Cuadra, tanto el fallo de la I. Corte como la Excm. Corte Suprema, reconocen -si bien las soluciones son diametralmente distintas- que el problema del conflicto de intereses entre el honor y libertad de expresión se sitúa en la antijuricidad y puede, y debe resolverse, con el criterio de la preponderancia.

Por fin, debe tenerse presente que la responsabilidad penal es independiente de la ci-

vil. (Artículos 10 del Código Penal, 2314 del Código Civil, 5 y 10 del Código de Procedimiento Penal.)

b. Los requisitos propiamente tales:

1.- El interés público de la información. Debe estar destinada a ser formadora de la opinión pública y al adecuado control del correcto desempeño de la autoridad pública. De ahí deriva un objetivo prevaleciente que se basa en el carácter institucional del ejercicio de esta libertad en el estado democrático de derecho.

Además, hay que tener presente que la función pública expone al público. La esfera de protección es menor. El hombre público arriesga ser desnudado en público.

2.- La actitud positiva del actor hacia la verdad, cuando se trata de la afirmación de hechos. Exigir la verdad absoluta es imposible; haría del todo ilusoria la libertad de información y de crítica política. (Por lo demás, en el caso de funcionarios públicos, de ser cierta la imputación, se esfuma el tipo; desaparece el problema por completo.) El asunto es ciertamente delicado y, quizás, no se ha estudiado a fondo. De ahí que lo exigible es el diligenciamiento razonable en la comprobación de la fuente. Excluye, por lo tanto, el mero rumor, la invención antojadiza, el anónimo. Pero el engaño de que ha podido ser víctima el periodista, dentro de

las circunstancias reales del momento en que se despacha la noticia (apreciación ex-ante y no ex-post) no deben excluir la posibilidad del actuar legítimo (limitado a la responsabilidad penal: autorización de acción).

3.- La necesidad. Vale decir, que su objetivo real sea el de la crítica política y no el mero maldecir por maldecir. Es requisito común a todas las justificantes que se resuelven por el balance de los bienes en pugna.

4.- El conocimiento de las circunstancias de hecho.

En síntesis: se está en lo cierto cuando se dice que para la adecuada protección del honor bastan los delitos de injuria y calumnias sin que exista la necesidad de crear nuevas figuras punitivas. No obstante, hay que tener presente, todavía, que la acción injuriosa o calumniosa puede estar justificada

desde el punto de vista penal (artículo 10 N.º 10 del Código Penal) por el ejercicio legítimo de un derecho, si la libertad de expresión se encuadra dentro de los límites que la legitiman. Recordemos, además, que muchas situaciones concretas se resuelven en el plano primario de la atipicidad (insignificancia de la lesión; adecuación social; prueba de la verdad; ausencia de dolo, etc.). El desafortunado fallo de la I. Corte de Santiago (caso Cuadra), si bien apunta en la dirección correcta, la evidente confusión conceptual y el lenguaje rebuscado le quitan todo mérito jurisprudencial.

Si estas sencillas ideas no calan hondo en nuestros tribunales, será muy difícil que ante la pugna, cada vez más frecuente, entre los bienes de la libertad de información y del honor, ésta se resuelva equitativamente dando a cada parte lo que en justicia le toca. ●

Decir que

la libertad de expresión

tiene por límite

el derecho a la honra,

de por sí, es una

inconsistencia.

Jurisprudencia del Consejo General del Colegio de Abogados en materia de control ético

HONORARIOS

Recibo de prenda para garantizar pago de honorarios

“Comete una incorrección en el ejercicio profesional el abogado que recibe en prenda un bien mueble del cliente para asegurarse el pago de su honorario, porque este procedimiento es incompatible con el decoro y la seriedad que debe acompañar el ejercicio de la profesión de abogado.”

CONFLICTO DE INTERESES

Defensa por abogado funcionario fiscal de asuntos en que pueden debatirse intereses contrapuestos a los estatales

“No lesiona la ética profesional el abogado funcionario fiscal que interviene en asuntos jurídicos donde puedan debatirse intereses contrapuestos a los del Estado, si estos asuntos no se relacionan con la repartición pública donde presta sus servicios.”

Negocios entre el abogado y su cliente

“En principio, los negocios entre el abogado y su cliente no son recomendables, en atención a la posible pugna de intereses entre ellos”.

ASEVERACIONES SOBRE EL BUEN EXITO DEL ASUNTO. TRANSACCIONES (ART. 26)

Deber de consultar previamente al cliente para transigir en condiciones menos favorables a lo anteriormente convenido

“El abogado debe consultar a su cliente y obtener su consentimiento antes de celebrar una transacción sobre sus derechos en condiciones menos favorables a lo que hubiere convenido anteriormente, aunque estime imposible obtener mejores condiciones y esté convencido del mal éxito final de las pretensiones de su parte”.

HONRADEZ (ART. 3^o)

Giro de cheque sin fondos para restituir dinero percibido para el cliente

“Es censurable la conducta de un profesional que engaña a su cliente girándole un cheque, en pago de un saldo de dineros percibidos por su cuenta, que al ser presentado para su cobro no puede ser pagado porque el girador no tiene fondos en el banco”.

Sugerencia y celebración de contratos simulados

“Es contrario al correcto ejercicio de la profesión de abogado y autoriza, por lo tanto, la imposición de una medida disciplinaria, el hecho de que un abogado haya aconsejado y aún aceptado celebrar contratos simulados en el deseo de servir a sus clientes, aún cuando no haya podido perjudicar a terceros”.

ASOCIACION ENTRE ABOGADOS

Asociación profesional con persona no abogado.

Propósito de ser recomendado

“Viola las normas de la profesión el abogado que se asocia para ejercer la abogacía con una persona que no tiene el título de tal, tanto porque el ejercicio de la profesión de abogado está reservado a quienes tienen el título profesional correspondiente y constituye un delito respecto de los que carecen de él, cuanto porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 del Código de Ética Profesional, el abogado sólo podrá asociarse con otro colega para ejercer la profesión”

“Es contrario al decoro y dignidad de la profesión, el asociarse con persona que no es abogado con el objeto de ser recomendado profesionalmente para atender asuntos judiciales”.

PACTO DE CUOTALITIS (ART. 35)

Efectos en el pacto de cuotalitis del simple reconocimiento o promesa de pago obtenida en favor del cliente

“Cuando en el contrato de iguala se conviene que el honorario se calculará sobre el beneficio pecuniario real y efectivo que se obtenga, no basta para este efecto, el simple reconocimiento ni la promesa de pago que el abogado patrocinante consiga en favor del cliente.”

GASTOS DEL ASUNTO (ART.36)

Situación del abogado frente a las expensas del juicio

“El abogado no tiene obligación de solventar los gastos del juicio, a menos de existir acuerdo expreso en contrario.”

Extracto del libro “Ética y derecho de la abogacía en Chile”, de la autora Fanny Pardo Valencia, abogado, ex funcionaria del Consejo General del Colegio de Abogados, Editorial Jurídica de Chile.

Por Guillermo Piedrabuena Richard.
Abogado, Profesor de la Pontificia
Universidad Católica y Consejero
del Colegio de Abogados.



El Ministerio Público y los problemas históricos que ha enfrentado

Origen, implantación en Chile, los problemas de los promotores fiscales, intentos legislativos de suplir la falta del Ministerio Público, etc.

Si bien existen rastros de esta institución en Grecia y en Roma, con una mayor certeza encontramos en la Europa Medieval a una serie de funcionarios que desempeñan funciones acusatorias y de defensa del estado. La víctima de un delito no siempre tiene la voluntad acusatoria y a su vez el magistrado tampoco inicia los procesos pertinentes para perseguir los delitos, por defender su imparcialidad.

Pero es en Francia donde tiene cabida ampliamente el Ministerio Público, regulándose su participación en el proceso penal, en defensa primero del interés del Rey y luego del sistema inquisitivo. En 1789, se crea el cargo de Comisario del Rey y el de Acusador Público, encargados de la promoción de la acción de la justicia, tanto civil como penal. Un tiempo después estos acusadores se convierten en "Comisarios del Gobierno", luego de que en 1875 pierden su inamovilidad.

El Código de instrucción criminal Napoleónico, lo que fue confirmado y acen tuado por la restauración borbónica de 1814, estructuró al M.P. como un cuerpo único con subordinación al ejecutivo mediante su dependencia del Ministerio de Justicia. También el M.P. es estructurado como un enlace

entre el ejecutivo y el nuevo Poder Judicial, confiriéndosele labores de inspección y de gestión y luego de una evolución el M.P. será el contralor de la legalidad en la actuación de los tribunales y defenderá los intereses patrimoniales del estado.

Del derecho francés, el M.P. pasa al derecho español donde también se le reconoce un papel de celador de la legalidad jurisdiccional y gestor del interés público en el castigo de la delincuencia. Son representantes del Poder Ejecutivo ante los tribunales y no gozan sus agentes de inamovilidad. Hacia fines del siglo pasado, se separa la función del M.P. de la función de defensa de los intereses patrimoniales del estado, los que pasan a ser defendidos por otros organismos.

El M.P. luego tiene una interesante evolución en los países de Europa, particularmente en Alemania, Italia y países de la Europa Oriental.

En algunos sistemas, el M.P. encausa la investigación preliminar o preparatoria en la que reúne y comprueba los antecedentes necesarios como para presentar el caso ante la justicia, que es la que resuelve sobre la instrucción judicial propiamente tal y la que dicta las resoluciones de fondo que afectan

los derechos de las personas.

Existe otra tendencia más radical que propone entregarle al M.P. toda la investigación criminal, no sólo la preliminar. Ella proviene de los regímenes de Europa del Este, donde el M.P. fue un importante instrumento político al servicio de los regímenes autoritarios. Así ya lo destacaba el Profesor don Rubén Galecio en su obra sobre orientaciones del M.P. en el año 1967.

Al respecto, la opinión de don Rubén Galecio, recogiendo opiniones doctrinarias de juristas extranjeros, se cita textualmente por ser de sumo interés:

"Los partidarios de la instrucción o sumario en manos del M.P. hacen valer, entre otras, las siguientes razones: a) La función del Poder Judicial consiste en juzgar y cuidar que se ejecute lo juzgado; su misión es administrar justicia y no promoverla. El juez instructor en realidad no actúa como corresponde a un juez, decidiendo, sino que se limita a indagar para informar al acusador y preparar la decisión. b) Se resguarda mejor la imparcialidad de los jueces -y del Poder Judicial- evitándose la indagación de los hechos. c) Si el M.P. necesita establecer el delito y el delincuente para

acusar, debe estar en sus manos la tarea indagatoria. d) El juez de instrucción es un resabio del sistema inquisitivo, de manera que si se quiere llegar a un sistema acusatorio puro hay que abandonar la carga de la indagación en manos del M.P. e) El M.P., en cuanto instructor, es también un órgano de la justicia y no tiene carácter administrativo, aunque dependa del ejecutivo. f) Cuando el juez actúa investigando no se hace acreedor a una mayor confianza que el M.P., ya que se trata de una misma actividad. El M.P. es también un elemento imparcial en el desempeño de la función indagatoria. g) Se consigue una mayor simplificación y rapidez en los procedimientos y se aliviana la carga de los juzgados, que pueden dedicar así su labor a la del juicio oral propiamente tal. h) Es más propio acumular las actividades de la indagación con las de la acusación, que no con la de juzgar. i) La actuación del M.P. es en general más pública, en tanto que la del instructor judicial es más retraída y secreta, por lo que el M.P. puede lograr una mayor confianza que el juez. j) Un M.P. dotado de poderes instructorios, en contacto con la policía y especializado en la persecución del delito, puede estar en mejores condiciones para la investigación y descubrimiento de los hechos delictivos."

"Sin embargo, la instrucción del sumario por los agentes del M.P. ha sido atacada con vehemencia, aún en los países en que existe. Se arguye, en efecto: 1) Se la considera un residuo indeseable de las ideologías totalitarias que dominaron a Europa antes de la última guerra. 2) La actividad instructoria es más propia del juez que del M.P., pues consiste en el recogimiento tanto de las pruebas que aportan las partes-entre las cuales está el M.P.- como las que de oficio crea del caso allegar. En esta actividad no sólo hay aportación de pruebas, sino también apreciación de ellas, para los efectos de establecer la calidad del procesamiento, las medidas asegurativas, etc. 3) La condición de acusador del M.P. no garantiza suficientemente la aportación del

material de descargo, ni aconseja dejar en sus manos la determinación de las medidas coercitivas. Carece de imparcialidad, como organismo que tiene interés en ver comprobadas sus sospechas sobre el acusado. 4) En ninguno de los países en que el M.P. está a cargo del sumario se ha destruido por completo la instrucción judicial; por el contrario, se la ha dejado para los casos más difíciles, complicados o graves, lo que demuestra que resulta insustituible. 5) La dependencia del M.P. respecto del ejecutivo -en la mayor parte de las legislaciones europeas- lleva consigo que éste no sea inamovible, ni recusable, y por tanto no puede garantizar su independencia respecto de las autoridades políticas, de lo que deriva que tampoco puede garantizar su imparcialidad en todos los casos. 6) Las finalidades de mayor rapidez y simplificación no se logran porque el M.P. sea el instructor, sino por circunstancias de economía del proceso que también pueden obtenerse en una indagación judicial: la

policía dirigida por el instructor, el régimen de las pruebas, la citación directa a juicio, etc. 7) Las características acusatorias -la decisión por la contradicción- no son propias del sumario en ninguna legislación. Si bien es cierto que el sumario llevado por un juez es siempre inquisitivo, no deja de serlo por la circunstancia de ser llevado por el M.P.: se convierte entonces en una inquisición del acusador, lo que en todo caso es peor, pues, cualquiera que sea la doctrina que se adopte respecto del delito, de las finalidades del proceso penal y del carácter del M.P., es lo cierto que éste representa la contrapartida del imputado -se le considere o no parte en el juicio- de manera que la inquisición pasa a estar en manos de un contradictor del reo. 8) La instrucción en manos del M.P. -considerado como parte- se convierte en una justicia de parte, odiosa por su significación".

"A nuestro juicio, no es posible prescindir del sistema procesal adoptado para cada legislación para decidir si el M.P.



"Debería recorrerse un buen trecho y prestigiarse el nuevo Ministerio Público por su independencia y eficacia para repensar la alternativa del monopolio de la acción penal a su cargo que ha tenido éxito en otros sistemas".

puede actuar como instructor del sumario. En los países en que tal cosa sucede, ocurre que el juicio contradictorio es oral y público y se desenvuelve generalmente ante un tribunal colegiado que dicta su veredicto de inmediato, después de oír directamente las pruebas. Esto no ocurre en nuestro sistema, en que las actuaciones del sumario tienen una influencia preponderante, de manera que si se sustituyese el juez por el M.P. en el sumario, se convertiría el proceso penal chileno, que ya tiene un marcado carácter inquisitivo, en una inquisición del acusador. La única ventaja que de allí podría desprenderse es que se separarían las funciones de instructor-acusador y de juez sentenciador. Esto dejaría mejor el sistema, aunque no con la estructura deseable, porque, como ha advertido reiteradamente Alcalá Zamora, esta conjunción de funciones (instrucción-acusación) es también criticable y conduce a menudo a aberraciones procesales. Además, si se trata de obtener un equilibrio mediante la refundición en dos manos de todas las funciones del proceso, resulta preferible dar las funciones de instructor-acusador al juez, porque éste, en su carácter imparcial, no trabajará para la acusación. No parece pues aceptable la idea de un M.P. instructor, en tanto no se modifique el sistema de juicio plenario en un procedimiento oral; pero entonces, a nuestro entender, cobran señalada solidez las objeciones que aparecen de mayor consistencia que las razones dadas en pro de la sustitución."

La línea de acción del nuevo proyecto se inclina más bien por esta última tendencia, aún cuando toma ciertos resguardos para impedir los excesos del instructor, creando la figura del juez de control o de fiscalización.

De otra parte, en algunos sistemas comparados el monopolio de la acción penal pública le corresponde al M.P. y las víctimas sólo pueden constituirse en parte civil perjudicada por el delito.

Este monopolio no existe en Chile y tanto los proyectos anteriores sobre M.P. y el C. de Proc. Penal, rechazan esta alternativa por considerarla inconveniente para nuestra realidad

*La ley de 1875 al no
estructurar al Ministerio
Público como un servicio
público jerarquizado
incurrió en una
debilidad que pesaría en
el desprestigio y
debilitamiento de esta
institución.*

nacional. Debería recorrerse un buen trecho y prestigiarse el nuevo M.P. por su independencia y eficacia para repensar la alternativa del monopolio de la acción penal a su cargo que ha tenido éxito en otros sistemas.

El actual proyecto que se comenta mantiene una cierta libertad para querellarse por las víctimas del delito y por los ciudadanos que deseen querellarse en determinadas circunstancias, pero en lo que se refiere a las denuncias de hechos delictivos ellas deben hacerse todas al M.P. quien valora los antecedentes y resuelve cuando procede dar inicio a la instrucción de un proceso.

El Ministerio Público en Chile

Durante la Colonia y por influencia del sistema español, también existieron los Fiscales que defendían a la vez el interés del Fisco, actuaban como protectores de indígenas y ejercían además un control sobre los miembros de los tribunales. Además de los fiscales, existían los promotores fiscales que actuaban ante los tribunales inferiores y su función consistía en entablar la acusación contra el reo cuando terminaban las investigaciones del sumario.

Producida la emancipación, una lenta evo-

lución nos hace llegar a la Ley Orgánica de Tribunales de 1875 que reglamentó al M.P. pero no lo organizó como servicio. El personal tenía la calidad de empleados que existirían en las Cortes y los Juzgados con la denominación común de oficiales del M.P., si bien eran independientes de los tribunales cerca de los cuales ejercían. El M.P. podía actuar como parte principal, tercero o auxiliar del Juez y debía ser oído en las contiendas de competencia en los juicios sobre responsabilidad ministerial de los jueces, en los negocios que afectaban a las corporaciones y fundaciones de derecho público y en las causas criminales por crimen o simple delito de acción pública era parte formal defendiendo los intereses generales de la sociedad y la ley.

La ley de 1875 al no estructurar al M.P. como un servicio público jerarquizado con una sola cabeza superior, incurrió en una debilidad que pesaría en el desprestigio y debilitamiento de esta institución. Se ha dicho por los comentaristas que estos agentes del M.P. en su lucha contra el delito eran "soldados sin jefes y sin armas".

En algunos juzgados estaban vacantes los cargos de promotores y fueron suplidos en algunos casos por los secretarios de la intendencia.

En resumen, los promotores se burocrataron, no intervenían activamente en los sumarios "y mantenían los procesos paralizados durante largos períodos para informar o acusar".

Aún más, como los destaca Gonzalo Vial en su reciente obra sobre el Centenario del Consejo, "La eficacia abogadil de los promotores, salvo excepciones en las ciudades importantes, no era buena; su actuación judicial, decía discretamente el Consejo el año 1901, "a veces no es del todo correcta". Para la que desplegaron respecto de las tierras fiscales, el adjetivo sería más fuerte: "deplorable" (1904)".

La deficiente actuación de los promotores en defensa del interés fiscal, fue una de las causas más importantes que indujo a los gobiernos de la época para organizar la defensa del fisco en base a los abogados del tesoro que a su vez se juntaron en el primer Consejo de Defensa Fiscal en 1895.

Por ello, cuando el D.F.L. 426 de 1927 su-

Sanciones aplicadas por el

primió a los promotores fiscales por razones de economía fiscal, nadie los defendió o alzó la voz en defensa de la institución que se había desprestigiado y burocratizado al máximo.

En cuanto a los fiscales de las cortes de apelaciones, en lo que se refiere a la defensa del interés fiscal, en más de una ocasión como lo relata Gonzalo Vial, en la obra señalada, se produjeron conflictos de atribuciones de éstos con el antiguo Consejo de Defensa Fiscal, situación que sólo terminó en 1925 con la dictación del D.L. 638, que corresponde a la primera ley orgánica del Consejo de Defensa Fiscal y con la dictación del D.F.L. 426 de 1927 que definitivamente le quitaron al Ministerio Público la atribución de la defensa o representación del fisco, entregándosela al antiguo Consejo de Defensa Fiscal, actual Consejo de Defensa del Estado.

En la ley de 1875, le correspondía a los fiscales también defender el interés fiscal e incluso tenían funciones administrativas ya que como fiscales administrativos debían dictaminar al Poder Ejecutivo en las reclamaciones diplomáticas, en las cuestiones de competencia que debe dirimir el Consejo de Estado, en las reclamaciones contra los actos de la autoridad administrativa, en las causas sobre cuentas fiscales, etc.

La reminiscencia de esta antigua función administrativa se encuentra en el actual art. 350 inc. 3º del C.O.T., pero limita esta función a los casos administrativos en que la ley requiera especialmente su intervención, regulando el C.O.T. sólo sus funciones judiciales.

Al Fiscal de la Corte Suprema le correspondía la vigilancia de ministros de las cortes de apelaciones, jueces y demás funcionarios del Poder Judicial, desempeñando incluso una función constitucional que le asignaba el antiguo art. 72 N° 4 de la C.P. También le correspondía la vigilancia de los establecimientos penales y de detención, funciones que se mantienen hasta el día de hoy, por lo menos en el papel, pero con escasa o nula vigencia práctica.

El C.P.P. de 1906 concibió al M.P. como un organismo auxiliar de la justicia, que promovía la acción penal, acusaba, deducía recursos y dictaminaba en diversas etapas del proceso.

Suprimido los promotores fiscales, el C.P.P. quedó absolutamente cojo en el funcionamiento de todo el sistema en la primera instancia, produciéndose un vacío que trataría de ser solucionado, en forma muy parcial, por el legislador.

En la evolución posterior a la ley de 1875 se delimitaron y hasta suprimieron varias funciones del M.P.

a) En efecto, como ya se señaló, se delimitó e incluso se suprimieron sus funciones como representantes y defensores de los intereses fiscales.

b) Se conservó la inamovilidad de los fiscales de las cortes, pero se suprimió la de los promotores que podían ser separados de sus cargos por el Presidente de la República con el acuerdo de la corte de apelaciones respectiva.

c) Mediante el D.L. 502 de 1925, se le dio al servicio una estructura jerárquica en que el fiscal de la Corte Suprema sería el jefe superior y desempeñaría funciones propias para la vigilancia de la conducta

ministerial de los jueces y de los miembros del Poder Judicial.

Esta última modificación fue tardía en cuanto a la subsistencia de los promotores fiscales, los que fueron suprimidos dos años después.

d) En efecto, el D.F.L. 426 de 1927 declaró vacantes los cargos de promotores fiscales, por no ser necesarios y por razones de economía fiscal, reemplazando su intervención al cierre del sumario por el propio juez instructor.

Mediante esta última reforma, todo el sistema del C.P.P. quedó trunco, sin un órgano público que promoviera la acción penal y produciéndose la atroz acumulación de funciones entre el juez investigador, acusador y sentenciador.

Recordemos además que el D.F.L. 426 confirmó que la representación y defensa del interés fiscal le correspondía al antiguo Consejo de Defensa Fiscal y no al Ministerio Público.

e) Mediante el D.L. 638 de 1925 se organizó legalmente la defensa judicial de los intereses del estado en el Consejo de Defensa Fiscal, si



"El legislador a través del tiempo le fue otorgando al Consejo de Defensa del Estado, diversas atribuciones que más bien le pertenecerían al Ministerio Público, confiando en la experiencia y éxito de dicho servicio en defensa del interés fiscal".

*El actual Ministerio
Público formado por
los fiscales de las
Cortes de Apelaciones
y por el Fiscal de
la Corte Suprema
está prácticamente
absorbido por su
función dictaminadora.*

bien se había organizado provisoriamente en 1895, mediante decreto 2629 del Ministerio de Hacienda, a cargo de los abogados que prestaban sus servicios en la Dirección del Tesoro.

Esta creación legal había sido recomendada por el propio Ballesteros de la manera siguiente:

"Más tarde se ha pensado en la creación de un cuerpo de abogados para dirigir los juicios de hacienda en forma semejante a la que existe en España. Si esta reforma se verificase sería inútil la creación del fiscal administrativo, puesto que sería más regular y correcto encomendar a este cuerpo todos los negocios de orden meramente administrativos dejando los que correspondan a la justicia ordinaria en mano de los fiscales, salvo la intervención que se crea oportuna dar en los juicios fiscales al cuerpo de los abogados fiscales que se trata de establecer".

f) Suprimido el M.P. en la primera instancia se produjo un vacío notable en lo relativo a la defensa de interés social y público, que prontamente advirtió el legislador y que trató de ser solucionado de manera muy imperfecta, según veremos, de la manera siguiente:

f.1. En la Ley de Seguridad Interior del Estado, actual Ley de Seguridad del Estado, se le confirieron a los fiscales de las cortes de apelaciones atribuciones importantes para representar al gobierno legalmente constituido, pudiendo solicitar diligencias y al cierre del sumario dictaminar sobre si era procedente sobreseer o acusar al procesado.

Según nuestra experiencia, sólo con ocasión de esta atribución el M.P., a través de sus fiscales, ha demostrado actividad en la primera instancia.

f.2. La ley 18.857 que modificó sustancialmente el C.P.P., intentó en su nuevo art. 26 bis suplir la ausencia del M.P. en la primera instancia, dándole atribuciones para actuar en los procesos que juzgue conveniente y ordenando además que asumiera la representación del interés general en los procesos a cargo de un ministro de corte como tribunal de primera instancia.

Esta nueva atribución ha sido de nula aplicación práctica porque el M.P. no se

hace parte en la primera instancia y cuando lo ha hecho, a instancias del consejo, asume un papel absolutamente pasivo.

La explicación de esta inacción se encontraría en la opinión predominante de los fiscales que considera que este nuevo papel era inconciliable e incompatible con su función de dictaminar, es decir si actuaba como parte formal en contra o a favor del procesado, no podría luego dictaminar con imparcialidad.

Sin embargo, esta nueva ley 18.857 que había tratado resucitar al M.P. en primera instancia en los procesos importantes, en forma contradictoria suprimió todas las referencias al M.P. en su función acusadora al terminar la etapa de investigación, lo que alejaba la posibilidad de restauración del M.P. en primera instancia en la función propia que le correspondía según el C.P.P. de 1906, cual es ser órgano acusador en representación de la sociedad.

f.3. El legislador a través del tiempo le fue otorgando al Consejo de Defensa del Estado, diversas atribuciones que más bien le pertenecía al M.P., confiando en la experiencia y éxito de dicho servicio en defensa del interés fiscal.

Así una ley de hace 20 años más o menos, le dio al Consejo una atribución para hacerse parte en los procesos por ultrajes a las buenas costumbres o por delitos de la Ley de Bosques o por delitos de tráfico de estupefacientes y otras drogas.

Otras leyes posteriores le entregaron al consejo la facultad de hacerse parte en cualquier proceso en que estuviere comprometido el interés de la sociedad por grave daño social (ley 19.202) y además en las investigaciones preliminares de los posibles delitos de lavado de dinero (ley 19.366)

De esta manera y con ciertos límites, el consejo recogió varias atribuciones tradicionales del M.P., sin que se le estructurara o se le dieran recursos suficientes como para reemplazar al M.P. aunque fuere parcialmente.

Finalmente, el actual M.P. formado por los fiscales de las cortes de apelaciones y por el Fiscal de la Corte Suprema, está prácticamente absorbido hoy en día, por su función dictaminadora, sin que las otras funciones legales tengan relevancia práctica. En los medios forenses y universitarios hay consenso respecto de la excesiva pasividad e inercia del actual M.P.

Incluso más, si se observan las estadísticas judiciales en los discursos del Presidente de la Corte Suprema, se podrá observar que casi la única mención al M.P. es la cantidad de dictámenes que despacha anualmente.

Este cuadro general tiene naturalmente excepciones que deben ser reconocidas. Han habido fiscales de cortes que han sido sumamente activos y celosos en el cumplimiento de sus funciones y han recurrido a la Corte Suprema en defensa de los intereses de la ley y de la sociedad. Igualmente, sería injusto olvidar los magníficos dictámenes del ex-Fiscal de la Corte Suprema don Urbano Marín, que informaron la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en las últimas décadas.

Mi personal diagnóstico es que sólo por excepción los actuales agentes del M.P. podrán servir para el nuevo M.P. que se crea en los proyectos que se comenta. En un anteproyecto de modificación al Código Orgánico, que aún no es oficial y definitivo, que he podido conocer, los actuales miembros del M.P. pasan a denominarse "Fiscales Judiciales" y se les mantiene con una competencia restringida, sin que puedan intervenir en los procesos penales en que sólo participarán los nuevos fiscales que se crean en el proyecto gubernativo. ●

Sanciones aplicadas por el Consejo General

Suspensiones

Suspensión temporal

El Consejo General del Colegio de Abogados, en uso de sus facultades de control ético de la profesión, dictó un fallo que condenó a **tres meses de suspensión de sus derechos de asociados y su publicación** en la Revista del Abogado, a los colegiados:

- JAIME HERNANDO AMERICO SILVA ROMERO
- JORGE EDUARDO SOTO MEDEL

Suspensiones

El Consejo General del Colegio de Abogados, en uso de sus facultades de control ético de la profesión, acordó aplicar la medida de **suspensión de los derechos de asociado** por no haber evacuado el primer informe solicitado en forma reiterada por el Colegio en los reclamos por faltas éticas deducidas en su contra. La sanción afecta a los abogados:

- RICARDO ANIBAL BRAVO GONZALEZ
- JOSE JAIME ULLOA URIBE

Servicio de información jurídica electrónica

Editorial Jurídica de Chile, con la participación de Vector Servicios y Asesorías S.A. ha concretado un ambicioso proyecto, a través del cual abogados, jueces y académicos podrán consultar en forma interactiva y actualizada los Códigos Oficiales de la Editorial Jurídica de Chile, en Internet o Infovía de CTC. Este servicio también estará disponible en la Biblioteca del *Colegio de Abogados* para los colegiados.

BHIF beca a nuevos integrantes del Colegio de Abogados

El día 27 de junio se efectuó la ceremonia de entrega de becas otorgadas por el Banco BHIF a cinco abogados. Ellos fueron seleccionados entre los que respondieron al llamado efectuado por el *Colegio de Abogados*, invitando a inscribirse en la Orden Gremial. Esta invitación estuvo acompañada de la correspondiente postulación a una beca al "Diplomado en Recurso de Protección" de

la Universidad Diego Portales y cuatro becas al "Curso de Perfeccionamiento en Derecho Civil" de la Universidad Adolfo Ibáñez.

Los favorecidos fueron Rodrigo Valencia Castañeda, para el diplomado de la Universidad Diego Portales, y Nicolás Tagle S., Federico Rodríguez M., Geraldine Araya B. y Soledad Huerta C., para el curso de la Universidad Adolfo Ibáñez.



Nicolás Tagle, Geraldine Araya, Federico Rodríguez y Rodrigo Valencia, cuatro de los becados.



Miguel Angel Domenech, gerente banca de personas del Banco BHIF; Janet Fuentealba, secretaria del Colegio de Abogados; Nicolás Tagle, becado; Geraldine Araya, becada; Sergio Urrejola, Presidente del Colegio de Abogados; Federico Rodríguez, becado; Rodrigo Valencia, becado, y Hugo Lavados, gerente general del Banco BHIF.

Becas London School of Economics and Political Science

En junio pasado se realizó el lanzamiento oficial del Programa de Becas de Postgrado que la agrupación *Amigos de The London School of Economics and Political Science* creó para estudiantes chilenos. Estas becas comenzarán en 1998, permitiendo que anualmente dos estudiantes chilenos realicen estudios de postgrado en la universidad inglesa *The London*

School of Economics and Political Science (LSE). Financiada por la Fundación Andes de Chile y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, estas becas permitirán que profesionales chilenos continúen su formación en un centro que es considerado uno de los más importantes del mundo en el campo de la economía y la ciencias políticas.

Reliquidación de impuestos

Mientras no se resuelva por sentencia firme la reclamación contra determinados tributos liquidados por el Servicio de Impuestos Internos, este organismo no puede liquidar nuevamente los mismos impuestos, a virtud de su competencia administrativa.

Corte Suprema, 11 de diciembre de 1995 (recurso de protección)

Fallos del mes, N° 445, diciembre de 1995, p.1747

Cobro de impuesto territorial

Es nulo lo obrado en ejecución por cobro de impuesto territorial iniciado mediante notificación por cédula a contribuyente fallecido con anterioridad a ella, y sin notificar el título ejecutivo a sus herederos conforme al art. 1377 del Código Civil.

Corte Suprema, 16 de noviembre de 1995, (recurso de queja)

Fallos del mes, N° 444, noviembre de 1995, p. 1624

Ley de Cheques

El art. 48 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques importa una verdadera presunción de responsabilidad penal. Si las probanzas reunidas hasta ese instante la contrarían y no resulta que el cheque que motivó el auto de procesamiento haya sido entregado en pago de alguna obligación, procede -acogiendo el recurso de amparo- dejar sin efecto el mandamiento de prisión despachado como asimismo el procesamiento que le sirve de antecedente.

Corte Suprema, 1° de agosto de 1995 (recurso de amparo)

R.D.J. t.XCII, N° 2 mayo-agosto 1995, sec.4ª, p.121

Comodato y costumbre mercantil

El comodato de cosa ajena es válido.

En el evento que el comodatario no pueda restituir las cosas objeto de los vales de prenda será responsable de ello, conforme lo dispone el inciso 1° del art. 2178 del C. Civil, responsabilidad que sólo puede exigirla el comodante.

El art. 5° del Código de Comercio se refiere a la costumbre aludida en el art. 4° del mismo Código, más no a la costumbre interpretativa de actos mercantiles, a las que se refiere sólo el art. 6° también de dicho Código.

Corte Suprema, 4 de abril de 1995

(casación de fondo)

R.D.J., t. XCII N°1 enero-abril 1995, sec. 1ª, p.21

Amparo económico

El recurso de amparo económico instituido en la ley 18.971 se trata de una acción jurisdiccional de carácter conservadora, especial y popular, en que el actor no necesita tener interés actual comprometido, creada con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que consagra el art. 19 de la Constitución Política en ambos incisos de su número 21.

Corte Suprema, 28 de marzo de 1995

(amparo económico)

Fallos del Mes, N° 436, marzo de 1995, p.48

Honorarios de peritos

En los procesos por incendio, los honorarios de los peritos que se nombren serán pagados por la respectiva compañía aseguradora.

Corte Suprema, 27 de julio de 1995

(casación de fondo)

Fallos del mes, N° 440, julio de 1995, p. 834

Daño moral

Aunque a la fecha del accidente en que falleció su padre, el menor no estaba en condiciones de comprender la magnitud de la tragedia, la pérdida del progenitor pro-

voca consecuencias irreparables y un menoscabo moral que debe ser indemnizado.

Corte Suprema, 11 de abril de 1995

(queja civil)

Fallos del Mes N° 437, abril de 1995, p.210

Copia simple de inscripción

La copia simple de una inscripción de dominio que no fue objetada por la parte contraria, debe considerarse como instrumento público de la causa. La sentencia que omite los motivos por los que no se otorgó valor probatorio a ese documento incurre en la causa de casación del art. 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema, 25 de abril de 1995

(casación de forma de oficio)

Fallos del Mes N° 437, abril de 1995, p.221

Medida para mejor resolver

Incurre en falta el tribunal que no tiene por no decretada la medida para mejor resolver que no se ha cumplido dentro del plazo de veinte días que establece el art. 159, inciso 3° del C. de P.C., aduciendo que dependía tal diligencia de la iniciativa del tribunal y se consideraba estrictamente necesaria para un mejor acuerdo del fallo.

Corte Suprema, 21 de junio de 1995

(recurso de queja)

Fallos del mes N° 439, junio de 1995, p.573

Excepciones

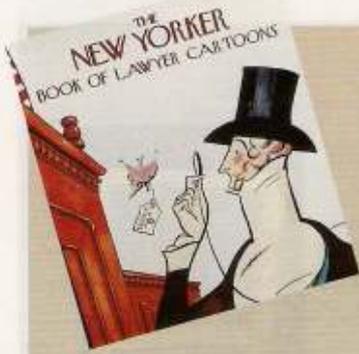
La oportunidad para oponer todas las excepciones es la contestación de la demanda y con ella queda trabada la litis que debe resolver la sentencias, litis que no puede alterarse con nuevas excepciones. La sentencia que acoge una excepción opuesta fuera de la contestación incurre en el vicio de ultra petita.

Corte Suprema, 30 de agosto de 1995

(casación de forma)

Fallos del mes N° 441, agosto de 1995, p. 1003

Se agradecerá a los señores abogados que hagan llegar a esta publicación, fallos de Tribunales Superiores que sean de interés para el gremio, a fin de incorporarlos en la presente sección.

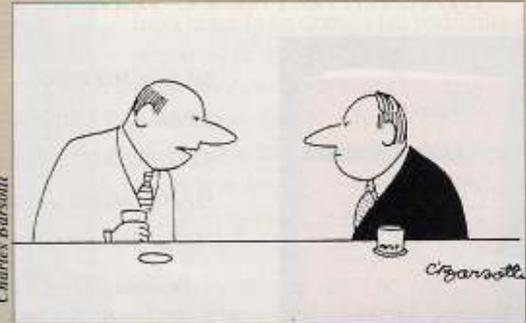


Cuadros humorísticos extractados de la última edición de "The New Yorker", libro de caricaturas sobre abogados. Esta publicación de Alfred Knopf Inc. compila chistes de diversos artistas norteamericanos.



Edward Frascino

¿Conoce usted a Kimberly, mi abogado?



Charles Barsotti

Yo me considero a mi mismo un hombre apasionado, pero, por supuesto, primero abogado.



Henry Martin

Déjenme pasar. Soy un abogado



Jack Ziegler

Mire, yo no estoy diciendo que vaya a ser hoy día. Pero algún día, algún día, sus muchachos estarán felices de que usted haya tomado un abogado.



Michael Maslin

Démosle la bienvenida a Edwin Nells, acompañado como siempre por su abogado.

* El libro "The New Yorker" fue enviado por el abogado Enrique Krauss R., como colaboración a la Revista del Abogado.

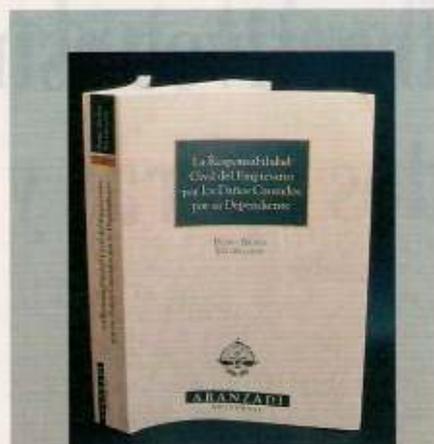
La responsabilidad civil

La responsabilidad civil, a pesar de ser una de las instituciones que más desarrollo e importancia tiene en el derecho comparado no ha merecido el interés debido en el derecho chileno. Tanto la jurisprudencia como la enseñanza giran en torno a la obra que escribiera hace ya más de cincuenta años, el decano Arturo Alessandri R. Y sin embargo, mientras en Chile seguimos atados a las doctrinas formuladas por aquella obra -que desde luego fue notable en su tiempo y sigue siéndolo actualmente en muchos aspectos- en el derecho comparado la evolución es casi imposible de retrazar.

Es por ello que resulta alentadora la publicación, por un chileno, de un texto que aborda temas de la responsabilidad civil con criterios y doctrinas actuales, como es el libro del profesor de derecho civil de la Universidad de Chile y de la Universidad de Los Andes, Pedro Zelaya Etchegaray, doctor en derecho por la Universidad de Navarra. Una obra como ésta es el inicio de la renovación de literatura jurídica sobre una institución que, en Chile, lo requiere con urgencia.

La responsabilidad civil del empresario sugiere muy variadas cuestiones, a saber: la que proviene del despido injustificado y moralmente agravante para el dependiente; la que se produce por accidentes del trabajo como complementaria a la reparación otorgada por los sistemas de seguro obligatorio y, muy en especial, la que proviene del hecho o culpa de sus dependientes. Es sobre esta última que el profesor Zelaya ha elaborado su obra.

Tal cual lo señala el autor, los criterios tradicionales consagrados en nuestro código no están bien adaptados a los modos de producción contemporáneos, ni a las estructuras de la gran empresa, en las que no es fácil precisar -ni menos probar- la comisión concreta de una culpa por parte de un solo agente y en las que los daños son, muchas veces, el efecto de un conjunto complejo de concausas



“La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente.”

*Por Pedro Zelaya Etchegaray
Editorial Aranzadi (España)
1995*

en las que el factor humano no es siempre el más relevante. De allí el nacimiento de otro concepto más amplio para abarcar los daños causados por el funcionario de la empresa, como es el de riesgo empresarial y, aún, el de difusión social del daño, en el que imperan criterios objetivos más apropiados a la realidad de la empresa moderna. Desaparece en ella la idea de una responsabilidad por el hecho ajeno para instaurarse una responsabilidad directa de la empresa misma.

La obra en comento comprende el análisis y desenvolvimiento de ambas concepciones: la tradicional y la moderna, con un acopio de la doctrina más reciente, incluyendo desde luego, el de la anglosajona. Y en ello

debe destacarse que el profesor Zelaya no haya seguido un criterio tan particular entre nosotros, de acuerdo al cual, el mundo del *Common Law* es extraño a nuestra tradición jurídica, por lo cual poco podemos aprender de él. Siguiendo seguramente las enseñanzas que recibió en sus estudios doctorales, el autor utiliza la doctrina de autores como Atiyah, Calabresi, Erenzweig, Markesinis, por no mencionar sino a algunos autores ingleses y norteamericanos. A nuestro juicio, la doctrina de los *torts* contiene soluciones técnicas perfectamente comprensibles y adaptables a las que proporciona nuestro sistema general de responsabilidad civil y, tal cual lo muestra el autor, adecuados a formas empresariales más avanzadas.

No es posible, claro está, hacer en este breve comentario un análisis acabado de la obra, ni siquiera uno crítico. Las sugerencias que en ella se encuentran para reelaborar las soluciones nacionales en la materia son muchas y muy variadas. Esperamos que el profesor Zelaya continúe con posteriores estudios sobre la responsabilidad civil. En esta obra tiene ya la base. Para nuestra literatura jurídica, ella aporta un aire de renovación, pero también aspectos de primer interés práctico, lo que es de anotar en un tiempo en que ya se observa que la responsabilidad civil terminará por ser una de las cuestiones más usuales del ejercicio profesional.

Por lo mismo, la consideración de las posibles responsabilidades por los daños causados con ocasión del funcionamiento de la moderna empresa de bienes y servicios pasa a ser una cuestión de esencial importancia para los directivos y el conocimiento de sus principios no puede entonces quedar reducido sólo a los abogados que aconsejan a la empresa, sus representantes o dueños. ●

*Ramón Domínguez Aguila,
Abogado y Profesor en las Universidades
de Concepción y del Desarrollo.*



Atractivos estrenos en Chile de dos óperas y un oratorio

A lo menos tres títulos de importancia musical y dramática han sido programados para hacer su esperado debut ante un público que cada vez se interesa más por apreciar un repertorio conocido sólo a través de las grabaciones comerciales.

Para comenzar, el Teatro Municipal tuvo la feliz iniciativa de presentar, en la temporada internacional, la ópera "Hansel y Gretel", del compositor alemán Engelbert Hunperdinck, nacido en 1854, la más exitosa de las obras para el teatro de los seguidores inmediatos de Richard Wagner. Siguiendo el famoso cuento infantil, el músico llenó la partitura con arias, canciones folklóricas, danzas y versos en un estilo simple y directo, nada ajeno al wagnerismo, que proporciona agrado a chicos y grandes.

Fernando Rosas ha sido uno de los más porfiados y eficaces luchadores en el país por divulgar la música seria, principalmente como director de algunos grupos chilenos. En la temporada internacional de la Fundación Beethoven se ha preocupado no sólo de ofrecer obras de diversos períodos, fundamentalmente del barroco, que suenan con facilidad en los oídos de los aficionados, como "El Mesías", de Haendel, sino que en este último tiempo se ha encargado de ampliar su repertorio. El año pasado, con la Orquesta Cámara de Chile, solitas y el Coro Museo de Bellas Artes, estrenó "Baltazar", otro oratorio del alemán que se avecindó en Inglaterra.

Para este año, Rosas reservó otro orato-

*La iniciativa más audaz
la emprendió
la Universidad Católica
de Valparaíso. Sus grupos
musicales ofrecerán, una
función que se espera con
el mayor interés: el
estreno en Chile de "The
little sweep", del
compositor inglés
Benjamin Britten.*

rio haendeliano, lo que constituye un premio para los aficionados, en especial para los fanáticos del barroco. Se trata de "Salomón", escrito en 1843, en el apogeo de su producción para el género, después de abandonar la ópera. Es una obra maestra, apreciada en las diferentes versiones completas a través del disco, que contiene páginas notables. Aparte de la Obertura, siempre se ha grabado, en forma separada, la Entrada de la Reina de Saba (que Rosas ya había llevado al disco dentro de un concierto de la Orquesta de Cámara de Chile).

Y la iniciativa más audaz la emprendió la Universidad Católica de Valparaíso. Sus grupos musicales, con el empeño de su director Boris Alvarado, ofrecerán, el domingo 31 de agosto, una función que se espera con el mayor interés. En esa ocasión se ofrecerá el estreno en Chile de "The little sweep" (El pequeño deshollinador), el Op. 45 del compositor inglés Benjamin Britten, cuya obra, que abarca todos los géneros musicales, todavía es casi escandalosamente desconocida en el país. Esta es la segunda parte de una ópera cuyo título es "Let's make an Opera", un "entretenimiento para gente joven". El texto original está escrito en forma de poesía y pertenece a William Blake, un famoso poeta nacido en 1757. Corresponde a un juego de iniciación en el género escénico y dramático: siete niños y cuatro adultos inventan una historia, escriben el libreto, componen la música y lo ponen en escena. ●



Por Héctor Solo G.
Abogado y comentarista de cine

Debut, triunfo y lección

La española quizás no está entre las cinematografías de mayor potencial expresivo de hoy, pero como industria tiene zonas respetables. Una es el volumen: mal que mal los españoles están estrenando arriba de noventa películas al año. Otra es la variedad en términos de géneros y registros dramáticos. Una tercera es la sintonía con el público. Se trata de un cine con poder de convocatoria y que el espectador local no mira con la desconfianza que inspiran las producciones nacionales acá. Al margen de sus obvias implicaciones comerciales, este aspecto es más importante de lo que se cree. El nexo de mutua fidelidad entre películas y público es clave para sustentar un proyecto de cine válido con perspectiva de largo plazo. Se puede filmar lejos del público, pero son dudosos los resultados de las películas que se plantean de partida *contra* su público.

En los últimos meses la gran revelación del cine español ha sido "Tesis", la película que obtuvo este año los premios Goya al mejor guión, mejor director novel y mejor película. En Chile estos premios tuvieron cierta repercusión dado que se trata del trabajo de un cineasta que nació aquí, Alejandro Amenábar, que llegó a España muy chico y que tras su debut se ha ubicado entre las promesas del cine español.

"Tesis" debería llegar a la cartelera chilena no sólo por la conexión de su realizador con este país sino, básicamente, porque se trata de una buena película. Es un *thriller* bien escrito, bien realizado, y, sobre todo, sorprendentemente vigoroso en su manejo de los mecanismos del suspenso y la emoción. La historia puede ser un poco esperpéntica, pero está contada con garra. Una chica que estudia cine (Ana Turrent, la inolvidable chi-

En los últimos meses la gran revelación del cine español ha sido "Tesis", filmada por un joven nacido en Chile y que obtuvo este año los premios Goya al mejor guión, mejor director novel y mejor película.

ca de "Cría cuervos" veinte años después) decide preparar su tesis de graduación sobre la violencia en el cine. Comienza a buscar material límite sobre el tema y casi sin quererlo entra en contacto con el oscuro mundo de las *snuff movies*, aquellas en las cuales las experiencias del abuso sexual, la mutilación, la tortura y la muerte no son una representación sino un registro de hechos reales que se contabiliza en sangre y asesinatos.

Lo interesante de la cinta de Amenábar no está ahí sino en el control que el realizador ejerce sobre los mecanismos de complicidad, empatía e identificación al organizar su relato. La película tiene un guión bastante sólido -gran lección para quienes olvidan que el cine primero debe escribirse- y juega con las percepciones del público de un modo que, guardando las distancias, hubiera entretenido a Hitchcock. No una sino varias veces los personajes cambian de signo dramático: el chico que parecía bueno se hace malo, después vuelve a erigirse en héroe y vuelve a convertirse en villano, dentro de un juego de apariencias en el cual -sin grandes trampas- hay mucha manipulación pero también gran autoridad narrativa.

"Tesis" es una película entretenida y que nadie puede tomarse muy literalmente, entre otras razones porque tiene un subsuelo de ironía. No es casualidad que sea la obra de un debutante y que su argumento recoja las vicisitudes de una estudiante de cine al preparar su trabajo de graduación. Tampoco es casualidad que los personajes discutan sobre el poder de sugestión que tienen las imágenes. Esos temas están en la arquitectura de la trama y Amenábar los desarrolla con soltura y perversidad.

Con todo lo convincente que pueda ser, "Tesis" seguramente no va a quebrar en dos la historia del cine español. Es una obra algo desarraigada, pobre en contactos con la sociedad hispana y sus referentes inmediatos son más cinéfilos que culturales. Pero no todos los días debuta gente así. Eso lo saben los españoles y por eso lo premiaron. Lo saben también los chilenos y por eso los distribuidores deberían traer la película. Ahí hay bastante para aprender. ●

Los abogados y la corrupción

Senor director:

No puedo dejar de manifestar mi total sorpresa con las declaraciones del Sr. Ministro de la I. Corte de Temuco, señor Héctor Toro (Presidente de la Asociación de Magistrados), quien declaró al diario El Mercurio, con fecha 16 de junio pasado (pág. C2) que: "falta valor en quienes cuentan con antecedentes de corrupción"; refiriéndose precisamente a los abogados, quienes no denunciaríamos antecedentes de corrupción que pudiéramos conocer en el ejercicio de nuestra profesión.

Pues bien, en mi calidad de abogado, y habiendo ejercido la profesión en la ciudad de Villarrica durante algunos años, me correspondió

denunciar cobros ilegales que efectuaba un funcionario auxiliar de la administración de justicia de la jurisdicción de la I. Corte de Temuco. Lo anterior motivó la interposición de una querrela criminal en el Juzgado de dicha ciudad, a la cual se le asignó el rol N° 31.878-D.

La referida acción judicial pretendía investigar los supuestos delitos de los artículos 157 y 222 inciso 3° del Código Penal (así fue rotulada).

No obstante haberse acreditado, fehacientemente, con boletas de honorarios y declaraciones los cobros ilegales, la causa quedó en nada. Cabe señalar que ya con anterioridad y, a instancias de este abogado, la Corte de Temuco había dis-

puesto que el mencionado funcionario hiciese devolución a un particular de más de \$90.000 cobrados en exceso.

Pese a que en el proceso se había evacuado una orden de investigar en la que se daban por acreditados los hechos fundantes de la querrela, y en donde, se sugería al Juez Surmarante, por parte del Teniente de Carabineos señor Mauricio Vargas, que se dispusiera una nueva orden de investigar, a fin de que la Briedec determinara el monto de los perjuicios ocasionados, la causa fue inexplicablemente sobreesida y archivada por la Ilma. Corte de Temuco.

Recuerdo que en dicho proceso este abogado, entre otros anteceden-

tes, acompañó publicaciones del 31 de marzo de 1995 aparecidas en la prensa, en las cuales el Presidente de la Corte Suprema de la época, llamaba a denunciar, al igual que hoy lo hace el Ministro Sr. Toro, la corrupción que pudiere existir.

De esta forma no puedo más que lamentar las declaraciones efectuadas por el Sr. Ministro Héctor Toro, ya que ellas no se condicionan con la realidad que ha tenido la Ilma. Corte de Temuco para acoger, investigar y sancionar hechos como los descritos.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.

Oscar Gajardo Uribe
Abogado

Don Alejandro Alvarez Jofré

Este abogado, jurista, diplomático, pero por sobre todo destacado internacionalista, es con justicia, reconocido como uno de los grandes innovadores del derecho internacional público contemporáneo. Su personalidad y vasta obra, es apreciada en los centros intelectuales del mundo. Se le considera como el fundador del derecho internacional americano.

Se ha afirmado que ningún jurista americano ha llegado a alcanzar su prestigio en el campo internacional. Prestó importantes servicios a Chile, como asesor de la Cancillería y delegado en numerosos eventos internacionales, hoy su nombre ha sido prácticamente olvidado en nuestro país.

Nacido el 9 de febrero de 1868 en la localidad rural de Tulahuén, cercana a Ovalle; murió en París -donde residió por largos años- en 1960, a los 92 años de edad, más de sesenta de los cuales los dedicó con ejemplar perseverancia al estudio y difusión de las ciencias jurídicas, en especial del derecho internacional público.

Hizo sus estudios primarios en el Seminario de La Serena y los secundarios en dicho establecimiento y en el Colegio San Ignacio de Santiago. Luego ingresó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, titulándose de abogado. Su memoria versó sobre "El artículo 688 del Código Civil, sobre inscripciones hereditarias", que constituyó un lúcido estudio sobre la materia. Ello explica que sólo tres años más tarde, en 1895, se le designara como titular de la cátedra de derecho civil, tarea que alternó con el ejercicio activo de la profesión.

Con el propósito de ampliar y profundizar sus

estudios, viajó a Francia, matriculándose en La Sorbonne. En París se diplomó en la Escuela Libre de Ciencias Políticas en 1898. Terminados sus estudios en la Universidad de París recibió allí el grado de doctor en derecho.

De regreso a Chile su universidad lo nombra profesor de derecho civil comparado y de historia del derecho. Allí impulsó innovaciones

de importancia, tendientes a sustituir el añejo método exegetico -que contemplaba el comentario aislado de cada uno de los artículos del código- por uno más lógico y científico, como lo es el sistemático, que conociera en las universidades europeas, que privilegia el estudio sistematizado de los textos legales con sujeción a los principios e instituciones que conforman las doctrinas jurídicas. En 1901 (¡ya entonces!) presentó un famoso proyecto de Reforma Universitaria, para introducir tal cambio pedagógico en los claustros.

Su experiencia internacional, el estudio de la legislación comparada y la observación de la realidad del mundo lo llevó a abandonar el cultivo del derecho privado y dedicarse con entusiasmo el derecho internacional público, que se convirtió en la pasión de su vida y que no dejó hasta su muerte. En tal campo brilló como una de sus máximas estrellas, reconocido principalmente en Europa como una autoridad indiscutible.

Si bien parte de su carrera se desarrolló en Chile, prestando inestimables servicios, fue en el Viejo Mundo, durante décadas, donde llevó a cabo su labor más importante y desta-

cada como internacionalista, la que le fue reconocida al ser designado Juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, después de la Segunda Guerra Mundial (1946; único chileno -y uno de los contados iberoamericanos- que ha desempeñado ese honroso y alto cargo, donde le cupo una brillante tarea.

Resulta imposible hacer siquiera una breve reseña de la obra de don Alejandro Alvarez, ya que ella es enorme. Más de un centenar de libros, tratados, folletos y publicaciones en revistas especializadas exhiben parte de su tarea, que enriqueció el derecho internacional.

Junto a grandes internacionalistas, como Paul Fauchild y G. de la Rupradelle, fundó el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de París, desempeñándose en él por años como catedrático. Asimismo, en unión con el jurista norteamericano John Scott, creó el Instituto Americano de Derecho Internacional, que ha prestado valiosos servicios a la codificación de este derecho.

En reconocimiento a sus méritos fue designado miembro de las más altas instituciones mundiales y se le otorgaron grados honoríficos de importancia, como los de miembro del Instituto de Francia, Profesor del Colegio de Francia, Doctor Honoris Causa de la Universidad de Estrasburgo, etc. Nuestro país lo designó embajador vitalicio con residencia de libre elección.

No obstante su larga ausencia, don Alejandro Alvarez Jofré nunca olvidó a su patria. En su testamento legó bienes y su biblioteca a la Universidad de Chile, para que su facultad de derecho estableciera una fundación para la creación de un seminario de derecho internacional público y la institución de premios para estimular en las juventudes el estudio de esta ciencia.

Ignoramos si se ha cumplido la voluntad del testador. Supimos que por años permanecieron en los sótanos de la embajada de Chile en París los cerca de 2.000 volúmenes que conformaban su valiosa biblioteca, tan olvidada como el que fuera su dueño. Sólo el Liceo de Hombres de Ovalle lleva su nombre. ●

