



Universidad de

los Andes



**FACULTAD
DE DERECHO**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2017 | Volumen 1
Núm. 2

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la
Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

Índice

Artículos

- La indemnización de perjuicios en caso de resolución frente a la existencia de pluralidad de deudores** 1-22
Juan Ignacio Contardo González
- El colectivismo agrario como utopía popular: la propiedad de la tierra en Joaquín Costa** 23-33
Manuel López Forjas
- Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3.º del Código Civil en la doctrina del siglo XIX** 34-56
Claudio Barahona Gallardo
- La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual** 57-75
Carmen Jerez Delgado
- Procedencia del recurso de queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja: la "queja de queja"** 76-91
José Alberto Allende Pérez de Arce
- Tensiones entre physis y nómos en la teoría de la pólis de Aristóteles** 92-108
Jazmín Ferreiro

Comentarios de Jurisprudencia

- Comentario sobre el derecho al juez natural en el proceso penal acusatorio y el principio forum delicti commissi (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2017. Rol Corte N° 3125-2017)** 109-116
Alejandro Romero Seguel
- Accionistas de una sociedad anónima que se obligan solidariamente: ¿a quiénes concierne el negocio? (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de julio de 2016. Rol N° 13439-2015)** 117-125
Pablo Manterola Domínguez
- Reclamo judicial en contra de resoluciones dictadas por la Dirección del Trabajo, que no posean expresamente la posibilidad de recurrir judicialmente en contra de ellas (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2017. Rol N° 716-2017)** 126-129
José Luis de Marchena Vidal
- La terminación del contrato de trabajo del personal no docente por razones de salud incompatibles con el desempeño del cargo (Corte Suprema, 22 de septiembre de 2015. Rol No 24.090-2014)** 130-136
Oscar Olivares Jatib
- Caso del extranjero ilegal y derogación tácita de preceptos preconstitucionales (Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2016, Rol N° 35.236-2016)** 137-145
Julio Rojas Chamaca

Recensiones

Guzmán Brito, Alejandro, La fijación y la codificación de Derecho en Occidente, Ediciones Universitarias de Valparaíso (PUCV), Valparaíso, 2017, 311 págs. **146-148**

Hernán Corral Talciani

Martínez Rosado, Javier (2017). Los pactos parasociales. Madrid: Marcial Pons. 370 páginas. **149-151**

Pablo Manterola Domínguez

Corberá Martínez, José Miguel (2017). Los conflictos entre las marcas y las denominaciones sociales. Últimos desarrollos en el sistema de marcas de la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch. 523 páginas. **152-154**

Mabel Cándano Pérez

**Juan
Ignacio
Contardo
González**

**Universidad Diego
Portales, Chile**

juan.contardo@mail.udp.cl

Recibido: 10.08.17

Aceptado: 8.09.17

La indemnización de perjuicios en caso de resolución frente a la existencia de pluralidad de deudores

Compensation against the existence of multiple debtors in termination for breach of contract

Resumen: El artículo indaga la forma de distribución de la indemnización de perjuicios en caso de resolución por incumplimiento frente a la pluralidad de deudores. Se postula que debe distinguirse entre codeudores mancomunados, solidarios e indivisibles.

Palabras clave: Responsabilidad contractual, indemnización, resolución por incumplimiento, pluralidad de deudores.

Abstract: The article investigates the compensation for damages in the event of termination for breach against multiple debtors. We hypothesize that it must distinguish between joint, integral and indivisible debtors.

Keywords: Termination for breach, damages for breach, multiple debtors.

El artículo 1489 del Código Civil, que genera para el acreedor la opción entre la pretensión de cumplimiento y la resolución más indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato bilateral, se coloca en la hipótesis de un deudor y un acreedor en la relación obligatoria.

Sin embargo, cuando la obligación es de sujeto plural, esto es, mancomunada, solidaria o indivisible, se presenta el problema de determinar cómo opera la resolución entre estos

varios sujetos y cómo se distribuye la responsabilidad entre esta pluralidad de sujetos. Por distribución de la responsabilidad entendemos la forma en cómo han de responder los deudores de la relación, si de manera mancomunada, solidaria o indivisible.

La doctrina nacional ha analizado el problema solo desde el punto de vista de la pluralidad de sujetos y la resolución, no de la indemnización que sigue a la resolución que es el objeto del siguiente trabajo¹.

¹ En adelante, a la indemnización en caso de resolución se le denominará indistintamente “indemnización resolutoria” o “perjuicio resolutorio”.

En lo primero, es decir, en lo relativo al ejercicio de la resolución frente a la pluralidad de deudores, la doctrina se encuentra dividida. Para algunos, la pluralidad de sujetos implica una suerte de “indivisibilidad” de la relación. De esta manera todos los deudores deben ser demandados de resolución, y todos los acreedores deben demandar de resolución. Por el contrario, para otros, la resolución puede demandarse separadamente a cada deudor, y por tanto habría una “divisibilidad” resolutoria.

Esta discusión plantea necesariamente consecuencias en lo tocante a la indemnización de los perjuicios en caso de resolución. Es decir, de qué manera responderán el o los deudores de la obligación.

Esta disparidad de criterios (la “divisibilidad” e “indivisibilidad” resolutoria), y las implicaciones que tendría en la indemnización resolutoria, creemos que se ha dado porque la resolución (o lo que entendemos hoy como tal) y las distintas formas de pluralidad pasiva, nacen en momentos históricos distintos. En efecto, la creación de las categorías de sujeto plural proviene fundamentalmente del derecho romano basado en la estipulación romana (Guzmán 2013, t. II, pp. 79 y ss.) Por el contrario, la resolución por incumplimiento nace en la modernidad principalmente a partir del desarrollo por Pothier de las ideas que había postulado con anterioridad Domat². Es decir, la creación de lo que nosotros entendemos como resolución por incumplimiento nace no teniendo especialmente en vista la posibilidad de pluralidad de sujetos y es muy posterior a las antiguas clasificaciones de las obligaciones de sujeto plural. Prueba de ello son los ejemplos que da Pothier al tratar la materia (1839, §672, p. 434); e incluso nuestro Código Civil, que precisamente se coloca en el caso de un deudor y un acreedor en el artículo 1489 (y sus correspondientes artículos 1823, 1873 y 1925). Pero, la Ley no da luces de lo que sucedería frente a la pluralidad subjetiva.

Sin embargo, la generalización de las categorías de contratos bilaterales y de obligaciones de sujeto plural en los Códigos hace perfectamente posible concebir contratos de esta naturaleza que contengan multiplicidad de acreedores y/o de deudores. De aquí que el problema

de los sujetos frente a la resolución, aunque no es común, ha sido planteado por alguna doctrina tanto nacional como extranjera.

Por tanto, a la hora de analizar el desenvolvimiento de la resolución y la indemnización de perjuicios, se presenta el problema de la distribución del perjuicio resolutorio. Es decir, cómo debe repartirse la indemnización entre los varios deudores condenados cuando sea procedente la resolución. Por las razones enunciadas, el problema de la distribución del perjuicio resolutorio parte de una base concreta: cómo se comporta la resolución cuando hay pluralidad de deudores. De este modo, las opciones que se adopten frente a este tema influyen sustancialmente en la manera cómo se distribuye el perjuicio resolutorio. Así, no parece posible atacar el problema de la distribución del perjuicio resolutorio, sin resolver primero cómo se desenvuelve la resolución frente a la pluralidad de deudores, distinguiendo las diversas clases de deudores, según sea el caso.

De esta manera, para los efectos de esta investigación, se postula que el problema de la distribución tendría especial importancia en la mancomunidad y la solidaridad pasiva, ya que en la indivisibilidad, por expresa disposición de la Ley, el problema de los perjuicios ha sido reenviado al tratamiento de las obligaciones simplemente conjuntas. En los demás casos, a pesar de que no existen reglas particulares, hay razones de texto que permiten solucionar la cuestión planteada. Proponemos entonces un acercamiento desde el punto de vista de las normas del Código para determinar cuál es la situación de la pluralidad de sujetos frente a la indemnización de los perjuicios resolutorios (2.) Esta aproximación se diferencia de las posturas que clásicamente han sido sostenidas por la doctrina que se fundan solo en los efectos extintivos de la resolución sin atender del todo a la naturaleza propia de las distintas clases de pluralidad de deudores (1.)

Debemos hacer presente que el problema expuesto es poco frecuente en la práctica. De hecho, lo común es que la relación jurídica obligatoria se presente entre un acreedor y un deudor. Prueba de ello es que el tópico

² Sobre el particular, debe consultarse a Dell’Aquila (1981), p. 31 y ss., especialmente pp. 63-89.

es tratado de manera muy excepcional por la doctrina nacional y extranjera y hay muy pocos fallos sobre la materia. Y cuando la doctrina le presta atención a ello, tanto en el medio nacional como extranjero, se limita al estudio de la pluralidad de deudores solo frente a la resolución, no de la indemnización consecuencial a ella, tema al que se reduce la investigación. Con todo, creemos que se justifica el análisis del supuesto propuesto (resolución e indemnización frente a la pluralidad de deudores) desde varias ópticas. En primer lugar, porque

permite un replanteamiento de los efectos de la resolución desde el plano de sus consecuencias frente a la pluralidad de deudores, en especial, frente a la indemnización. En segundo lugar, permite dimensionar la función de la resolución, como medio de tutela del acreedor, en relación con el incumplimiento y su coordinación con la indemnización de perjuicios. Y, en tercer lugar, a pesar de lo excepcional del tema, permite un cuestionamiento de la función resarcitoria de los perjuicios cuando hay pluralidad de deudores.

1. El punto de partida: las tesis de la “divisibilidad” e “indivisibilidad” resolutoria

Tal como se introdujo, para el análisis de la distribución del perjuicio resolutorio es necesario determinar cómo opera la resolución frente a la pluralidad de deudores. En el derecho nacional hay dos principales doctrinas: (1) la tesis que llamamos de la “indivisibilidad” resolutoria, que postula que todos los deudores (mancomunados, solidarios o indivisibles) deben ser demandados de resolución; y (2) la tesis de la “divisibilidad” resolutoria, que afirma que pueden ser solo algunos de los deudores demandados de resolución y los demás no de manera obligatoria. En lo sucesivo, se dará cuenta de los principales postulados de cada una de estas teorías, sus consecuencias en lo tocante a los efectos de la resolución y sus implicancias teóricas en la distribución del perjuicio resolutorio. Hacemos presente que el problema se reduce con especialidad al caso de obligaciones simplemente conjuntas, que es el tipo de obligaciones que parece ser más difícil de solucionar.

1.1. La tesis de la “indivisibilidad” resolutoria

Por “indivisibilidad resolutoria” llamamos a la doctrina que estima que la resolución debe ser demandada por todos los acreedores, y en contra de todos los deudores. De esta suerte, la resolución declarada debiera tener efecto respecto de todos los sujetos de la relación obligatoria. Es decir, el remedio de la resolución impediría que se pueda resolver el contrato respecto de unos y no respecto de otros.

1.1.1. Fundamento

En la doctrina nacional la indivisibilidad resolutoria ha

tenido un doble fundamento.

Para algunos autores la indivisibilidad resolutoria estaría ordenada por ley en el artículo 1526 N° 6 a propósito de las obligaciones indivisibles. La norma prescribe que hay excepción a la mancomunidad (activa o pasiva): “Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos”.

En el entender de los autores partícipes de esta interpretación, el derecho del acreedor de solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato según el artículo 1489 del Código Civil se configuraría como una suerte de obligación alternativa, de tal manera que no le sería posible exigir respecto de alguno de los deudores el cumplimiento y respecto de los otros la resolución del contrato (Vío, 1945, p. 361; Alessandri, 2003 t. II, v. 2, §1748; Peñailillo, 2003, p. 444). Aunque técnicamente en el N° 6 del artículo 1526 no hay indivisibilidad de pago, sino de opción (Peñailillo, 2003, p. 344), el parecer de esta doctrina es aplicar la solución *mutatis mutandis* a la opción entregada en el artículo 1489. Esto es, como se trata de una alternativa entre cumplimiento y resolución (más indemnización de perjuicios), en caso de pluralidad de acreedores, deberían todos demandar la resolución; y por el contrario, en caso de pluralidad de deudores, deberían ser todos demandados por lo mismo.

Otro argumento a favor de esta postura ataca a una cuestión de fondo, alejándose del artículo 1526 N° 6:

la aceptación de una resolución parcial subjetiva (en cuanto a los sujetos) implicaría una reforma al contrato que atentaría contra lo consentido por las partes (Peñailillo, 2003, pp. 444-445).

Entendemos que este fundamento apunta a dos cosas. En primer lugar, atiende al principio de la fuerza obligatoria del contrato. Una resolución parcial subjetiva dejaría entregada la suerte del contrato en manos del acreedor quien tendría la libertad de elegir a quiénes se les exige el cumplimiento y a quiénes se les exige la resolución del contrato, vulnerando el principio de la fuerza obligatoria. El mentado principio ordenaría que el contrato se cumpliera en su totalidad respecto de todos, y no solo respecto de parte de ellos. En segundo lugar, una resolución parcial subjetiva podría afectar las reglas de integridad y de identidad del pago. Si se aceptara la resolución parcial subjetiva podría variarse unilateralmente el objeto de la obligación, que será solo debido en parte respecto de aquellos deudores a quienes se les ha solicitado el cumplimiento.

1.1.2. Implicaciones de la tesis de la indivisibilidad resolutoria en la concepción sobre los alcances de la resolución

Desde este punto de vista, la resolución exigiría un acto de disposición del acreedor del crédito completo (Fernández, 2003, p. 1679) Por tanto, la tesis que sostiene la indivisibilidad resolutoria implica que la resolución del contrato constituye *extinción del contrato* y no solo la *extinción de la relación obligatoria*³. Lo que se extinguiría a través de la resolución es todo el contrato, ya que son todos los sujetos de la obligación quienes se encuentran subordinados a la elección soberana del acreedor (o acreedores) del art. 1489⁴.

Lo anterior se produciría porque la tesis de la indivisibilidad resolutoria supone que el incumplimiento

de cualquiera de los deudores mancomunados *puede* (siempre que concurren los requisitos de la resolución) ser considerado como incumplimiento resolutorio. Esto es, si el incumplimiento de cualquiera de los deudores mancomunados es considerado como resolutorio, permitiría, precisamente, abrir la posibilidad de que el acreedor pueda demandar la resolución respecto de todos. Por el contrario, si el incumplimiento del deudor mancomunado no fuere considerado como incumplimiento resolutorio, entonces el acreedor gozará de los demás remedios que el ordenamiento jurídico le confiere para la protección de su crédito.

1.1.3. Consecuencias en la indemnización de los perjuicios resolutorios

Según la tesis de la indivisibilidad resolutoria, deben ser todos los codeudores mancomunados demandados de resolución, según se ha señalado. Por lo tanto, si concurren los requisitos para que tenga lugar la resolución del contrato, todos los deudores mancomunados deberían ser considerados como sujetos pasivos de la acción por perjuicios resolutorios, entendiendo que la acción por perjuicios resolutorios normalmente ha sido considerada como dependiente de la resolución⁵.

La solución a la que lleva la teoría de la indivisibilidad resolutoria, esto es, que todos los deudores mancomunados son a su vez sujetos pasivos de la acción por perjuicios, abre interrogantes en lo tocante al monto sobre el cual son responsables. Porque si bien la obligación se mantiene de naturaleza divisible, la tesis de la indivisibilidad resolutoria obliga a preguntarse si esta suerte de indivisibilidad resolutoria se mantiene en lo tocante a los demandados por perjuicios, cuestión que no parece encontrar solución entre los autores.

1.2. La tesis de la “divisibilidad” resolutoria

Llamamos “divisibilidad” resolutoria a aquella tesis que

³ El problema de los alcances extintivos de la resolución ha ido muy de la mano con la extensión que debería otorgársele a un supuesto efecto retroactivo de la resolución. Se ha sostenido con bastante frecuencia que la resolución operaría con efectos retroactivos, de forma bastante similar a la nulidad del contrato. De esta manera, la resolución borraría todo el contrato. Para un resumen, véase Pizarro (2012, p. 450, notas 5 y 7). Si esta conclusión la extendemos para la situación de la pluralidad de sujetos, la resolución implicaría una extinción de todas las relaciones jurídicas que pudieran nacer con ocasión del contrato.

⁴ En este sentido, Cristóbal señala: “Un cierto grado de unidad siempre será observable en la relación obligatoria mancomunada, derivado del origen unitario de la misma, del hecho de que determinados acontecimientos jurídicos, atinentes a uno de los vínculos, son susceptibles de afectar también al todo obligacional (*ad exemplum*, la resolución contractual ex artículo 1.124 [equivalente a nuestro art. 1489] por incumplimiento de uno de los deudores mancomunados), de las circunstancias de que el negocio generador habrá de contemplarlo en todo momento bajo el prisma de que el mismo ha producido una relación obligatoria con pluralidad de sujetos, lo que influirá a la hora de determinar su alcance y sentido, y, desde luego, de la faceta procesal que en el momento de reclamar el cumplimiento de las particulares obligaciones en que aquélla se descompone tenga lugar la acumulación judicial de acciones” (Cristóbal, 1990, p. 225).

⁵ Más que analítica, la doctrina es más bien descriptiva del status quo jurisprudencial: Véase por ejemplo: Peñailillo (2003), p. 434.

sostiene que la relación puede resolverse respecto de algunos de los sujetos pasivos, mas no obligatoriamente respecto de todos.

1.2.1. Fundamento

La tesis de la divisibilidad resolutoria se fundamenta en las bases propias de las obligaciones mancomunadas: la obligación es de carácter divisible, por lo que cada deudor lo es de su cuota.

Si cada deudor lo es de su cuota, entonces, el incumplimiento de las obligaciones de cada uno de ellos no perjudica ni arrastra a los demás deudores puesto que las obligaciones que nacen del contrato son del todo independientes.

En el medio nacional, Pescio y Meza son partidarios de esta posición. Al respecto dan tres argumentos: 1°) Se admite en la prestación divisibilidad cuotativa; 2°) Si la ley permite incluso la nulidad parcial subjetiva (art. 1690), con mayor razón debería permitirse una resolución parcial subjetiva; y 3°) Porque la pretensión de cumplimiento no es siempre intrínsecamente indivisible como la de pagar el precio en la compraventa (Pescio, 1961, pp. 88-91; Meza, 2007, pp. 55-56).

1.2.2. Implicaciones de la tesis de la divisibilidad resolutoria

La divisibilidad resolutoria implicaría en la práctica que el acreedor solo podrá exigir la resolución respecto de cada deudor mancomunado de la obligación respecto de su propio incumplimiento, independientemente del comportamiento de los demás.

Es consecuencia de lo anterior, también, que el acreedor podría exigirle a algunos de los codeudores el cumplimiento y a otros, la resolución del contrato.

Por lo tanto, la aceptación de una resolución parcial subjetiva hace que necesariamente se acepte una extinción *de la relación obligatoria* y no una *extinción de todo el contrato*⁶. Según esta postura debe analizarse

cada relación jurídica separadamente, independiente de que haya nacido en un mismo contrato.

Y así, según esta postura, debería el incumplimiento de cada deudor mancomunado ser calificado en su propio mérito como resolutorio o no, y separadamente respecto al cumplimiento o incumplimiento de los demás deudores. Por ejemplo, si en un contrato bilateral un deudor mancomunado se obliga a pagar 60, y los otros dos, a pagar 20 cada uno, e incumple solo el deudor obligado a pagar la mayor cantidad, no podría el acreedor solicitar la resolución del contrato respecto de todos, sino solo del deudor incumplidor aunque monetariamente la obligación sea de mayor entidad que la de los demás codeudores solidarios. Asimismo, si el acreedor demandara la resolución respecto de todos, los deudores de 20 podrían enervar la acción resolutoria a través de la excepción de pago, que solo beneficiará a ellos y no al primer deudor.

1.2.3. Consecuencias en la indemnización de los perjuicios resolutorios

Como se acaba de señalar, la tesis de la divisibilidad resolutoria implica que cada deuda mancomunada debe analizarse independientemente.

Esto sugiere que cada deudor, en principio, es obligado y responsable separadamente de los demás. Porque como cada deudor puede ser demandado separadamente de resolución, entonces, habrá que determinar si el incumplimiento de su obligación, de su parte en la deuda, es o no resolutorio. Y solo posteriormente, cabe determinar cuáles son los perjuicios por los cuales responde.

Si se sigue la cadena argumentativa que se viene describiendo, no se trata a través de la tesis de la divisibilidad que los perjuicios se dividan entre todos los deudores mancomunados por el incumplimiento de todo el contrato, sino que el juicio de responsabilidad debería ser considerado tan independiente como el análisis de procedencia de la resolución por incumplimiento.

⁶ Teniendo en cuenta lo expresado en la nota 3, si se toma una posición más moderada sobre el problema de la retroactividad, tal como lo hace Pizarro (2012) el resultado sería que no todo el contrato se extingue, sino que este entra en una fase de liquidación de las relaciones jurídicas pendientes. Pues bien, en el marco de una relación bilateral con pluralidad de sujetos, habría que conceder que lo que en verdad estaría sujeto a liquidación son las relaciones jurídicas particulares y no todos los sujetos que han intervenido en ella.

2. La responsabilidad por perjuicios resolutorios en caso de pluralidad pasiva de sujetos

Después de describir el estado de la cuestión en doctrina nacional, nos abocaremos al estudio de la distribución del perjuicio resolutorio en caso de pluralidad de sujetos. Tal como adelantamos, la manera de entender los efectos de la resolución en caso de pluralidad de deudores incide de manera directa en cómo se afronta el problema de la distribución del perjuicio resolutorio.

Para estos efectos, y por las razones anotadas, en primer lugar se tratará sobre las obligaciones indivisibles (1), para luego tratar las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas (2), y al final las solidarias (3). Se justifica esta ordenación debido a que se sostendrá que el régimen de las obligaciones indivisibles se rige por la regla general de las obligaciones mancomunadas, de tal suerte que es menester primero dar las razones de esta postura para luego tratar los casos que en realidad estimamos problemáticos, es decir, la distribución del perjuicio resolutorio en las obligaciones mancomunadas y solidarias.

2.1. Exclusión del problema en las obligaciones indivisibles

2.1.1. La regla general: La responsabilidad de los codeudores indivisibles se rige por las reglas de las obligaciones mancomunadas

A nuestro entender, el problema de la pluralidad de deudores e indemnización en caso de resolución únicamente se refiere al campo de las obligaciones mancomunadas y solidarias. No a las indivisibles.

El artículo 1533[1] hace divisible, y por tanto simplemente conjunta, la obligación de pagar perjuicios en caso de incumplimiento de contrato: “Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa”.

Según el inciso primero del artículo recién transcrito, la ley traslada el problema de la responsabilidad, en sentido estricto, de las obligaciones indivisibles a las obligaciones mancomunadas. Es decir, incumplida una obligación de carácter indivisible, se dividiría la responsabilidad de los deudores “en la parte que le quepa” a cada uno de estos.

No cabe extrañar esta solución en el Código Civil chileno, ya que la distinción entre obligaciones mancomunadas e indivisibles depende, en principio, de la naturaleza del objeto de la obligación (Peñailillo, 2003, p. 318). Luego, como la indemnización de los perjuicios se refiere normalmente a una suma de dinero (que es de carácter divisible), entonces, la responsabilidad tornaría en mancomunada. La doctrina es conforme con esta interpretación⁷.

En todo caso, el inciso 2° del artículo 1533 hace responsable de todos los perjuicios a aquel de los codeudores indivisibles que haga imposible el cumplimiento de la obligación respecto de todos, supuesto que se analizará más adelante.

Continuando, el artículo 1533 distribuye la responsabilidad de los codeudores indivisibles en la parte que les quepa en la deuda. El criterio de distribución de la responsabilidad no se refiere a la culpa o dolo de los deudores indivisibles en el incumplimiento, sino en la parte de la deuda que a cada deudor le quepa (Peñailillo, 2003, p. 33). La norma se justifica porque como en la obligación de carácter indivisible no puede cumplirse por partes lo pactado, por la sencilla razón de que la obligación es propiamente indivisible. Entonces, el criterio es objetivo para imputar responsabilidad: la parte en la deuda que le corresponde a cada deudor, pues en la obligación se entiende incumplida por todos.

⁷ Por todos: Peñailillo (2003), p. 331.

Por tanto, la regla general tratándose de una obligación indivisible es que, por la indemnización, los codeudores indivisibles respondan como si fueren deudores mancomunados: el problema de la indemnización de los perjuicios resolutorios en este supuesto debe entonces trasladarse a las obligaciones mancomunadas.

En este tipo de obligaciones, como cada deudor es obligado al todo de la deuda de tal manera que esta no se puede cumplir en parte, entonces el problema de la “divisibilidad” e “indivisibilidad” resolutorias carece de interés. Al incumplir uno de los deudores la obligación, todos pasan a ser incumplidores. Por ello, la ley permite el forzamiento de la constitución de un plazo de gracia al deudor demandado para entenderse con sus demás codeudores indivisibles, ya que la obligación no puede ser cumplida en parte (art. 1530).

2.1.2. La excepción: Situación del deudor indivisible que hace imposible el cumplimiento de la obligación

A pesar de la regla general, hay dos excepciones que conviene analizar: se trata de los casos del artículo 1533[2] (i) y del artículo 1526 N° 3 (ii).

a. Caso del artículo 1533[2]

Según se ha señalado, en caso de que la obligación fuere indivisible, debería tener aplicación el artículo 1533. La norma hace propiamente *divisible* la responsabilidad por los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de naturaleza indivisible.

Ahora, según el artículo 1533[2], si uno de los codeudores indivisibles hace imposible el cumplimiento de los demás, este se hace responsable del total de los perjuicios, y el pago de ellos (de los perjuicios) no se rige por la regla de las obligaciones simplemente conjuntas respecto de los demás codeudores.

El supuesto de hecho contenido en la norma consiste en que hay un codeudor indivisible que hace imposible a los demás el cumplimiento, lo que resultaría quizás contrario a la naturaleza propia de las obligaciones indivisibles, ya que todos se encuentran obligados al pago de la misma prestación, a diferencia de lo que ocurre en caso de obligaciones mancomunadas.

Cabe hacer presente, además, que en este caso cualquiera de los codeudores puede ser demandado por el total puesto que hay unidad en la prestación: hay un solo objeto debido (Peñailillo, 2003, p. 330). E interpelado uno de ellos, puede pedir un plazo para entenderse con los demás (art. 1530). Sin embargo, la ley ha contemplado la posibilidad de que si uno de ellos hace imposible el cumplimiento, solo aquel se hace responsable de todos los perjuicios.

Para entrar en el supuesto contenido en la norma, entonces, deberá probar el deudor demandado que otro de los codeudores por su hecho o culpa ha imposibilitado la prestación debida por todos.

Para graficar la cuestión daremos un ejemplo. Piénsese en un contrato para la confección de una obra material en que los artífices son cuatro. Esta obligación puede ser mancomunada (si la obra es divisible) o bien indivisible si tal ha sido la voluntad de las partes. Si se ha pactado como divisible, es posible que se hayan pactado entregas parciales sucesivas, de tal manera que uno de los deudores entregue una parte, y consecutivamente los otros tres. Así, uno de los deudores pudo haberse obligado a realizar los cimientos de una casa; luego otro, las murallas; el tercero, el techo; y el cuarto, las ventanas. Pero bien podrían las partes pactar indivisibilidad: la casa debe ser entregada en su totalidad, independientemente de que cada uno de los codeudores haya determinado su gestión en el contrato (cimientos, murallas, techumbre, ventanas). En el ejemplo, demandado cualquiera de los deudores distintos de aquel encargado de realizar los cimientos, deberían estos probar que aquel no ha cumplido y ha hecho imposible el cumplimiento de los demás, por lo que podrían excusarse de responsabilidad. Creemos que este es un ejemplo del ámbito de aplicación del art. 1533[2].

Otro tanto resultaría de la obligación indivisible que debe ser cumplida por dos o más codeudores a la vez, supuesto contenido en el artículo 1534. En este caso la ley imputa responsabilidad exclusiva al codeudor que rehúsa o retarda el cumplimiento conjunto (similar en estructura al artículo 1526 N° 3).

En estos casos, nuevamente el tema se desliga de las obligaciones indivisibles, toda vez que habrá un solo codeudor responsable, lo que se aleja de la problemática de la pluralidad de responsables.

Ahora, si varios codeudores hicieran imposible el cumplimiento de la obligación, ni el art. 1533 ni el art. 1534 imputan responsabilidad solidaria (a diferencia del artículo 1526 N° 3, que se tratará a continuación), al codeudor que por su hecho o culpa ha retardado o incumplido la prestación. La ley derechamente hace responsable al deudor incumplidor por el todo, con lo que se asemeja a un caso de solidaridad. Esto se da porque son responsables del todo frente al acreedor y este sabrá que hay dos patrimonios en los que puede hacer efectiva la responsabilidad.

b. Caso del art. 1526 N° 3

Sin embargo, Corral parece no estar de acuerdo completamente con la interpretación que se ha propuesto para el artículo 1533, en el sentido de que la responsabilidad de los deudores indivisibles es de carácter mancomunada. Este autor entiende que si se corrige el “defecto de dicción” del art. 1526 N° 3 (“aquel”, que aparentemente se refiere a un codeudor) permitiría fundar la indivisibilidad de pago de los perjuicios cuando por el hecho o culpa de varios codeudores se hace imposible el cumplimiento de la obligación (2010b, pp. 160-161).

Si interpretamos bien a Corral, este autor entendería que en caso de obligaciones indivisibles todos los codeudores se harían responsables en caso de incumplimiento (siempre que ellos hubieren hecho

imposible el cumplimiento), lo que podría ser también conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1533.

En efecto, dicha norma hace responsable de todos los perjuicios a aquel codeudor indivisible que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación. Entonces, si hay varios codeudores indivisibles que han hecho imposible el cumplimiento, todos ellos se harían responsables de forma solidaria de la obligación de pagar perjuicios.

Según esto, para Corral, el problema de la legitimación pasiva de los perjuicios en caso de deudores indivisibles, debería trasladarse no a las obligaciones mancomunadas, sino a las obligaciones solidarias, con todas sus consecuencias.

Antes de entrar al fondo de la cuestión, resulta necesario destacar que el mismo criterio de imputación de responsabilidad exclusiva se ha ocupado en dos artículos distintos: en el artículo 1526 N° 3 y en el artículo 1533 [2]. En ambos casos se le imputa responsabilidad “solidaria” o “exclusiva” a aquel de los codeudores que haya hecho imposible el cumplimiento de la obligación para los demás.

Asimismo, es importante tener en consideración que el numeral 3° del artículo 1526 se refiere solo a la indemnización de los perjuicios y no al cumplimiento por equivalente. Entonces, de la pretensión de cumplimiento por equivalente, los deudores mancomunados seguirán siendo obligados de la misma forma, pero no necesariamente de la indemnización de los perjuicios⁸.

⁸ Para estos efectos, se parte de la base que indemnización de perjuicios no es lo mismo que el cumplimiento por equivalente. La doctrina nacional no está conteste en qué significa propiamente “indemnización de perjuicios”. La más clásica doctrina entiende que la indemnización de perjuicios es equivalente a decir “cumplimiento por equivalente o por equivalencia. A título de ejemplo, véase: Gatica (1959), p. 11 y ss; Fueyo (2004), pp. 342-343; Meza (2007), p. 119; Barcia (2008), pp. 111-112; Abeliuk (2014), p. 944. Sin embargo, parte de la doctrina no comparte este fundamento, distinguiendo entre el cumplimiento por equivalente (*aestatio rei*), que sería una pretensión de cumplimiento, con la indemnización de perjuicios (*id quod interest*). En este sentido, Bustamante (2005), pp. 105-126; Corral (2010b), pp. 115-179; Peñailillo (2009), pp. 334-338, pero especialmente Baraona (1997), pp. 159 y ss. De hecho, el mismo Baraona ahí sostiene que la norma en comento, es decir el art. 1533 es una de las normas que consagraría positivamente la distinción efectuada. Nosotros somos conformes con esta interpretación, que, de hecho, se ha ocupado para el análisis de la norma en comento. En todo caso, reconocemos que hay un tercer sector de la doctrina nacional, que entiende que la indemnización de perjuicios debe entenderse en un sentido amplio, que en algunas ocasiones incluye el cumplimiento por equivalencia y en otras no. En este sentido se pronuncia Pizarro al hablar de la “doble función de la responsabilidad contractual” (2010), pp. 299-311; y también en un escrito anterior, Vidal (2007, p. 540); y recientemente López (2015) quien funda toda su teoría de la autonomía de perjuicios en sede contractual en esta misma tesis ya sostenida antes por Pizarro y Vidal.

Con todo, creemos que si bien los artículos 1526 N° 3 y 1533 contienen una misma *ratio legis* en el sentido de que hacen responsable a aquel deudor que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación a los demás deudores, se aplican a dos supuestos distintos.

A nuestro entender, la primera norma debe referirse, por su ubicación, a un caso de obligación naturalmente divisible, y por tanto pasivamente mancomunada. Debe recordarse que el artículo 1526 trata casos de “indivisibilidad de pago”: situaciones en que la obligación es naturalmente divisible (con la excepción del N° 6 que se refiere a la indivisibilidad de una elección), pero que la ley ha preferido calificar legalmente la obligación de “indivisible” con efectos muy similares a la solidaridad (Peñailillo, 2003, pp. 332-333).

Entonces, el artículo 1526 N° 3 se referiría a un caso de una obligación divisible en que *uno o más* de los deudores mancomunados hacen imposible el cumplimiento de la obligación por los demás. Si bien ello puede ser excepcional en materia de pluralidad de deudores, cabe hacer presente que la calificación de divisible o indivisible de una obligación no solo recae en el objeto de la obligación según el Código Civil, sino que también las partes pueden dar a un objeto debido la calificación de divisible o indivisible (Peñailillo, 2003, p. 320). Volviendo al ejemplo de los deudores de la construcción de una casa, uno de los deudores pudo haberse obligado a realizar los cimientos de una casa; luego otro, las murallas; el tercero, el techo; y el cuarto, a colocar las ventanas. De esta manera, la obligación será de naturaleza divisible. Pues bien, si el primero incumple (los cimientos), hace imposible el cumplimiento de la prestación, a los otros tres (la construcción de los muros, la techumbre y las

ventanas). Según el artículo 1526 N° 3 solo el obligado a realizar los cimientos sería responsable de todos los perjuicios. Sin embargo, todos son obligados al valor de prestación según su parte o cuota en la deuda si se eligiese la pretensión de cumplimiento por el acreedor, puesto que objetivamente han incumplido frente al acreedor.

Si se está en lo correcto, la norma del artículo 1526 N° 3, no solo imputa responsabilidad exclusiva al deudor mancomunado que ha incumplido, sino que además permite eximirse de responsabilidad a los demás codeudores mancomunados que por su hecho o culpa no han imposibilitado el cumplimiento ya que no son “exclusiva y solidariamente” obligados al pago de los perjuicios según el criterio de la norma en comento.

Ahora, si hay varios deudores mancomunados que han hecho imposible el cumplimiento de los demás, entre estos se justifica que respondan solidariamente del pago de los perjuicios (se trataría de un caso de solidaridad legal)⁹.

Por lo tanto, la situación descrita en el artículo 1526 N° 3 no se refiere a un caso propiamente de indivisibilidad de pago de los perjuicios resolutorios. En el caso en que exista un deudor mancomunado que haga imposible el cumplimiento de la obligación solo este se hace responsable de los perjuicios, y ya no habría una situación de pluralidad de responsables en sentido estricto. Por el contrario, si hay varios de los codeudores mancomunados que hacen imposible el cumplimiento de lo demás, deberá redirigirse el problema a la normativa de las obligaciones solidarias que se tratará con posterioridad.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es conforme con la interpretación a la que nosotros adherimos, es decir, que la indemnización contractual no incluye la pretensión de cumplimiento por equivalente, siguiendo con esto el sector más clásico de nuestra doctrina. Dentro de los fallos más recientes, puede citarse en este sentido: Sociedad Rochet y Rochet S.A con Club Deportivo Unión Española (2006); Navarrete con Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (2008); Plaza con Sociedad Agrícola SACOR Ltda. (2008). A pesar de lo señalado, y tal como se comentará en las próximas líneas, la distinción entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest* no sólo es útil para determinar lo que sería propiamente la indemnización de perjuicios, sino ayuda a entender el supuesto de hecho de varias normas del Código, en especial, la que comentamos y el artículo 1521 que se analizará con posterioridad.

⁹ Por lo tanto, estimamos que no parece justificada la crítica de la doctrina ha efectuado a este artículo. Alguna doctrina ha entendido que estaría demás la expresión “solidariamente” ya que la norma se colocaría en el caso de que un deudor incumpla la obligación. De tal manera que no podría ser solidariamente responsable de sí mismo. Véase, por ejemplo, Meza (2007, p. 87). Sin embargo, este argumento no considera la situación en que exista pluralidad de deudores que hagan imposible el incumplimiento de los demás, de tal manera que ellos sí podrían ser calificados de codeudores solidarios. En este sentido, véase Peñailillo (2003, p. 339).

Puede concluirse, entonces, que en todos los casos de obligaciones indivisibles, la responsabilidad no se rige propiamente por estas reglas, sino que debe reenviarse el estudio a los supuestos de obligaciones simplemente conjuntas y solidarias. Aun en los casos de pluralidad de deudores indivisibles que por su hecho o culpa hacen imposible o retardan el cumplimiento de los demás, se hace innecesaria la categoría de las obligaciones indivisibles para determinar la responsabilidad de los deudores.

Por lo tanto, la legitimación pasiva de la resolución por incumplimiento no juega un papel relevante para el ejercicio de los perjuicios resolutorios en el caso de codeudores indivisibles, toda vez que el problema debe ser reenviado al estudio de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias.

2.2. Mancomunidad pasiva

Luego de haber estudiado el régimen de la resolución y de los perjuicios en materia de indivisibilidad pasiva, nos abocaremos al estudio de la regla general, cual es la mancomunidad.

2.2.1. Ejercicio de la acción resolutoria en caso de mancomunidad pasiva

Como se señaló anteriormente, las tesis de la “divisibilidad” e “indivisibilidad” resolutorias tienen especial aplicación a los casos de mancomunidad pasiva. La tesis de la “indivisibilidad” postula que todos los codeudores mancomunados deben ser demandados de resolución. Por el contrario, la tesis de la “divisibilidad” establece que solo los deudores incumplidores pueden ser demandados de resolución.

El tema dista de ser claro, y las normas del Código tampoco aportan luz sobre esto. Debe tenerse presente que la mancomunidad no fue disciplinada especialmente en la ley por tratarse de la regla general (Meza, 2007, p. 73). En efecto, la solidaridad y la indivisibilidad son tratadas con detalle por el Código como excepciones a la regla general (arts. 1511 y 1524). Más todavía los casos de indivisibilidad de pago (art. 1526), en que la ley impone consecuencias especiales a situaciones que deberían representar divisibilidad y por tanto mancomunidad.

Ahora, también conviene tener presente para los efectos, que se está tratando que la mancomunidad no siempre tiene origen contractual y puede ser derivativa. Por ejemplo, una relación obligatoria de sujeto singular puede derivar en mancomunada por la muerte del deudor cuando existe pluralidad de herederos. La ley no ha dispuesto expresamente este efecto, mas la conclusión se obtiene a partir de su articulado que siempre razona en este sentido: el de la divisibilidad del crédito de pleno derecho entre los herederos (Elorriaga, 2010, p. 598 ss.).

El caso preciso que debe discutirse, entonces, es el de una pluralidad de deudores y que el objeto de la obligación es de naturaleza divisible. Por tanto, la cuestión que hay que resolver es si frente al incumplimiento de cualquiera de los deudores, el acreedor debe pedir la resolución respecto de todos o solo respecto de los incumplidores, y luego, determinar propiamente su responsabilidad. Queda fuera de la problemática el caso de una deuda de sujeto singular, en que posterior al incumplimiento fallece el deudor. Porque condenado el deudor de resolución y perjuicios, esta se transformará en una deuda hereditaria y se liquidará conforme a este régimen. Tampoco cabe confundir esta última situación con el caso del deudor que fallece y transmite la deuda, pero antes del incumplimiento. Como la deuda se divide entonces entre los herederos a prorrata, se presenta de la misma forma que un caso de mancomunidad pasiva originaria.

Delimitado entonces el supuesto de hecho, convendrá tratar el problema del ejercicio de la acción resolutoria en caso de pluralidad de deudores. Dos, a nuestro entender, son las hipótesis que habrá que manejar: 1º) caso en que todos los deudores son incumplidores; y 2º) caso en que coexisten deudores incumplidores con deudores cumplidores.

En el primer caso propuesto, no hay dudas en que el acreedor podrá demandar la resolución respecto de todos, puesto que son todos deudores incumplidores, sin todavía entrar al problema de la distribución del perjuicio resolutorio.

El problema que puede darse es si el acreedor solo demanda a algunos de los deudores y no a todos. Esto se puede presentar ya sea en caso en que todos sean incumplidores, o bien cuando coexistan deudores incumplidores con deudores cumplidores (segunda situación). Recordemos que según la teoría de la “indivisibilidad” antes descrita esto no sería posible puesto que como se recordará, la resolución implicaría un acto de disposición del crédito entendido en el marco contractual completo.

Con todo, el caso planteado no debe dejar de analizarse fuera de una relación contractual bilateral. Imaginemos el caso de un vendedor y tres compradores mancomunados, en el que el precio es de 90. Desde el punto de vista pasivo, hay mancomunidad (la obligación de pagar dinero es divisible), por lo que cada deudor es obligado al pago de 30. Entonces, la pregunta es si el acreedor puede demandar a uno de los deudores de resolución y no a los demás. En principio, desde el punto de vista del efecto extintivo de la resolución, parecen no existir reparos para que se solicite la resolución respecto de unos, y a otros el cumplimiento, pues el acreedor en realidad decidiría la extinción de la obligación solo respecto de algunos. En consecuencia, el acreedor elegiría no ejercer su derecho al pago de la prestación dividida por la mancomunidad de deudores. Y, por la otra parte, el deudor demandado no podrá cobrar cuotativamente el crédito que a su vez tiene en contra del acreedor. Sin embargo, habrá que conceder también que el crédito se mantendría vigente respecto de los demás deudores mancomunados quienes podrán exigir su parte o cuota en el crédito, y lo mismo el único vendedor.

Desde el punto de vista de la explicación general de las obligaciones mancomunadas, esta conclusión resultaría generalmente forzosa, cuando el objeto de la obligación del vendedor también es de naturaleza divisible. Porque mirado desde la perspectiva de la pluralidad de compradores (siguiendo el ejemplo dado), hay también mancomunidad activa. Entonces, si lo que se venden son 90 objetos fungibles a un precio también de 90 (1

la unidad) el acreedor tiene derecho a reclamar 30 de cada uno, y si no cumple uno de los compradores, no se ve inconveniente que se demande la resolución respecto de uno de ellos. Es más, podría acudir al mercado para realizar una operación de reemplazo sólo por la parte incumplida.

Más problemático se presenta el caso en que la obligación del vendedor es indivisible, como la entrega de un objeto determinado¹⁰. Si bien el precio que se paga es de naturaleza divisible, habrá también que conceder que desde el otro lado de la relación obligatoria se configura un caso de indivisibilidad activa. Luego, si uno de los compradores no paga su parte del precio (30), ¿puede pedirse la resolución solo respecto de ese codeudor? Si se observa ahora la cuestión desde el efecto extintivo de la resolución, claramente el acreedor no será obligado a entregar la cosa al comprador incumplidor, y tampoco podrá cobrar la división cuotativa del precio. Sin embargo, como quedaría vigente el resto de las obligaciones, el vendedor estaría obligado todavía a la entrega de la cosa total al resto de los compradores (art. 1527, parte final), pero ellos quedarían obligados solo a la parte del precio que se divide de manera mancomunada (30 cada uno). En este caso, al acreedor no le convendría una resolución parcial subjetiva, por lo que podría demandar a todos de resolución.

Entonces, sin suscribir tesis de la “divisibilidad” resolutoria (por lo menos en los términos planteados por la doctrina), es posible sostener que la solución al problema está en los incentivos legales para el ejercicio de la acción según la naturaleza de las obligaciones bilaterales. Así, cuando hay un caso de mancomunidad pasiva, pero en que ambas obligaciones son de carácter divisible, el acreedor podría optar por una resolución parcial subjetiva y esta elección no perjudicaría a ninguno de los demás deudores no demandados. Por el contrario, cuando la obligación del acreedor es indivisible, probablemente no le convendrá la opción por la resolución parcial subjetiva, y por tanto debería demandar a todos.

¹⁰ No la transferencia del dominio que es propiamente divisible.

Puede ser, en todo caso, que en el supuesto de obligaciones recíprocas divisibles, tanto al acreedor como a la pluralidad de deudores no le interese una resolución parcial subjetiva, puesto que puede existir interés en el cumplimiento íntegro de la obligación del acreedor. Así por ejemplo, al vendedor podría no interesarle mantener el contrato respecto de dos de los vendedores. Luego, para evitar esta situación, nada impide que se pueda pactar expresamente una “indivisibilidad” resolutoria. Las normas de resolución son supletorias de la voluntad de los contratantes, por lo que no se ven objeciones a un pacto de estas características.

2.2.2. Indemnización de los perjuicios resolutorios en caso de mancomunidad pasiva

Si se está en lo correcto, esto es, que es posible una resolución parcial subjetiva en caso de mancomunidad pasiva, la indemnización de los perjuicios resolutorios puede calcularse independientemente respecto de cada deudor mancomunado.

Volviendo al ejemplo de la venta de 90 bienes determinados a tres compradores por un precio de 1 cada uno, en el que solo uno de los codeudores incumple la obligación del pago del precio, entonces no se ven problemas para que pueda calcularse la indemnización resolutoria de forma independiente respecto de cada uno de los deudores demandados.

Ahora, cuando el acreedor decida demandar a todos y sea procedente la indemnización, habría que calcular esta de acuerdo a la parte incumplida por cada uno de los deudores, y efectuar cálculos separados.

2.3. Solidaridad pasiva

Por último, queda la tercera clase de pluralidad de sujetos, la solidaridad pasiva. Siguiendo el mismo esquema anterior se analizará el ejercicio de la acción resolutoria, para luego analizar el problema de los perjuicios.

2.3.1. Ejercicio de la acción resolutoria en caso de solidaridad pasiva

En un contrato bilateral puede establecerse que los deudores adquieran el carácter de solidarios. Por ejemplo, en un contrato de compraventa en que el precio debe ser pagado por los tres compradores *in solidum*.

La cuestión que primeramente debe analizarse es si frente al incumplimiento de cualquiera de los codeudores solidarios debe demandarse a todos los codeudores o bien solo puede demandarse a alguno de ellos de resolución. La cuestión, al igual que en la mancomunidad pasiva, tiene importancia para determinar cuál es su responsabilidad (en sentido estricto) por los perjuicios resolutorios.

Se ha señalado hasta esta parte que la solución en las obligaciones mancomunadas es que cada deudor debe ser demandado independientemente de resolución por incumplimiento, y asimismo, responde por su parte o cuota en la deuda.

Sin embargo, la misma solución no es fácilmente traspasable a un caso de solidaridad pasiva, toda vez que existe precisamente un pacto de solidaridad en que los deudores (solidarios) no se han obligado a una parte de la deuda, sino que se han obligado al pago total de la misma.

Por tanto, la pregunta es si debe demandarse a todos los codeudores solidarios de resolución o no, y según las respuestas que se den a esta pregunta, se hace necesario determinar cómo responden los codeudores solidarios.

a. Función de caución de la solidaridad pasiva y su relación con la resolución por incumplimiento

Cabe considerar que la solidaridad pasiva no es solamente una modalidad que puede tomar las obligaciones en caso de pluralidad de sujetos, sino que representa la caución personal más importante: permite exigir el total de la obligación al deudor que se ha obligado como tal, tenga o no interés en la deuda.

Lo anterior es digno de ser tenido en consideración, ya que el acreedor tiene varios patrimonios en los cuales puede hacer efectiva la acción de cumplimiento, incluso forzado. En todo caso, debe tratarse de una obligación de carácter divisible, puesto que de lo contrario, a pesar de un pacto de solidaridad, la obligación torna en indivisible, como se desprende de los artículos 1521 y 1524.

Es bastante claro que la solidaridad se extiende por lo menos en lo tocante a la acción de cumplimiento. La misma ley señala que en caso de solidaridad “*puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda*” (art. 1511) [La cursiva es nuestra].

La cuestión que queda por resolver es qué sucede en el caso en que el acreedor no decida hacer uso de su opción de cumplimiento sino de la facultad resolutoria contenida en el artículo 1489, con perjuicios. ¿Cumple la solidaridad la misma función de caución frente a la resolución por incumplimiento, particularmente de la indemnización de los perjuicios?

b. Ejercicio de la acción resolutoria en contra de codeudores solidarios

A pesar de que la ley nada dice sobre el particular, parece que la mecánica propia de la solidaridad pasiva sería contraria a una divisibilidad resolutoria. Por ejemplo, si por la obligación del pago del precio en una compraventa existiesen tres codeudores solidarios incumplidores, el acreedor debería solicitar la resolución del contrato respecto de todos y no solamente respecto de un deudor incumplidor.

La cuestión se presenta de forma distinta que en la mancomunidad para aquella teoría que sigue la divisibilidad resolutoria. Si se admitiese la divisibilidad resolutoria, habría que aceptar que cuando el acreedor solicite la resolución del contrato en contra de uno de los codeudores solidarios, la solidaridad se mantendría respecto de los demás codeudores y, por tanto, el

acreedor podría exigir el cumplimiento total de la obligación a los demás.

Sin embargo, una solución como la enunciada nos parece que no es correcta. Tratándose de cualquiera de los codeudores solidarios, no debe hablarse del incumplimiento de una de las obligaciones, sino más bien del incumplimiento de todos los codeudores¹¹. Cuando un codeudor incumple, lo hacen también los demás (siempre que estén obligados al mismo plazo o condición). Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la mancomunidad pasiva en que existe pluralidad de prestaciones debidas, en la solidaridad hay una sola prestación debida por dos o más deudores y por el total de ella, no siendo admisible la divisibilidad en el pago¹².

Por ello resultaría del todo extraño que se pudiera demandar separadamente a uno de los codeudores de resolución (con perjuicios) y a los demás por el cumplimiento, a diferencia de lo que pudiera ocurrir en un caso de mancomunidad pasiva si se siguiera la tesis de la divisibilidad resolutoria.

2.3.2. Indemnización de los perjuicios resolutorios en caso de solidaridad pasiva

Entendiendo que debe demandarse a todos los codeudores solidarios de resolución ya que el incumplimiento de uno de ellos acarrea el incumplimiento de los demás, cabe entonces abocarse al problema de los perjuicios resolutorios. La pregunta es la siguiente: ¿responden los codeudores solidarios de la acción por perjuicios resolutorios, asimismo, de forma solidaria? Dicho de otra manera: ¿se mantiene la solidaridad para los efectos de los perjuicios resolutorios?

a. La distinción legal entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest* y la responsabilidad solo del deudor “culpable o moroso”

El Código Civil contiene una norma que regula aparentemente de forma suficiente el tema. Esta es el artículo 1521: “Si la cosa perece por culpa o durante

¹¹ En el mismo sentido Clemente (1998, p. 293). Así también se ha pronunciado la Corte Suprema en una oportunidad: Ramírez con Ruíz Tagle (1953).

¹² Por todos: Peñailillo (2003, p. 254).

la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso”.

La norma hace una distinción importante: distingue entre la obligación perpetuada y la indemnización de los perjuicios, siguiendo la regla general del artículo 1672 (Baraona, 1997, p. 159). Así, la parte primera del artículo en comento claramente mantiene la solidaridad sobre la obligación perpetuada por el incumplimiento de los codeudores solidarios. Nótese que la ley mantiene la solidaridad porque en realidad a lo que se está refiriendo esta parte del precepto es a la ejecución por equivalencia de la prestación debida: “el precio”. Empero, el supuesto debe extenderse no solo a los casos de perecimiento de la cosa, sino también a otros supuestos de incumplimiento contractual (Somarriva, 1943, p. 65, n. 80).

En cambio, respecto de la indemnización de los perjuicios, el legislador ha preferido guardar otra regla: solo se hace responsable el “deudor culpable o moroso” del perecimiento de la cosa.

b. ¿Quién es el codeudor solidario “culpable o moroso” del art 1521?

Se ha señalado unas líneas atrás que en caso de solidaridad, el incumplimiento de uno de los deudores solidarios, es en realidad incumplimiento de todos. Según lo dicho, en principio, todos los codeudores solidarios serían culpables o morosos, puesto que el incumplimiento de uno de los codeudores acarrearía el incumplimiento de los demás.

Sin embargo, si esta fuera la solución, entonces el artículo 1521 estaría de más. En efecto, hubiera bastado con que la primera parte del artículo hubiera establecido el mantenimiento de la solidaridad tanto para el valor de prestación (la obligación perpetuada) como de la indemnización de los perjuicios. No obstante, la segunda parte del artículo reduce el campo de aplicación de la acción por perjuicios respecto de los codeudores “culpables” o “morosos”. No son todos responsables, sino solamente aquel o aquellos que puedan ser

calificados como tal o tales.

Esto permite sostener que en la solidaridad el incumplimiento de al menos uno de los codeudores solidarios puede ser calificado de culpable o moroso y excluya la responsabilidad de los demás.

La distinción no deja de ser interesante, puesto que la ley ha colocado dentro de la esfera de los riesgos patrimoniales de todos los codeudores solidarios solo el valor de prestación, mas no los perjuicios, que se imputarán a un deudor específico: el culpable o moroso.

La norma, por tanto, distingue dos hipótesis en las que un codeudor solidario se hará responsable por los perjuicios: aquel que ha incumplido el contrato con culpa (1) y, el que se ha constituido en mora (2).

i. El codeudor solidario “culpable”

Según el tenor literal del art. 1521, el deudor “culpable” será aquel que se le pueda imputar el perecimiento de la cosa. La norma está pensada, por lo tanto, para el caso de deuda solidaria de objetos específicos, puesto que si la deuda solidaria fuera de género el art. 1521 no es aplicable (el género no perece). Más todavía, debe tratarse de objetos específicos divisibles, porque de lo contrario la obligación tornaría en indivisible.

Entonces, frente al perecimiento de la cosa debida solidariamente, el art. 1521 operaría de la siguiente forma: a) el acreedor demandará a todos los codeudores solidarios por el precio y la indemnización de los perjuicios (si se tratase de cumplimiento); b) aquellos codeudores solidarios que estimen que no han provocado el perecimiento de la cosa se defenderán señalando que solo serán obligados al “precio”, mas no a la indemnización de los perjuicios; c) el tribunal deberá determinar quién es el codeudor solidario a quien debe imputarse el perecimiento de la cosa para la condena de perjuicios.

Ahora, frente a las dificultades probatorias de quién es este codeudor “culpable” del perecimiento, debe aplicarse el art. 1671: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”. Debida la cosa solidariamente por

todos los codeudores solidarios, debe presumirse que todos la han incumplido. De aquí es que hay un principio de responsabilidad solidaria respecto de todos los codeudores solidarios.

Entonces, si todos los codeudores solidarios fueren legalmente responsables, la presunción de perecimiento culposo se les aplicaría a todos por el solo el hecho del incumplimiento de cualquier codeudor solidario. La consecuencia a la que pudiera llegarse en este supuesto es que la indemnización sería debida por todos los codeudores, por el total. Si así fueren las cosas, importaría poco pensar que se traspasaría la solidaridad a la indemnización (en los efectos externos de la solidaridad, por lo menos), porque los codeudores solidarios serían responsables por el todo.

Por lo tanto, cabrá cuestionarse cuáles son los posibles casos en que los codeudores solidarios pueden escapar a la presunción del art. 1671.

En primer lugar, es posible teorizar sobre casos en que algunos codeudores solidarios hayan incumplido la obligación (el perecimiento), y otros que no. Particularmente nos referimos a aquellos casos en que los codeudores solidarios se encuentran obligados a plazos o condiciones distintos, cuestión que es admitida por nuestro Código (art. 1512). En tal caso, es lógico que aquellos codeudores cuya obligación no sea actualmente exigible al tiempo del perecimiento no sean responsables de ello.

Bien también cabe pensar en aquellos casos en que se produce imposibilidad inimputable del deudor (caso fortuito), pues en tal caso, si bien hay objetivamente incumplimiento, no habría la imputabilidad exigida por la norma (Caffarena, 1980, p. 362).

Sin embargo, no deja de ser relevante que la ley imputa responsabilidad solo a los codeudores culpables, lo que hace presumir que, frente a un incumplimiento contractual

de uno de los codeudores, podría presentarse la hipótesis de concurrencia de codeudores culpables y no culpables a pesar de las excepciones que hemos mencionado. De lo contrario la norma no tendría sentido, ya que hubiera bastado con el establecimiento de las normas generales.

ii. El codeudor solidario “moroso”

Otro tanto sucede con la mora del deudor. En principio, según la opinión generalizada de los autores, la constitución en mora de uno de los codeudores solidarios acarrea la constitución en mora de los demás¹³. Pero nuevamente argumentamos que el Código solo imputa responsabilidad a algunos de los codeudores y no a todos (solo al codeudor “moroso”).

Se recordará que la mora del deudor, dentro de varios efectos, tiene la virtud de colocar el riesgo del perecimiento de la cosa en manos del deudor, de tal suerte que aun frente a un caso fortuito, la obligación se perpetúa¹⁴. De esta manera, el caso fortuito sobrevenido durante la mora del deudor no extingue la obligación (Abeliuk, 2014, pp. 976-977). Por lo tanto, estando todos los codeudores obligados a plazos idénticos (art. 1551 N° 1 y 2), o bien ya interpelados judicialmente (art. 1551 N° 3), si acaece un caso fortuito que produce el perecimiento de la cosa, entonces, se hacen responsables de los perjuicios. Consiguientemente, no serán responsables aquellos codeudores cuyo plazo no había vencido al momento del acaecimiento del caso fortuito, o bien, en los demás casos cuando no habían sido interpelados de pago.

En conclusión, si la ley ha imputado responsabilidad solo a algunos de los codeudores solidarios (el “culpable o moroso”), es necesario determinar qué codeudores solidarios pueden hacerse responsables por la culpa o mora en el incumplimiento, lo que supone precisamente que hay codeudores que no responden por los perjuicios en la técnica del Código.

De lo anterior se deduce que no todos los codeudores solidarios son garantes de la actuación de los demás

¹³ Por todos, Peñailillo (2003, pp. 286-287).

¹⁴ Para un repaso histórico del efecto perpetuador, véase Díez-Picazo (1996, pp. 81-82).

codeudores por la indemnización de perjuicios, sino solamente limitados al valor de prestación (Peñailillo, 2003, p. 283)¹⁵. En esto sigue el Código a Pothier¹⁶, al (hoy antiguo) Código Civil francés (art. 1205)¹⁷, y al proyecto de García Goyena (art. 1165)¹⁸. Asimismo, esto se diferencia de lo que sucede en el derecho español y argentino en que se obliga y hace responsables a todos los codeudores solidarios por el incumplimiento (Caffarena, 1980, pp. 368-369).

c. Incidencia de la distinción entre codeudor solidario interesado y no interesado para la responsabilidad del deudor culpable o moroso de art. 1521: la exclusión del codeudor solidario “no interesado”

Para la determinación de aquellos codeudores solidarios que sí se hacen responsables por la indemnización de perjuicios y aquellos que no, puede acudirse a la distinción entre codeudor “interesado” y codeudor “no interesado”. Si bien todos se *obligan* solidariamente, los segundos concurren garantizando la obligación prestando su patrimonio para la seguridad de a quien verdaderamente le interesaba el crédito. La ley ha regulado los efectos entre estos codeudores solidarios en el art. 1522, que es el artículo posterior al supuesto que se viene analizando (art. 1521).

El artículo 1522, en principio, se refiere solo a los efectos ulteriores al pago de una obligación por un codeudor solidario. Y así, si paga un codeudor interesado, se subroga el en el crédito, pero se extingue la solidaridad (inc. 1°), y podrá redirigirse contra los demás codeudores interesados por su parte o cuota en la deuda. Sin embargo, si hubieren concurrido además codeudores no interesados, estos son reputados como fiadores (inc. 2°).

La norma en comentario hace una distinción aclarando que el codeudor solidario no interesado no tiene parte o cuota en la deuda, puesto que solo ha concurrido a la deuda para caucionarla. En efecto, solo presta su patrimonio para la seguridad de una deuda ajena, al igual que el fiador, con la diferencia de que se *obliga* por el total de la misma sin excusión ni división (el fiador goza del beneficio de excusión y de división). La cuestión es si este codeudor no interesado, además de estar *obligado* a la deuda (o al valor de prestación, “el precio”), es además *responsable* por la misma (a la indemnización de los perjuicios).

De la regulación del Código aparece claro que el codeudor solidario no interesado es por lo menos obligado a la prestación. En efecto, el acreedor gozará de la acción

¹⁵ Sin embargo, la norma no ha estado exenta de críticas: Somarriva (1943, pp. 64-66).

¹⁶ Explicaba Pothier en su *Tratado de las Obligaciones* la regla que se viene comentando: “Adviértase el hecho, la culpa o la tardanza de uno de los codeudores solidarios obliga en realidad á los demás *ad conservadam et perpetuandam obligationem*, en cuanto a no quedan libres de su obligación por la pérdida de la cosa, y deben pagar su valor; y por esto dice la ley *punult. ff. de deubus rei: alterius factum alteri quoque nocet*: pero no es menos cierto que esta culpa, hecho o tardanza no puede perjudicarles *ad augendam ipsorum obligationem*, es decir, que en cuanto á los daños y perjuicios que puedan resultar de la falta de cumplimiento de la obligación ultra del valor de la cosa debida, no hay otro obligado que aquel que ha cometido la culpa ó tardanza. La obligación del otro ú otros deudores que no han cometido falta alguna ni incurrido en demora puede perpetuarse, pero en manera alguna aumentarse; y por esto si bien deben pagar el valor de la cosa que ha perecido, nada tienen que ver con los daños y perjuicios que la culpa o tardanza del otro haya podido acarrear, y por lo mismo este será el único obligado á su reparación. En este sentido dice la ley 32 *Spenuit. ff. de usuris: Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet*” (1839, §274).

¹⁷ Art. 1205 Código Civil Francés: “Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts.

Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure”.

¹⁸ Decía el comentario de García Goyena al art. 1165 de Proyecto: “Sería injusto que la falta o mora de uno de los codeudores aprovechara a los otros para libertarse de la obligación y enriquecerse; pero no lo sería menos que les perjudicase para agravarla.

Así es como se esplica [sic] y concilia con las leyes citadas la 18, título 2, libro 45 del Digesto: *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet*: daña para perpetuar la obligación, no para aumentarla o gravarla. Podrá, pues, el acreedor el acreedor pedir el precio de la cosa a los otros co-deudores, salvo el recurso de estos contra el culpable ó moroso, pero no los perjuicios é intereses que constituyen una nueva obligación tan personal como lo es la culpa ó la mora.

Sin embargo, cuando se ha estipulado expresamente el resarcimiento de perjuicios é intereses para el caso de inejecución ó falta de cumplimiento, la responsabilidad debe ser mancomunada [debe entenderse solidaria, puesto que García Goyena llamaba mancomunidad a la solidaridad], salvo el recurso de los inculpables contra el moroso ó culpable.

Yo tengo por legal y justa esta opinión, y como arreglada a la voluntad e intención de las partes” (1852, III, p. 100).

de cumplimiento en contra de este como de cualquier codeudor solidario, y el no interesado no goza ni de los beneficios de excusión ni de división propios del fiador.

De su estatuto de codeudor solidario, puede el acreedor ejercer la acción resolutoria en contra de este. Sin embargo, el problema es si resulta *responsable* por los perjuicios resolutorios, ya por su propio incumplimiento, ya por el incumplimiento de un codeudor interesado.

A nuestro entender, este codeudor no interesado debería tener un estatuto similar tanto al fiador como al tercer poseedor de un bien prendado o hipotecado, salvo que a diferencia de estos dos últimos casos el codeudor solidario no se obliga *propter rem* (como en la prenda y en la hipoteca) sino con todo su patrimonio.

En los casos descritos recientemente, tanto el fiador como el tercer poseedor de la cosa prendada o hipotecada son responsables por la prestación, no por la indemnización de los perjuicios. Así, el fiador se obliga a la prestación en los mismos términos del deudor principal, pero subsidiariamente a él. La relación entre acreedor y fiador (en este sentido directa), no dice relación con la acción de perjuicios resolutorios, ya que lo que garantiza el fiador es el *cumplimiento* (oportuno, ex art. 2347) de la obligación¹⁹. Pero de los perjuicios que derivan de la resolución no debiera responder, ya que no es el deudor del contrato que da lugar precisamente a la resolución. Otro tanto sucede con el tercer poseedor de la cosa prendada o hipotecada. La caución garantiza el cumplimiento (también oportuno) de la obligación, mas no la indemnización de los perjuicios *compensatoria* (art. 2402).

A nuestro entender, en la misma situación se encuentra el codeudor no interesado. Si bien el Código nada dice sobre el particular, la aplicación práctica del artículo 1522 del Código Civil permite sostener que el codeudor solidario no interesado no se hace responsable por los perjuicios resolutorios.

Si se relaciona el supuesto de hecho preciso del art. 1521 con el artículo 1522, se llega a esta conclusión. Debe recordarse que el art. 1521 solo imputa responsabilidad *solidaria* por el *precio* no por la indemnización de los perjuicios, de la que solo responde el deudor culpable o moroso. Luego, en un caso de una prestación solidaria de una cosa divisible pueden existir deudores solidarios interesados y deudores solidarios no interesados. Ahora, imaginemos que perece la cosa divisible en manos de un codeudor solidario interesado (deudor culposo). En este caso, el acreedor tendrá la acción por el precio contra todos los deudores solidarios (art. 1521). Sin embargo, la acción de perjuicios solo la podrá ejercer en contra del codeudor "culpable". ¿Son los codeudores solidarios no interesados "culpables" del perecimiento de la cosa? Si la ley los reputa como fiadores, para sus efectos internos (art. 1522), por expresa disposición de la ley debe entenderse que responden solo del cumplimiento oportuno de la obligación (art. 2347). Es decir, deben el precio y la indemnización moratoria (el accesorio). En esto habría correspondencia.

Pero ¿si el acreedor decidiera optar por la resolución? ¿Responden de estos perjuicios los codeudores solidarios no interesados? En primer lugar, cabrá señalar que no hay responsabilidad solidaria por el precio, puesto que no es parte de la pretensión del actor. El problema que queda por resolver es el de los perjuicios resolutorios.

¹⁹ Al opinar sobre la disposición, Somarriva no es del todo preciso para un caso de resolución con perjuicios: "Por ser un accesorio a la deuda, se entiende que el fiador también responde al acreedor de la indemnización de perjuicios ya sea por el incumplimiento o por el incumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor" (1943, p. 121). Sin embargo, creemos que piensa en la indemnización de perjuicios que sigue a la pretensión de cumplimiento, puesto que la obligación del fiador debe consistir en el pago de una suma de dinero (pp. 107-108). Por esta razón, es que si la fianza es limitada, solo responde hasta la limitación, excluidos los perjuicios moratorios (intereses) (pp. 123-124). Por el contrario, si la fianza es ilimitada, respondería de los perjuicios moratorios como accesorios al valor de prestación. En esto el Código siguió al CCFra en su antiguo art. 2016 (hoy art. 2293), que establece el mismo criterio. Esto se desprende de una nota expresa que Bello dejó al art. 2347 en comentario, en que también dejó constancia de haber seguido a Rogron, Delvincourt y Pothier. Con todo, ni de las lecciones de Pothier (1839, §§ 405-406), Delvincourt (1825 VII, p. 346), ni Rogron (1843, p. 492), se desprende un caso claro de resolución con perjuicios.

Hay, sin embargo, un argumento de texto que permite sostener que el fiador no responde por los perjuicios resolutorios: según el tenor literal del art. 2347 la fianza se extiende a los accesorios de la deuda, y la indemnización por los perjuicios resolutorios no lo es.

Entendiendo que concurren codeudores solidarios *interesados* y *no interesados*, solo los primeros tienen deber de prestación, no los demás que vienen solo en caucionar la obligación (por el precio).

Estimamos, entonces, que estos codeudores por tanto deben excluirse de la indemnización resolutoria. El acreedor, antes de ejercer el remedio debería tener en consideración la distribución de riesgos que apareja el ejercicio del mismo: si le es más conveniente ejercer la pretensión de cumplimiento *solidariamente* en contra de todos los codeudores solidarios (interesados o no), o bien la resolución con indemnización y solo esta última contra los codeudores solidarios interesados.

Para confirmar la hipótesis, se propone ahora colocar otro ejemplo en el que no exista perecimiento de la cosa. Es posible afirmar que se produce el mismo resultado teórico. Imagínese, para estos efectos, un contrato de compraventa en que el precio (100) se debe solidariamente por cuatro codeudores solidarios, dos interesados y dos no interesados. Si pagara un codeudor no interesado, se subroga en los derechos del acreedor (art. 1610 N° 3), por lo que conservaría la acción de cumplimiento como la acción resolutoria en contra de los demás codeudores solidarios (art. 1612, conserva “todas” las acciones). Sin embargo, a este respecto debería ser aplicable el artículo 1522 que se coloca en la situación en que un codeudor solidario no interesado pague la deuda. Se subroga en los derechos del acreedor, y puede ejercer la acción resolutoria en contra de los demás codeudores solidarios (principalmente le puede ser útil por el efecto restitutorio de la resolución más la indemnización de los perjuicios, que podría ser más conveniente que la acción de cumplimiento). No hay duda de que puede ejercer la acción de perjuicios resolutorios en contra de los codeudores solidarios interesados. ¿Y respecto del codeudor solidario no interesado?

La respuesta creemos que debe ser negativa por dos razones. Primero, porque la ley califica al codeudor no interesado como fiador, de tal manera que *no respondería* por los perjuicios de esta clase, sino solo por

los moratorios (art. 2347). Y en segundo lugar, porque no sería culpable o moroso. La calificación de fiador de este codeudor solidario no interesado lo excluye de las consideraciones de la culpa y de la mora (propias de la responsabilidad contractual), ya que únicamente se obliga al cumplimiento de la obligación (solidariamente).

Por tanto, a nuestro entender, los codeudores solidarios no interesados no se hacen responsables de los perjuicios resolutorios ya que no puede calificárseles de deudores “culposos o morosos” en los términos del artículo 1521 parte final.

Puede objetarse a nuestra postura, señalando que la distinción entre codeudor solidario interesado y no interesado se aplica solo a los efectos *internos* de la solidaridad (entre los propios codeudores, de *contribución* a la deuda), más no a los efectos *externos* de la solidaridad (entre los codeudores y el acreedor, de *obligación* a la deuda). Sin embargo, es posible que el acreedor tenga noticia de la calidad de los codeudores por el contrato, ya sea porque expresamente así se ha pactado en el contrato, o bien, porque de la naturaleza de la obligación caucionada se desprende la calidad de codeudores no interesados. A falta de pacto contractual, debe entenderse desde el punto de vista *externo* de la solidaridad que todos los codeudores solidarios deben ser considerados como *interesados*.

Para graficar el planteamiento se propondrá como ejemplo dos sentencias en que se ha condenado a los perjuicios resolutorios a los codeudores solidarios. Sin embargo, se sostendrá que solo el primero de los casos fue correctamente fallado por la Corte Suprema, en cambio el segundo no lo fue, porque desconoció a los codeudores solidarios no interesados.

El primero de los casos que es posible traer a colación es Zamora con Atalah y otros (2002). Este pleito resolutorio tiene su origen en el incumplimiento de los promitentes compradores (obligados solidariamente) de pagar el adelanto del precio en una promesa de compraventa. La Corte Suprema termina en este caso

condenando solidariamente al pago de los perjuicios resolutorios, que consistieron básicamente en perjuicios extrapatrimoniales.

El segundo de los casos es Fisco de Chile con Descouvieres y otros (2004). El pleito resolutorio tuvo origen por el incumplimiento de un becario de su obligación de realizar la práctica obligatoria que exigía precisamente su contrato de beca. Razón por la que el Fisco de Chile decide instar la resolución del contrato de beca, y exigir a título de perjuicio resolutorio el valor total de las cantidades pagadas al becario, pero también contra los dos codeudores solidarios del becario, avalistas en los pagarés firmados en virtud del contrato.

Tienen en común los casos enunciados, que hay sujetos que se han *obligado* solidariamente al pago de una suma de dinero. En Zamora, al adelanto del precio de un contrato de promesa de compraventa; y en Fisco de Chile, al pago de una suma contenida en un pagaré. Con todo, la calidad de los deudores es distinta y claramente identificable en el pacto contractual. En Zamora, los demandados pactaron solidaridad como deudores del adelanto del precio en su calidad de promitentes compradores. Es decir, eran codeudores a los que les interesaba el negocio: codeudores solidarios interesados. En cambio, en Fisco de Chile solo el deudor principal, el becario demandando, es codeudor solidario interesado. Del pagaré firmado anexo al contrato de beca resulta claro que los demás, los avalistas, a los que la sentencia los califica de deudores solidarios, serían claramente *no interesados*: solo concurrieron al pacto contractual garantizando el deber de cumplimiento del deudor principal (la beca).

Probablemente, el yerro de la Corte Suprema en la condena solidaria de los avalistas en Fisco de Chile se vio ayudada por la confusión entre el efecto restitutorio de la resolución (la devolución de los dineros pagados al becario en virtud del contrato de beca) y la indemnización de los perjuicios resolutorios²⁰. Ahora, si se despeja el error conceptual en el que incurrió el fallo, la pregunta

sigue vigente: ¿tienen legitimación pasiva de la acción por perjuicios resolutorios estos avalistas (codeudores solidarios)? Creemos que no. Imagínese que uno de los avalistas hubiese pagado el importe del pagaré al acreedor. Si su situación fuere regida por la de las obligaciones solidarias, habría que conceder que el avalista se subroga en los derechos del acreedor. Entonces, se produciría la situación en que podría exigir el cumplimiento del contrato (su equivalencia, el monto consagrado en el pagaré), o bien la resolución del contrato. Mas, en este caso el único culpable o moroso puede ser el becario incumplidor, no el otro avalista quien por el carácter no fungible de la obligación del becario (realizar la práctica profesional) no puede cumplir la obligación. Por esta razón, estimamos que por aplicación de los arts. 1521 y 1522 solo pueden ser deudores “culpables” o “morosos” los codeudores solidarios *interesados*, puesto que solo ellos pueden dar cumplimiento a la obligación. No los codeudores solidarios *no interesados*, quienes solo caucionan el cumplimiento y los perjuicios anexos a dicha pretensión (moratorios).

A pesar de la exclusión de responsabilidad del deudor solidario *no interesado* por los perjuicios resolutorios, es posible extenderla por pacto contractual expreso a esta indemnización. Nada impide que a través del pacto contractual se pueda hacer responsable al codeudor solidario no interesado de forma solidaria. De esta manera, la estipulación de esta cláusula se asemejaría mucho a una cláusula penal constituida por un tercero establecida expresamente para el caso de resolución²¹.

d. ¿Se mantiene la solidaridad en la responsabilidad por los perjuicios resolutorios tratándose de codeudores interesados?

Como ya se ha señalado, solo están legitimados para ejercitar la acción por los perjuicios resolutorios en contra de los codeudores solidarios interesados, quienes responden ex art. 1521 del Código Civil. Ahora cabe resolver si la indemnización por la que son responsables estos codeudores se mantiene de forma solidaria, o bien, si se debe de forma simplemente conjunta.

²⁰ Sobre esta distinción, véase Contardo (2015, pp. 171-191).

²¹ Sobre la cláusula penal para un caso de resolución véase especialmente Corral (2010a, p. 258 ss.).

Por lo pronto, tiene solamente interés el apartado en caso de pluralidad de codeudores interesados, toda vez que no tendrá importancia en caso en que exista *un* codeudor solidario, ya que nada solidariamente deberá.

La respuesta, a nuestro entender, es que la indemnización por los perjuicios resolutorios dependerá de la conducta que desplieguen los codeudores interesados.

i. Caso de pluralidad de codeudores solidarios interesados que hagan imposible el cumplimiento de la obligación respecto de otros codeudores solidarios

Se trata del caso ya analizado del artículo 1526 N° 3.

Si bien el caso naturalmente se aplica a las obligaciones mancomunadas, no vemos razones para que no pueda ser aplicado a un caso de solidaridad. Es necesario recordar que según este artículo todos los deudores se hacen responsables de la indemnización por el todo. Y, llegando a la conclusión que para los efectos externos los codeudores mancomunados son solidariamente responsables (“es exclusiva y solidariamente responsable”), deberían todos los codeudores que hacen imposible el cumplimiento de los demás, ser responsables también solidariamente. Es decir, en este caso, la solidaridad se mantendría para los efectos de la indemnización, solo respecto de los codeudores que hacen imposible el incumplimiento de los demás.

ii. Caso de pluralidad de codeudores solidarios

interesados que no hagan imposible el cumplimiento de la obligación respecto de otros codeudores solidarios

Este caso sería la regla general. Se trata de la situación en que existirían varios codeudores solidarios interesados, y ellos no han cumplido sus obligaciones. No se trata de la situación descrita en el apartado anterior, sino que hay inactividad de los codeudores en el cumplimiento, pero no implica la imposibilidad de cumplimiento de los demás.

Cabe de nuevo recordar que el Código chileno siguió sobre el particular las enseñanzas de Pothier, al Código Civil Francés y a García Goyena, a diferencia de otros códigos que prefirieron mantener la solidaridad para efectos indemnizatorios de manera expresa.

Si el incumplimiento de uno de los codeudores solidarios interesados acarrea el incumplimiento de los demás codeudores solidarios, entonces, son todos los codeudores solidarios interesados culpables o morosos del incumplimiento, y en consecuencia, responsables ex art. 1521.

También cabe hacer presente, al igual que en lo que sucede en el art. 1526 N° 3, que la ley no ha establecido un mantenimiento de la solidaridad para el caso de los perjuicios, sino sólo de la acción de cumplimiento (art. 1521, parte 1ª). Sin embargo, al acreedor le será indiferente si la obligación es solidaria o no, puesto que podrá cobrar el total de los perjuicios respecto de todos.

Conclusiones

A partir de lo expuesto en los apartados precedentes, arribamos a las siguientes conclusiones:

1. Frente a la situación de pluralidad de deudores, la doctrina nacional no está conteste si la resolución del contrato debe provocarse respecto de todos ellos (la “indivisibilidad resolutoria”), o bien puede provocarse respecto de alguno de ellos (la “divisibilidad resolutoria”). Dependiendo de la tesis que se siga, se presentan importantes consecuencias en lo tocante a cómo se distribuye el perjuicio resolutorio.

2. Sin embargo, para el análisis del problema presentado, conviene distinguir entre los casos de

indivisibilidad, solidaridad y mancomunidad pasiva, puesto que no en todos los casos resulta forzoso demandar a todos los codeudores de resolución por incumplimiento, y por tanto, no existe una regla uniforme para la distribución del perjuicio resolutorio en los casos de pluralidad de deudores.

3. Tratándose de la indivisibilidad pasiva, por aplicación del art. 1533 del Código Civil, el problema de la distribución del perjuicio resolutorio debe reconducirse al de las obligaciones mancomunadas, ya que la Ley por su expresa disposición le otorga el carácter de divisible a la indemnización. Sufren excepción a esta regla,

los supuestos contenidos en los artículos 1526 N° 3 y 1533[2], en virtud de los cuales la responsabilidad de los perjuicios se genera para todos los codeudores culpables o morosos, de manera muy similar a la solidaridad.

4. Si la obligación es mancomunada, debe permitirse una divisibilidad resolutoria, por lo menos para las situaciones de obligaciones recíprocas divisibles, puesto que el ejercicio de las acciones resolutorias a nadie perjudica. Por lo tanto, el perjuicio resolutorio se calcula separadamente respecto de cada deudor mancomunado.

5. En las obligaciones solidarias, la regla es distinta. Como todos son deudores de lo mismo, el incumplimiento de uno de los deudores acarrea el incumplimiento de los

demás. Por lo que, en principio, se debe demandar a todos los deudores de resolución. Sin embargo, para el cálculo de los perjuicios debe aplicarse la regla del artículo 1521 que hace responsable únicamente a los codeudores solidarios culpables o morosos, no a los que no lo hayan sido. A falta de determinación todos deben ser considerados como culpables o morosos.

6. Una hipótesis especial, de un codeudor que no debiera ser condenado por los perjuicios, es la del codeudor solidario no interesado, ya que no puede ser considerado como culpable o moroso. Para estos efectos, el acreedor debiera tener noticia de su calidad, de lo contrario se le aplicará el régimen general de responsabilidad de la codeudoría solidaria.

Referencias

- Abeliuk Manasevich, R. (2014). *Las obligaciones*. Santiago de Chile: LegalPublishing–Thomson Reuters.
- Alessandri Rodríguez, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Baraona González, J. (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva, *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1), 151-177.
- Barcia Lehmann, R. (2008). *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De la teoría de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante Salazar, L. (2005). Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios. Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.). *Estudios de Derecho Civil*. Santiago de Chile: LexisNexis, 363-382.
- Caffarena Laporta, J. (1980). *La solidaridad de deudores: Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Clemente Meoro, M. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Contardo González, J. I. (2015). *Indemnización y resolución por incumplimiento* Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Corral Talciani, H. (2010a). La cláusula penal en la resolución del contrato, en Corral Talciani, H (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot – Legal Publishing, 253-274.
- Corral Talciani, Hernán (2010b). La extensión del resarcimiento de los daños contractuales: las reglas de la causalidad y de la previsibilidad, en Corral Talciani, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot – Legal Publishing, 141-204.
- Cristóbal Montes, A. (1990). *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Civitas.
- Dell’Aquila, E. (1981). *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Delvincourt, C. E. (1825). *Cours de Code Civil*. Bruxelles: P. J. de Mat.
- Díez-Picazo, G. (1996). *La mora y la responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- Elorriaga de Bonis, F. (2010). *Derecho sucesorio*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot – Legal Publishing.

Fernández Gregoraci, B. (2003). Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros, *Anuario de Derecho Civil*, LVI (4), 1675-1700.

Fueyo Laneri, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

Gatica Pacheco, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán Brito, A. (2013). *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Legal Publishing–Thomson Reuters.

López Díaz, P. V. (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Peñailillo Arévalo, D. (2003). *Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Pescio, V. (1961). La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 59 (1ª parte), 88-91.

Pizarro Wilson, C. (2010). La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía, en Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 299-311.

Pizarro Wilson, C. (2012). Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual, en Elorriaga de Bonis, Fabián, *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot – Thomson Reuters, 449-460.

Pothier, R. (1839). *Tratado de las obligaciones* (trad. Sociedad de amigos colaboradores). Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger.

Rogron, J. A. (1943). *Code Civil expliqué*. Bruxelles: Societé Berlge du Librarie.

Somarriva Undurraga, M. (1943). *Tratado de las Cauciones*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.

Vidal Olivares, A. (2007). El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado, en Guzmán Brito, Alejandro (edit.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago de Chile: LexisNexis, 495-550.

Vío Vásquez, E. (1945). *Las obligaciones condicionales*. Concepción: Escuela Tipográfica Salectiana.

JURISPRUDENCIA CITADA

Ramírez con Ruíz Tagle (1953). Corte Suprema, 14 de enero de 1953 (acción resolutoria), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/2/1953.

Zamora con Atalah y otros (2002). Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002 (acción de resolución con indemnización de perjuicios), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/109/2002.

Fisco de Chile con Descouvieres y otros (2004). Corte Suprema, 7 de octubre de 2004 (acción de cobro de pesos), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/2451/2004.

Sociedad Rochet con Rochet S.A y Club Deportivo Unión Española (2006). Corte Suprema, 13 de septiembre de 2006 (acción de indemnización de perjuicios), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/2972/2006.

Navarrete con Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (2008). Corte Suprema, 6 de mayo de 2008 (acción ordinaria de cumplimiento de contrato), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/6733/2008.

Plaza con Sociedad Agrícola SACOR Ltda. (2008). Corte Suprema, 6 de mayo de 2008 (acción de indemnización de perjuicios), Cita online LegalPublishing: CL/JUR/3556/2008.

**Manuel
López
Forjas**

**Universidad
Autónoma de
Madrid**

manuel.lopezf@uam.es

Recibido: 27.01.17

Aceptado: 30.10.17

El colectivismo agrario como utopía popular: la propiedad de la tierra en Joaquín Costa*

The agrarian collectivism as a popular utopia: land ownership in Joaquín Costa's perspective

Resumen: En este artículo, se presenta el colectivismo agrario como una filosofía sobre la propiedad de la tierra según la obra del pensador y político aragonés Joaquín Costa (1846-1911). En primer lugar, se intenta subrayar la importancia del carácter utópico en los proyectos intelectuales y políticos de Costa, como un contexto para entender el colectivismo agrario. En segundo lugar, se propone una lectura desde sus primeros textos juveniles hasta sus años universitarios, siguiendo sus reflexiones sobre la propiedad de la tierra. Finalmente, se trata una de sus obras de madurez *Colectivismo agrario en España* como la conjugación de esos textos, haciendo un análisis en particular de las doctrinas que dan cuenta de una recepción y crítica de la *Utopía* de Tomás Moro; con el objetivo de acercarse más al conocimiento de su proyecto político.

Palabras clave: colectivismo agrario, Joaquín Costa, propiedad de la tierra, utopía, participación popular.

Abstract: In this article, we present the agricultural collectivism as a philosophy on land ownership according to the works of the Aragonese thinker and politician Joaquín Costa (1846-1911). In the first place, we try to underline the importance of the utopian character in the intellectual and political projects of Costa, as a context to understand the agrarian collectivism. Secondly, we propose a reading from his first juvenile texts until his university years, following his reflections on the land ownership. Finally, we treat one of his works of maturity *Colectivismo agrario en España* as the conjugation of these texts, making an analysis in particular of the doctrines that account for a reception and criticism of the *Utopia* of Tomás Moro; with the aim of getting closer to the knowledge of his political project.

Keywords: agrarian collectivism, Joaquín Costa, land ownership, utopy, popular participation.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación predoctoral de Formación del Personal Investigador (FPI) financiado por la Universidad Autónoma de Madrid, convocatoria 2015, en el Instituto Universitario La Corte en Europa (IULCE).

El libro que Joaquín Costa y Martínez compuso hacia 1897 en dos tomos titulado *Colectivismo agrario en España* corresponde a la continuación de un proyecto juvenil que el pensador aragonés iba hilvanando desde sus años de estudiante universitario sobre la filosofía de la propiedad, como una forma utópica de reorganizar la tenencia de la tierra, combatir el modelo latifundista y propiciar una regeneración política y social de la España de su tiempo. Este proyecto se enmarca dentro de la tradición liberal, en su vertiente republicana, que buscaba combatir al régimen caciquil respaldado por el mismo sistema de turno de partidos que inició en su momento Antonio Cánovas del Castillo en la época de la Restauración Borbónica.

En este trabajo se pretenden delinear los aspectos fundamentales de la idea que inspiraba la filosofía del colectivismo agrario en Joaquín Costa, rastreando en primer lugar el origen de estas reflexiones sobre la propiedad enraizadas en un ideal que buscaba rescatar el conocimiento popular y el valor de las tradiciones, como una herramienta clave para una “modernización”

diferente y alternativa a la que se estaba dando en Europa. En segundo lugar, se ofrecerán unas notas sobre la evolución de estas ideas a partir de sus estudios universitarios y su contacto con los krausistas y la Institución Libre de Enseñanza.

Finalmente, se tratará de mostrar cómo el *Colectivismo agrario en España* conjuga el espíritu de las dos etapas anteriores, incorporando además las ideas contemporáneas más avanzadas de la época sobre la propiedad de la tierra: desde el libro *Progreso y Miseria* de Henry George hasta la *Estática Social* de Herbert Spencer. Aunado a ello, la historia de las doctrinas sobre la propiedad en España y una parte de Iberoamérica que se encuentra en el primer tomo del libro de Costa, constituye un balance de cómo algunos de los tratados políticos escritos por ministros de la Corte, o en su momento por parlamentarios, contienen esa preocupación por rescatar los elementos populares y consuetudinarios, ya fuera para reconfigurar la Monarquía Hispánica, ya para construir el nuevo Estado liberal.

1. El carácter utópico del pensamiento de Joaquín Costa

Se considera que el concepto de *utopía* no tiene necesariamente un carácter peyorativo, pues como indica Pedro Álvarez de Miranda, aunque suele tener la connotación de algo “irrealizable”, también “muchas ficciones utópicas se presentan como efectivamente realizadas y existentes” (1990, p. 317). El caso del proyecto político —o proyectos políticos— de Joaquín Costa constituye en este sentido una utopía que pone la centralidad en las clases populares y que muestra una continuidad a pesar de su paulatina radicalización; la cual obedece sin duda a sus constantes decepciones con los actores políticos de su tiempo de los cuales esperaba una respuesta más accesible ante sus demandas. Dicha indignación, si bien se la ha denominado pesimista, se logra entender por “la impotencia para cambiar su situación política” la cual no le quita rigor ni seriedad a sus propuestas (Fernández Clemente, 1999a, p. 35).

Es de resaltar que la historiografía sobre Costa utilice con frecuencia el concepto de *utopía* para describir sus proyectos sociales, no solo en su fase de madurez, sino también en sus primeros escritos. Precisamente Fernández Clemente califica como “utopía social” el impacto que le generó ir a la Exposición Universal de París de 1867 donde observó el proyecto de barrios obreros diseñados por Frédéric Le Play, en los cuales había una preocupación por el bienestar de los trabajadores y su inserción social. De ahí el aragonés se inspiraría para proponer algunos remedios aplicables a su región (Huesca) y a España en general (Fernández Clemente, 1999b, p. XLIX). Dicha experiencia internacional le daría una visión del proceso de industrialización europeo que le permitió —curiosamente— no idealizar el desarrollo de los países vecinos de España, sino medir su alcance y evitar sus consecuencias negativas.

Joaquín Costa abogó por llevar a una dimensión política las aspiraciones de las clases campesinas, en el sentido de constituir ligas y cámaras agrícolas con voz y voto en el Parlamento hacia principios de la década de 1890. Esto obedecía a las constantes crisis que habían afectado las condiciones del campo y a sus trabajadores en el Alto Aragón, obligándolos desde 1876 a emigrar para buscar medios de subsistencia. En la década de 1880 dicha crisis se acentuaría, perjudicando en mayor magnitud a los pequeños y medianos propietarios, los cuales serían los actores sociales que se unirían a las campañas políticas del autor de *Oligarquía y Caciquismo* (Frías Corredor, 1988, pp. 128-129). En este punto se aprecia claramente que la utopía de Joaquín Costa cobra un perfil político, con la intención concreta de generar un acercamiento entre los actores públicos con lo que considera la base social para la transformación económica de su país: el campesinado.

Durante su fase de estudiante (1872-1876) en la Universidad Central de Madrid, estuvo en contacto con la filosofía krausista que dio origen a la Institución Libre de Enseñanza, con la dirección de su maestro y amigo Francisco Giner de los Ríos. Dicha filosofía se basaba en la resolución de los conflictos a través de una armonía social, sin caer en un esquema dialéctico-hegeliano donde se perdiera la esencia de alguno de los elementos que entraban en contacto. Este periodo es justamente el que le ha merecido ser considerado un “filósofo del derecho” (López Calera, 1965) y aunque por su vida activa académica es cuando más sistematizó sus reflexiones sobre el valor de las costumbres —sobre todo las populares para inducir legislaciones más adecuadas—, nunca abandonó del todo ese espíritu conciliador como la base para la articulación de su teoría política.

Frente a la centralización y oligopolio de la tierra, Costa expresó su deseo de redistribuir dicha tenencia en función de la estructura familiar y sus costumbres, pensando más bien la familia como una comunidad que no excluiría la intervención del Estado; sino que incluso sería una exigencia para el funcionamiento social. A esta necesidad Alfonso Ortí la llamó en su momento “una utópica distribución igualitaria”, que si no pudiera lograr una igualdad, al menos sí conseguiría un “reequilibrio fundiario familiar, eliminando el conflicto” (1996, p. 119).

Estas notas del pensamiento de Costa permiten apreciar una característica muy particular del pensamiento liberal-republicano español, el cual no cuestionaba la existencia del Estado ni buscaba su erradicación; sino que lo obligaba precisamente a intervenir activamente en la vida pública de la sociedad para no dejar en las manos de la iniciativa privada el desarrollo social. No veía como algo positivo que los gobernantes se desentendieran de vigilar el bienestar de la comunidad, sobre todo de los trabajadores y campesinos y por ello insistía en su importancia para la construcción de una nación incluyente. En esa línea destaca lo que se conoce como su “política hidráulica”, donde la nacionalización de la tierra y el agua (Fernández Clemente, 2004, pp. 6-8) no eran cuestiones secundarias, sino la base para la regeneración de la sociedad española en el combate a problemas como el pauperismo y el analfabetismo.

Aunque es conocido por su crítica radical al caciquismo y a los latifundistas en su pensamiento de madurez, esta precisión tardó en ser rescatada al criticar el regeneracionismo de Costa como una expresión del liberalismo burgués con una incipiente preocupación por las clases populares. Esta visión sesgada se ha reorientado con el estudio completo de los textos juveniles de Costa, así como entendiendo el contexto histórico-social en el que se movía. Después de las desamortizaciones llevadas a cabo en España, sobre todo la de Mendizábal hecha todavía durante la primera mitad del siglo XIX, muchos campesinos se vieron desfavorecidos al perder sus tierras, las cuales fueron otorgadas a los grandes propietarios. Costa era consciente de ese proceso y por esta razón su colectivismo agrario se orienta dentro de la praxis política (Jiménez Díaz, 2002, pp. 39-43) y no solo dentro de una visión idealista de restitución de tierras a los campesinos.

En esa conciliación de teoría con práctica, también conjuntaba tradición y modernidad al establecer binomios como saber científico-saber popular o el propio entre agricultura y progreso donde el colectivismo de corte “tradicional” permitiría el posterior y anhelado desarrollo industrial de España (Gómez Benito, 2013, pp. 65-67). De hecho, se considera que el *colectivismo agrario* corresponde a la expresión teórica y sistemática de su pensamiento social y político que parte del problema

filosófico de la propiedad —en sentido amplio— y confluye en una orientación reflexiva y al mismo tiempo de carácter práctico sobre los problemas concretos del campo y el campesinado en España; proponiendo una alternativa plausible al sistema latifundista, oligárquico y caciquil que imperaba en su época. Esta impronta

transformadora ha sido reconocida en la historiografía como al menos un intento de “reforma social”, capaz de aterrizar su ideal campesino de tono utópico hacia un realismo fundamentado en un análisis empírico de la realidad (Gómez Benito, 2012, p. 70), incluyendo así el derecho y las ciencias sociales.

2. Origen de estas reflexiones sobre la propiedad (1864-1870)

Desde uno de los primeros textos que se conocen y que han podido recuperar de Costa, se encuentra un *Proyecto de reforma en la enseñanza de la Agricultura* (Costa, 2011a) que él mismo admitió en 1864 que eran unos apuntes de su afición por la Agricultura y la Botánica. Sin embargo, aunque el aragonés contaba solo con 17 años, ya se aprecia allí el papel preponderante que le otorga a la práctica agrícola como vehículo para la modernización de España, denunciando su olvido y su rezago por parte del Gobierno de España frente al fomento de las otras artes, a pesar de considerarla como el “arte por excelencia” (Costa, 2011a, p. 23).

Como remedio frente a la escasez de agua y el agotamiento del suelo, no se limitó a sugerir el método de rotación de cultivos, sino que además y fundamentalmente tenía un objetivo político: la promoción de la enseñanza de la agricultura en las escuelas tanto primarias como superiores. Habría entonces una Compañía de Agricultura en cada ciudad, la cual publicaría un boletín diario o semanal sobre las novedades en la materia y hasta organizarían anualmente exposiciones de Agricultura y Artes (Costa, 2011a, pp. 23-28).

De este modo, se fomentaría una conciencia en todo el país sobre la importancia de dicha práctica e incluso se daría empleo a los mendigos. Esta propuesta educativa la equiparaba al proyecto que conoció a través del *Semanario de Agricultura dirigido a los párrocos* de finales del siglo XVIII (1797) donde dice que el Obispo príncipe de Wurzburg fomentó la enseñanza del

cultivo de árboles frutales en todas las escuelas de su diócesis (524 pueblos). También destacó la escuela del educador y agrónomo suizo Fellenberg que combinaba la enseñanza de las letras con la agricultura teórica y práctica, acogiendo a niños pobres y llegando a volverse granjas auto-sustentables¹.

Sin embargo, solo para equilibrar la balanza, hay que señalar que en este proyecto juvenil no se desdeñaba la cultura literaria y las otras artes. La más clara prueba de ello constituye la fundación del Ateneo Oscense en 1866, en cuyo discurso de inauguración Costa expresó su deseo de llevar la cultura a los artesanos y a los agricultores, sin sentirse distinto de ellos; puesto que se trataría de “ilustrar al pueblo por medio del mismo pueblo” (Costa, 1998, p. 7). El recopilador de sus Memorias, Juan Carlos Ara, incluso vincula esta preocupación de Costa como una herencia de Jovellanos y su *Oración sobre la necesidad de unir el estudio de la literatura al de las ciencias* de 1797 (Costa, 1998, XII).

En esta línea continuaría con el hilvanado de una filosofía de la propiedad, que partía incluso de la idea de una regeneración del mundo por medio de la combinación de las ciencias, la educación, la enseñanza y hasta lo que esbozó como un proyecto de misiones populares. Su noción de progreso que cimentaba estas ideas, mostraba un tono armónico y un equilibrio que tomaba en consideración las condiciones materiales concretas para empezar un cambio:

¹ Proyecto, contenido en el libro *Maestro escuela y patria* (1916, pp.18-22). En la edición de *Escritos de juventud* (2011a), la parte del obispo de Wurzburg aparece en el texto con el título de “Los niños y el arbolado”, (p. 447), pero no la mención de Fellenberg.

Ni abogamos por la centralización, ni somos partidarios de la colonia falansteriana. Todos los extremos son viciosos; no queremos para el hombre del siglo XIX la omnisciencia del salvaje que recolecta el cáñamo, fabrica la red y entra luego en la ría para tenderla, pero tampoco nos es simpática la extremada subdivisión del trabajo, que, si en muchos casos aminora el precio de los productos, en cambio embrutece la inteligencia automatizando las operaciones de la industria (Costa, 2011a, p. 87)

Eso lo escribía en su primer libro, *Ideas apuntadas en la Exposición Universal de París de 1867 para España y para Huesca*, donde se observa una preocupación poco valorada en la historiografía sobre Costa por la industria, subrayando la importancia de partir por una mejora del trabajo agrícola —con su correspondiente educación— antes de implantar un sistema basado en máquinas. En suma, se nota la presencia de un cuidado de la economía

a nivel práctico, partiendo incluso de una reflexión sobre los límites del desarrollo. No obstante, tampoco hay un descuido del ejercicio intelectual; pues el 17 de junio de 1870 apuntó que tenía en mente un proyecto de escribir sobre una “escuela económico-filosófica” (Costa, 2011b, p. 147) que no podía desarrollar por falta de tiempo para estudiar.

Posteriormente, llegó a Madrid para hacer un estudio de catastro con el ingeniero Teodoro Bergnes y después de vivir unos meses en el pueblo de Chapinería, donde escribiría algunas reflexiones sobre la democracia y el progreso como consecuencias de un sistema que aspiraba a una armonía social; logró estudiar las carreras de Filosofía y Letras y Derecho en la Universidad Central de Madrid, en la cual obtendría además los dos respectivos doctorados.

3. Evolución de estas ideas a partir de sus estudios universitarios y su contacto con los krausistas

Casi al mismo tiempo que se matriculaba en las asignaturas de Jurisprudencia y Literatura, había comparado los sistemas de catastro y de propiedad de la tierra en Alemania, Inglaterra y Rusia, destacando sus sistemas de garantía del territorio basados en la tradición, lo que permitía la dotación de facilidades para el crédito agrícola (partiendo de un equilibrio entre los propietarios y las autoridades) (Costa, 2011a, pp. 299-301). También, hacia 1870 escribió un Reglamento para una escuela práctica de Agricultura donde tenía el proyecto de las granjas-escuela que no pudo aplicar.

Estos proyectos los retomaría y de alguna manera recopilaría mediante la tertulia que fundó con sus compañeros universitarios llamada “Sociedad Científico-Literaria” (Costa, 2011b, p. 154), para la cual escribió una memoria titulada *La cuestión de la propiedad*, en la cual pretendía —una vez hablado sobre el carácter absoluto del progreso agrícola— ver “lo absoluto del progreso social, comprendiendo el agrícola dentro como causa determinante” (Costa, 2011b, p. 154). En

este trabajo, conjuntaba la propiedad con la libertad y la personalidad, siendo la primera la “base fundamental de todas las sociedades” (Costa, 2011a, p. 357), aunque sufriría posteriormente una desviación al quedar atada al derecho de conquista y a las sucesivas guerras por el dominio de los territorios.

No obstante, concebía que las revoluciones le han permitido al ser humano recuperar esa libertad; participando constantemente de estancamientos —nunca retrocesos— que forman parte de esa ley incesante del progreso. En este esquema, habría tres etapas de la propiedad en la historia: primero la colectiva, luego la individual —que terminaba para su época, faltándole solo finalizar su individualización— hasta desembocar en una tercera, que tendría un carácter armónico después de pasar por una transición (Costa, 2011a, p. 360). El papel que Costa confería a la propiedad, ya no solo individual sino familiar, tenía un sentido de proteger a ambas esferas frente “al capricho de los empresarios y capitalistas” y “a la violencia de las crisis” (Costa, 2011a, p. 365). En este

punto se tenía un sistema que equilibraba la radicalización de la propiedad individual con los desastres sociales que la propiedad centralizada genera.

Frente a las acusaciones de caer en un comunismo, entendido en su sentido directo de negar el derecho y la propiedad individuales, Costa se defendió argumentando que su propuesta iba justamente en sentido inverso. Su idea era alcanzar el progreso y la libertad humanos mediante la propiedad, reivindicando esta frente a los abusos despóticos que subordinan el desarrollo de la personalidad ante la negación de la propiedad privada de modo absoluto:

No ataco, no, la propiedad, sino el abuso de la propiedad coartándola por abajo; no destruyo, no, la actividad individual, sino que la amparo poniendo a sus plantas un hogar sobre que apoyarse y marcándole el infinito como límite de sus aspiraciones. No niego, no, la libre propiedad porque vincula un hogar en la familia, como no niego los libres actos del individuo porque vincular en él la forma exterior de su personalidad (Costa, 2011a, pp. 410-411).

Hacia diciembre de 1871 llevó a la Sociedad Económica Matritense de Amigos del País un ensayo *sobre el Método de propagar la instrucción primaria en las poblaciones agrícolas y en las clases jornaleras*, texto que él llamaba *memoria sobre la educación popular*, para concursar por un premio para el que no fuera electo el año siguiente (Costa, 2011b, p.184). Allí establece que la educación popular solo es posible mediante una antropología que cubra las dos dimensiones esenciales: la de *homo sapiens* y la de *homo laborans*, articulando así ideas con acciones en un tiempo y un espacio determinados (Costa, 2011a, p. 459)².

Insiste en que dicha composición no es ecléctica, sino armónica; queriendo decir que su unión no es azarosa, sino que los fines de una dimensión se orientan hacia los de la otra y viceversa, en una estrecha conexión. A esta le llama, para el caso del ser humano, *Homo mercator*;

el cual guarda en su estructura una serie de binomios inherentes a su naturaleza, lo que condiciona también el carácter que debe tener la educación:

ciencia y arte, educación y propaganda, doctrina y práctica, idea y trabajo, saber y poder, pan y verbo en una palabra, que redima el cuerpo de las cadenas de la miseria, y el espíritu, de las cadenas de la ignorancia (Costa, 2011a, p. 464).

Como parte de la descentralización de la ciencia, se desprende la política de la educación popular, lo que en 1871 se traduce en el proyecto de las *misiones populares*, atendiendo al binomio particular de saber y poder. No solo enseñarían a leer y a escribir en los pueblos, sino que darían lecciones de agricultura, economía, horticultura y arboricultura; fundarían un museo popular y una biblioteca y establecerían asociaciones cooperativas entre los trabajadores del pueblo y asociaciones científicas entre los “facultativos del pueblo” (Costa, 2011a, p. 472), es decir, los entendidos, los especializados, etc. Todas estas labores encomendaba gestionar a la Sociedad Económica, incluso sugiriendo su constitución en un orden honoraria y un cuerpo de profesores que podrían establecer sucursales de sociedades científicas populares (Costa, 2011a, p. 482-483).

En este periodo universitario, que se prolonga hasta 1876, destaca también su memoria sobre la costumbre como fuente del derecho para el Premio Maranges de 1873 —el cual sí le concedieron (Costa, 2011b, p.188)— que sería el precedente de su libro *La vida del derecho*, publicado primero en varias secciones de la Revista de la Universidad. Aunque se podrían citar algunos otros textos a lo largo de esta década donde continúa de formas diversas con su preocupación por el tema de la propiedad de la tierra, como *El suelo de la patria y la redención del agricultor* (1876), “Agricultura expectante” y “Agricultura popular” [en los números 229, 230 y 231 de la Revista de España de 1877, “Una Miscelánea de agricultura” y el 1 de octubre de 1878, “Observaciones prácticas de agricultura. I. Efectos del arbolado en el Alto

² Es curioso que para este ensayo no haga mención del *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento* de Pedro Rodríguez, conde de Campomanes, 1775; de cuyo apéndice sí dará noticia en obras posteriores como el *Colectivismo agrario en España*.

Aragón”], no será hasta 1880 cuando vuelve de Huesca y León a Madrid, que retoma el tema agrícola a partir del Congreso Nacional de Agricultores en Madrid.

La transición entre el fin de este periodo universitario y la publicación de *Colectivismo agrario en España*, constituye el proyecto de 1891-1896 sobre la fundación de la Cámara Agrícola del Alto Aragón, con una dimensión no solo técnica, sino preponderantemente política. Como síntesis, haciendo alusión a la Historia Moderna, se puede decir que se inspiró en el padre Pignatelli y el Canal Imperial de Aragón, en el espíritu ilustrado de su tan admirado paisano aragonés el conde de Aranda.

Tras gestionar y trabajar en los Canales de Tamarite y del Sobrarbe y después de no conseguir la cooperación de Segismundo Moret —quien dejó a los miembros de la Cámara esperando su visita para mostrarle sus proyectos—, Costa dejó la presidencia de la misma luego de perder las elecciones como diputado frente al político del partido fusionista Álvarez Capra. Sin embargo, sus campañas políticas continuarían en el marco del republicanismo y la pequeña vida de la Unión Nacional; pero es justo en esta época antes de la Guerra de Cuba cuando publicó una de sus obras más importantes: *Colectivismo agrario en España*.

4. El Colectivismo agrario en España conjuga el espíritu de las dos etapas anteriores

La raíz de este pensamiento, que subordina el interés privado por la propiedad colectiva de la tierra y que llama al derecho del beneficio de sus frutos entre todos los miembros de una comunidad por igual, parece hallarse en el ideal de derechos comunes de la *República* platónica; los cuales no lograron asentarse a nivel político en España, según Costa, a pesar de algunos casos aislados que abogaban por la comunidad de bienes. Un texto que retomaría ese ideal y tendría una gran influencia en los tratados políticos de la Edad Moderna, de acuerdo con los datos que el aragonés pudo recopilar hacia 1897, fue precisamente la *Utopía* de Tomás Moro.

Según Costa, fue un texto leído por varios tratadistas políticos como Martínez de la Mata, González de Cellorigo, fray Juan Márquez, entre otros; además de la importancia que tuvo la traducción al castellano de Jerónimo Antonio de Medinilla (quien la haría por instigación de Quevedo), la cual contó con tres ediciones (1637, 1790 y 1805). Al mismo tiempo, Costa destacó el carácter pedagógico y ameno de la obra de Moro, más allá de verla como un manual serio de política y hasta proyectó en las misiones del Paraguay una organización

colectiva con características de este tipo. Por esta razón, se debe tener en cuenta la importancia de la obra del canciller inglés como una de las fuentes que nutrieron la tradición del colectivismo agrario que Costa recuperó.

El tratado de Juan Luis Vives sobre el socorro de los pobres (*De subventione pauperum*) de 1526 es donde Costa pone la raíz del colectivismo agrario, con algún precedente en el *Tratado de República* de Fray Alonso de Castrillo (1521). El profesor Francisco López de Estrada, quien hizo el estudio más amplio sobre la recepción de Tomás Moro en España hasta el siglo XVIII, sugiere que el tratado de Vives resulta de la continuidad de la *Utopía* de Moro, la cual habría no solo leído sino discutido sus contenidos con su autor en el barrio de Chelsea cuando lo visitó en 1523 después de mantener una gran amistad a través de la correspondencia (López Estrada, 1980, p. 20).

Ciertamente, este Costa maduro que intentaba de alguna manera reflexionar sobre su campaña política que tuvo en la Cámara Agrícola del Alto Aragón, no podía ver la obra de Moro como un tratado político del cual obtener

conclusiones de corte práctico para generar un cambio social; sobre todo teniendo en cuenta que en esta etapa tiene muy presentes las lecturas de Comte y Spencer —caracterizadas, según él, por su concepción sistemática de la sociedad (Costa, 1983, p.104)—. Sin embargo, a pesar de señalar un carácter un tanto “fantástico” en la obra de Vives, de Juan de Mariana, así como en la de Moro, no deja de rescatar sus intuiciones que encuentra como base para la Sociología.

Al analizar la obra de Vives, respecto al tema de cómo evitar la ociosidad una vez que se establezca la comunidad de bienes que erradicara la necesidad y la miseria, Costa reconoce que Moro también se había cuestionado sobre ese punto y que la voz de Hytholodeo no intentó responder (Costa, 1983, p.126). Aunque es indudable en ambos autores la crítica a la propiedad privada, Costa lleva al mismo Moro hacia el matiz que él considera importante: si hay un comunismo absoluto, el trabajo en los campos no estará bien distribuido debido a la negligencia y los vicios naturales de los hombres. Esto lo interpreta así al mismo tiempo que denuncia que en una sociedad unos pasen hambre y otros vivan en la opulencia; argumento que encuentra en el texto de 1612 *El Gobernador cristiano* de Fray Juan de Márquez, quien sigue a su vez la República de Utopía (Costa, 1983, p. 271).

El pensamiento del aragonés seguía procurando la armonía y la conciliación entre los extremos y bajo ese esquema interpretó a los arbitristas y proyectistas de la monarquía hispánica (siglos XVII y XVIII). Uno de ellos fue el licenciado Martín González de Cellorigo y su libro *Memorial de la política necesaria y útil restauración a la república de España y Estados de ella, y del desempeño universal de estos Reinos* impreso en Valladolid en 1600 y dedicado a Felipe III. Costa recupera la importancia del texto y subraya la inclusión de Moro como uno de los “repúblicos” que a juicio de González de Cellorigo consideraban que la desigualdad era el origen de todos los males, proponiendo la igualdad de todos los habitantes de un reino bajo la paz y la amistad. Sin embargo, el tratadista estableció que esas medidas servían solamente cuando se fundara una república *ab initio* o donde se intentara renovar algún territorio donde

un señor dispusiera de todas las propiedades por derecho de conquista; pero no cuando se tenía un acuerdo previo de la propiedad de bienes.

González de Cellorigo partía de aquellas comunidades o repúblicas donde hubiera lo que él llamaba “convenciones legítimas” (1600, f. 56) que justificaban los contratos y las relaciones económicas entre los habitantes, incluyendo el comercio y la propiedad privada. Por lo tanto, irrumpir en estas formas de organizaciones pactadas con la imposición de una comunidad de bienes que estableciera la propiedad colectiva y destruyera toda propiedad individual, podría resultar más perjudicial para el bien común que el propio sistema regulador que allí predomine: “Mayormente que si la desigualdad tiene inconvenientes, bien examinado este negocio, muchos mayores se hallarán en la igualdad y comunidad de los bienes” (González de Cellorigo, 1600, f. 56). Dicho balance no favorecía la desigualdad ni la prefería frente a la igualdad, sino que precisamente intentaba matizar las posturas de los tratadistas republicanos para guardar el medio virtuoso o justo medio.

Esta idea Costa la enlazó en una continuidad con el término de “armonía general” presente en los Discursos de Francisco Martínez de la Mata, conocidos a través del *Apéndice a la educación popular* de Pedro Rodríguez, conde de Campomanes. Enfocándose en el tema del origen de la riqueza, Costa reflexiona sobre el trabajo aplicado a la industria, por la cual entiende “producción agrícola, pecuaria, minera, fabril, mercantil y manufacturera” (Costa, 1983, p. 162) y destaca que Martínez de la Mata en un discurso de 1656 usara ya el término industria y que en su concepción sobre el trabajo mantuviera una posición distinta a los sistemas mercantilista por un lado y fisiocrático por el otro, es decir, un equilibrio entre el comercio exterior y la agricultura.

Al mismo tiempo, Costa leía a estos autores como precursores de Adam Smith quien en *La riqueza de las naciones*, colocaba al trabajo como la medida de los valores económicos. Incluso es de resaltar que Costa vea la idea de que el trabajo es el único factor que legitima la propiedad y no el capital como antecedente del *nuevo socialismo* o del *socialismo colectivista* de Marx. Es

de advertir, que Costa ubica a Marx como un derivado de la Escuela de Manchester de la Economía, como un desarrollo del pensamiento de Adam Smith. Esta interpretación podría no estar lejos de la realidad, si se toma en cuenta que Smith era un crítico del sistema que estaba describiendo y que la idea de la mano invisible y la división social del trabajo no las cita más que un par de veces en un contexto muy distinto al que se le ha puesto en la historiografía. En el fondo no es un defensor de la nula intervención del Estado en la economía, apostando por una libertad absoluta de los capitales privados; sino que precisamente denuncia que por esa mano invisible que otorga el poder social a los grandes capitalistas, los obreros pueden ser explotados por dichos empresarios y perder sus derechos laborales.

Martínez de la Mata habría advertido que la monarquía hispánica de la segunda mitad del siglo XVII no podía prosperar únicamente a partir del desarrollo agrícola, sin una preocupación por el fomento del comercio exterior. La solución que proponía se orientaba a detener las importaciones tanto en la península ibérica como en América y apostar por el impulso de la industria dentro de los reinos. Pero, además, apelaba a una solidaridad y al cuidado de los trabajadores alejándose del individualismo que afectaba al trabajo social. Costa leía aquí también un intento de conciliación entre comunismo e individualismo, aunque calificó de insuficiente y utópico el proyecto de Martínez de la Mata de los Erarios o Montes de Piedad para la beneficencia social.

La presencia de la *Utopía* en este autor fue criticada por el propio Campomanes de tender más hacia el comunismo, porque citó la parte de la *Utopía* donde dice que ninguna monarquía podía sostenerse si no hacía los bienes o haciendas comunes, apelando a un equilibrio y conservación. El argumento era muy parecido al que había en González de Cellorigo, pues pensaba que si se ponían en común las haciendas, las herencias se perderían y por lo tanto afectaría a todo el cuerpo de la monarquía, al dejar las tierras abandonadas. Para Campomanes, una manera distinta de evitarlo sería como hacían en Holanda, donde toda la comunidad trabajaba para las haciendas, las cuales era de particulares aunque se habían reducido.

Se apoyaba a los particulares, pero no se les daban otras posesiones ni de otras personas ni del propio pueblo. Sin embargo, el proyecto de los erarios de Martínez de la Mata encontraba ya una justificación o un antecedente en una cédula real firmada por Felipe IV en Valsaín fechada el 22 de octubre de 1622 donde los proponía como único remedio para la salvación de la monarquía.

A pesar de notar una simpatía por la comunidad de bienes o la idea compartida de una propiedad colectiva de la tierra en todos los autores que estudió dentro de las doctrinas del colectivismo agrario, Costa destacó que al mismo tiempo todos mostraban un cuidado por el “interés personal, propiedad individual, capitalización privada, la libertad y la responsabilidad de cada trabajador en particular” (Costa, 1983, p. 296). No era una síntesis en el sentido hegeliano, sino el equilibrio de sistemas que respetara la base de la estructura política —que para Costa eran los trabajadores de la tierra—.

Si bien se continúa discutiendo actualmente en la historiografía sobre la pertinencia de llamar comunista —en sentido clásico o platónico— la postura de Tomás Moro en cuanto a la propiedad, es posible entrever las diferencias de los propios textos del mundo hispánico al respecto y también la preocupación del propio Costa por encontrar una forma de organización sociopolítica plausible para la España de su tiempo que permitiera la articulación de toda la comunidad sin caer en un imperialismo (dominio absoluto del Estado sobre la Economía) ni un mercantilismo que favoreciera la explotación de los trabajadores por los particulares.

Incluso, situados en el contexto intelectual y en los debates públicos en los que el aragonés participó, hay que remarcar que su apuesta por el libre comercio y la apertura económica de España eran sentencias en contra de la administración pública decimonónica; la cual se negaba a establecer dichas medidas con argumentos endogámicos y absolutamente proteccionistas de la economía nacional; la cual daba como resultado una constante dependencia frente a las potencias mundiales de su tiempo (incluyendo desde entonces a los Estados Unidos).

Conclusiones

La matización sobre la imposibilidad de la propiedad privada en referencia a la tierra, respetando su existencia en todos los demás órdenes, no deja de resultar polémica para la tradición marxista donde se tiene la tesis que en la propiedad privada yacen los orígenes de la desigualdad social y la miseria. Sin embargo, entendiendo el derecho a la propiedad personal, que comienza por la vida misma en un sentido filosófico, el proyecto utópico que se ha querido exponer se mostraba como una opción viable para la obtención de todos los fines positivos que el autor de *El Capital* buscaba; sin la necesidad de llegar a socializar absolutamente todos los bienes de una comunidad. Esto debilitaría por completo la intervención del Estado y lo haría desaparecer junto con las clases sociales. Para el caso español, la negligencia y el despotismo oligárquico de los políticos presuntamente liberales de la época de la Restauración llevó al propio Costa a ir replanteando las concesiones que otorgaba al propio Estado; sin por ello abandonar sus intuiciones iniciales que guardaban un equilibrio social y evitaban el conflicto permanente.

La recuperación y revaloración del colectivismo agrario en la tradición española e iberoamericana como un conjunto de teorías políticas de tono armónico en cuanto a la propiedad, sin duda, resulta un aporte fundamental para entender el contexto sociopolítico que vivía Costa —incluso más que el de los propios autores que estudió de los siglos anteriores—. Es así que la interpretación que ofrece de la obra de Tomás Moro y la idea general de la utopía resulte muy exigente de un rigor científico y de una demanda de propuestas concretas, frente a las retóricas parlamentarias que prometían constantemente ideas en abstracto. No obstante, realizar los proyectos descritos aún con todo el trasfondo empírico posible y demostrable, se convirtió paulatinamente en una utopía que ya no pudo transformar en acción pública; debido a la capacidad del sistema político español de absorber la fuerza de sus palabras vaciándolas de contenido, a la crisis y división de los liberales, republicanos, demócratas e incluso los socialistas y en parte por la gravedad de su enfermedad degenerativa que tenía desde joven y que lo llevó a su retiro en Graus.

Referencias

- Álvarez de Miranda, P. (1990). "Epílogo (a modo de síntesis). Siglo XVIII" en *Coloquio Hispano-Francés. Las utopías en el mundo hispánico. Actas del coloquio celebrado en Casa de Velázquez*. Madrid: Casa de Velázquez/Universidad Complutense.
- Costa, J. (1916). *Maestro escuela y patria (notas pedagógicas)*. Madrid: Biblioteca Costa.
- Costa, J. (1983). *Colectivismo agrario en España. Tomo I. Primera parte: Doctrinas*. Introducción y edición de Carlos Serrano. Zaragoza, Guara Editorial/Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios.
- Costa, J. (1998). *Discurso pronunciado en el acto solemne de la inauguración del Ateneo Oscense por el socio don Joaquín Costa Martínez*. Edición facsímil y prólogo de Juan Carlos Ara Torralba. Huesca: Cámara Agraria Provincial del Alto Aragón.
- Costa, J. (2011a). *Escritos agrarios. Escritos de Juventud (1864-1871)*. Edición coordinada por Cristóbal Gómez Benito y Alfonso Ortí Benlloch. Huesca: Fundación Joaquín Costa/Instituto de Estudios Altoaragoneses.
- Costa, J. (2011b). *Memorias*. Edición de Juan Carlos Ara Torralba. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza/Institución Fernando el Católico/Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón. Huesca: Instituto de Estudios Altoaragoneses/Teruel: Instituto de Estudios Turolenses.
- Fernández Clemente, E. (1999a). *Lucas Mallada y Joaquín Costa*. Zaragoza: Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón.

Fernández Clemente, E. (1999b). "La utopía social en el joven Costa". Prólogo del libro de Costa, J. *Instituciones Económicas para obreros: las habitaciones de alquiler barato en la exposición universal de París en 1867*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico".

Fernández Clemente, E. (2004). "De la utopía de Joaquín Costa a la intervención del Estado: un siglo de obras hidráulicas en España", en *Contribuciones a la Economía*. URL: <http://www.eumed.net/ce>

Frías Corredor, C. (1988). "Primeras campañas políticas de Costa (1891-96)", en *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, Nº 5, pp. 121-136.

Gómez Benito, C. (2012). "El sembrador de ideas. Realismo y utopía en el reformismo social de Joaquín Costa" en Peiró Martín, I. (ed.). *Joaquín Costa, el fabricante de ideas. Memoria de un centenario*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza, pp. 63-74.

González de Cellorigo, M. (1600). *Memorial de la política necesaria y útil restauración a la república de España y Estados de ella, y del desempeño universal de estos Reinos, dirigido al rey don Philippe III*. Valladolid, impreso en la misma ciudad por Juan de Bostillo.

Jiménez Díaz, J. (2002). "Colectivismo agrario y propiedad de la tierra en la obra de Joaquín Costa", en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 20, pp. 33-51.

López Calera, N. (1965). *Joaquín Costa, filósofo del derecho*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico.

López Estrada, F. (1980). *Tomás Moro y España: sus relaciones hasta el siglo XVIII*. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense.

Ortí Benlloch, A. (1996). *En torno a Costa: (populismo agrario y regeneración democrática en la crisis del liberalismo español): en el 150 aniversario del nacimiento de Joaquín Costa*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Claudio Barahona Gallardo

Universidad de los Andes, Chile

barahonameister@gmail.com

Recibido: 22.08.17

Aceptado: 21.10.17

Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3.º del Código Civil en la doctrina del siglo XIX

For a history of the judicial precedent in Chile: the reception of article 3 of the Civil Code in the 19th century doctrine

Resumen: El propósito de este trabajo es exponer la forma en que el artículo 3.º del Código Civil fue comprendido por sus primeros comentaristas, a la vez que nos referimos a su recepción por los autores de derecho procesal de la época. Comienza estableciendo los antecedentes relevantes sobre el tema en la época de transición entre el derecho indiano y el derecho civil codificado, continuando con el examen de las fuentes y de las obras de los juristas nacionales del siglo XIX. Esta revisión permite concluir que no era para ellos ajena la idea del precedente como fuente de derecho vinculante, si bien no todos eran partidarios de acogerla en la práctica habitual del foro ni tampoco estaban completamente de acuerdo con la posición que debía ocupar en la jerarquía de las fuentes del derecho.

Palabras clave: Precedente, siglo XIX, doctrina, artículo 3.º, Código Civil.

Abstract: The purpose of this paper is to explain the way in which article 3 of the Civil Code was understood by its first commentators, while we refer to its reception by the authors of procedural law of the time. It begins by establishing the relevant antecedents on the subject in the transition period between Spanish colonial law and codified civil law, continuing with the examination of the sources and works of the national jurists of the XIX century. This revision allows us to conclude that the idea of precedent as a source of binding right was not alien to them, although not all were in favor of accepting it in the usual practice of the forum nor were they completely in agreement with the position that should occupy in the hierarchy of the sources of law.

Keywords: Precedent, XIX century, doctrine, article 3, Civil Code.

1. Palabras preliminares y *status quaestionis*

Si tuviéramos que caracterizar el panorama actual del derecho procesal en nuestro país, configurado por las discusiones y problemas propuestos por quienes cultivan esta disciplina, no podríamos menos que admitir su complejidad y variedad. Muchas de sus investigaciones comienzan por la estructura y funciones de la judicatura, pero a poco andar esos límites son excedidos. Por lo demás, lejos ha quedado el tiempo en que la doctrina era la única que orientaba los debates. Ahora, aquellos que integran el Poder Judicial en calidad de jueces o que ejercen en él funciones técnicas opinan también desde sus respectivas experiencias profesionales.

Dentro de estos nuevos campos de estudio, debemos considerar especialmente los abiertos como consecuencia de la expansión de la judicatura en los últimos lustros: la ley N° 19.911, del 8 de octubre de 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; la ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, por la que fueron creados los Tribunales de Familia; la instalación de los Tribunales Ambientales, por ley N° 20.600 del 28

de junio de 2012; y, por supuesto, la Reforma Procesal Penal, de 2005. Estos hitos legislativos han motivado la producción de una extensa bibliografía, de todo punto destacable en términos tanto de volumen como por las ideas y conclusiones ofrecidas. No podría ser de otra manera, toda vez que los autores han comenzado a dar por superadas ciertas materias que, si bien revisten todavía interés pedagógico (como la distinción de los distintos procedimientos entre dispositivos e inquisitivos, por ejemplo), se han visto desplazadas por la implementación de los nuevos tribunales y sus respectivas leyes especiales, incluyendo la futura Reforma Procesal Civil y su correspondiente código¹.

De esta manera, y con justa razón, los expertos se preguntan por el papel que tocará desempeñar a la Corte Suprema en este próximo escenario², actuando por medio de los recursos contemplados en la reforma³, y lo que vendrá a significar el así llamado “gobierno judicial”⁴. Pero sin lugar a dudas, un lugar destacado en la discusión lo ocupa el precedente, que en cierto modo

¹ En obras generales: De la Oliva, A. (2009) *Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil: Tres Conferencias Chilenas*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago; Silva, J. P., García, J. F., Leturia, F. J. (Eds.). (2006). *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente*. Santiago: Libertad & Desarrollo, Pontificia U. Católica de Chile. En artículos: Núñez, R. (2005). Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). *REJ*, 6, 175-189; Rojas, M. (2009). Claves de la Reforma Procesal Civil. *AJ*, 20, 143-162; Romero, A. (2009). La Corte Suprema y la reforma procesal civil. *AJ*, 20, 61-77; Silva, J. P. (2013). Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil. *AJ*, 27, 101-131. Por supuesto, el proyecto no ha carecido de críticas: Alvear, J. y Covarrubias, I. (2013). Observaciones constitucionales al nuevo proyecto de nuevo Código Procesal Civil. *AJ*, 27, 27-59; Oberg, H. (2013). Proyecto de Código Procesal Civil: Prolegómeno. *AJ*, 27, 97-99; Rodríguez, P. (Enero de 2013). Reforma procesal civil: errores e inviabilidad. *AJ*, 27, 9-25.

² Sobre el rol uniformador de la Corte Suprema en materia penal: Couso, J. (2007). El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso. *Revista de Derecho* (Valdivia), XX (2), 147-172; Couso, J. y Mera, J. (2007). El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Estudio empírico. *RIPr*, 13 (1) 315-392; en materia laboral: Díaz, I. et al. (2014). Seguimiento del precedente por la Corte Suprema de Chile en materia laboral: Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia. *RCHD*, 41 (3) 1105-1131.

³ En obras generales: Bravo, P. (2011). *Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil* (Memoria). Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. Salinas, C. (2010). *Nueva justicia constitucional: diálogo de competencias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a la luz del recurso extraordinario del proyecto de ley para un nuevo código procesal civil* (Memoria). Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. En artículos: Becerra, P. A. (2012). Corte Suprema y recurso extraordinario: Algunas consideraciones de cara a la reforma procesal civil. *REJ*, 17, 197-231; Delgado J. (2012). El recurso extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil. *RIPr*, 18 (2), 125-146; Delgado J. (2012). La casación en la reforma procesal civil. *RCsSVa*, 60, 153-178; Delgado J. y Díaz, I. (2011). La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario: Ventajas y problemas. *RUCN*, 2, 275-304; Olguín N. (2012). El recurso extraordinario: ¿Una buena reforma? *REDJD*, 1 79-94.

⁴ Avilés, L. y Gallardo, E. (2014). Gobierno judicial: ¿Hay algo que gobernar? *REJud*, 1, 13-24; Bordalí, A. (2014). Propuestas para un nuevo gobierno judicial en Chile. *REJ*, 21 41-74; García, F. (2009). Corte Suprema y Gobierno Judicial: Un programa de reformas. *AJ*, 20, 81-122.

enlaza y da cohesión a los restantes⁵. Se trata este de un tema que admite varias formas de aproximación. Así, tradicionalmente se le ha estudiado en su acepción de “jurisprudencia de los tribunales”, como una fuente del derecho que, lo mismo que cualquier otra, debe ser sometida a jerarquización con el fin de precisar su alcance y fuerza (Squella, 2000, pp. 263-269)⁶, como también se le ha tratado respecto de la interpretación judicial (Ducci, 1995, pp. 87 ss.). Además, ha sido abordado desde su dimensión sapiencial (Pacheco, 1990, pp. 346 ss.), como un primer paso necesario para replantear, de cara a la reforma procesal, cómo entender el valor que tendrán las fuentes del derecho contenidas en Código Civil, lo que más de un autor ha puesto de relieve⁷.

Como puede verse, a estas alturas cualquier estudio que verse sobre el contenido y la naturaleza de la función jurisdiccional y que se limite solamente al aspecto orgánico o procedimental de la misma estará de antemano condenado a la insuficiencia. Y es que hoy en día se hace cada vez más necesario una visión de conjunto, que abarque de forma coherente e integral los temas previamente anotados. Queda de manifiesto al consultar la literatura relevante que el precedente judicial ha llamado poderosamente la atención de los autores, y que muchos de los trabajos que lo han tomado como objeto de estudio coinciden, en mayor o menor grado, en reconocerle un rol cada vez más importante como fuente del derecho. Esto significa, en definitiva, una referencia

constante al artículo 3.º del Código Civil, nodo normativo que entrelaza toda la bibliografía⁸. Sin embargo, difícilmente puede encontrarse en ellos referencias históricas extensas sobre dicho precepto. Dado el sentido terminante en que se encuentra redactada la disposición y de su ubicación en el título preliminar, podría legítimamente preguntarse cuál es la historia de ella, o cuál fue su redacción original, o si acaso Bello siempre tuvo la convicción de confinar el alcance de las decisiones de los tribunales en la forma en que finalmente lo hizo. Ocurre con frecuencia que, aunque estas obras no ignoran completamente el contexto histórico en que se ideó y fijó la norma que nos ocupa, no se observa en ellas un tratamiento más detallado sobre el tema. Un trabajo que complementara las ideas generales a partir de la historia del derecho privado chileno no dejaría de revestir interés, sobre todo si con ello se procuraran elementos de análisis y discusión adicionales a los importantes debates que hemos apuntado más arriba. Precisamente, el objetivo de este artículo es ofrecer, si bien en forma esquemática, algunas apreciaciones sobre el artículo 3.º del Código y su recepción en la doctrina del siglo XIX.

Por supuesto, lo último nada tiene de nuevo. La noción de la jurisprudencia judicial como fuente del derecho, ya sea más o menos dinámica o vinculante, es tan antigua como el mismo código y se encuentra presente, por lo demás, en las fuentes de que Bello dispuso para tratar de

⁵ Mención especial merece la bibliografía sobre el precedente, incluso cuando nos limitamos a la de origen nacional y de data más reciente. Obras generales: Romero, A. (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile; Romero, A. (2013). *El Recurso de Casación en el Fondo Civil: Propuestas para la generación de precedentes judiciales*. Santiago: Thomson Reuters. Véase en artículos: Accatino D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *AFJS*, 20, 559-582; Accatino D. (2011). La jurisprudencia de los tribunales en el derecho chileno: Fuente elusiva, fuente eludida. *AFJS*, 29, 79-98; Díaz, I. (2008). Condiciones de la sumisión al precedente. *RDUCT*, 9, 77-90; Díaz, I. (2015). Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile. *RDUCLN*, 2, 139-171; Marinoni, G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *RIPr*, 1, 249-266.

⁶ Vodanovic, A. (2001). *Manual de derecho civil. Partes preliminar y general* (2da. ed.). Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., pp. 75 ss.

⁷ Por todos, Bravo-Hurtado, P. (2013). Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal Civil y fuentes del derecho. *RCHD*, 40 (2), 549-576. Explica este autor: “Este es un tópico recurrente en las ciencias jurídicas. La importancia, al menos fáctica —señala Alexy— que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada desde todos lados. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del Derecho, sin siquiera detenernos primero en si acaso estamos entendiendo lo mismo por ‘precedentes’ en una u otra cultura. Ahora bien, replantearse una vez más, ahora en Chile, es especialmente oportuno hoy en día. En marzo del 2012 se presentó al Congreso un proyecto de ley de nuevo código procesal civil. El proyecto, además de oralar los procedimientos de primera instancia, propone eliminar la tradicional casación de ley. A cambio, se instauraría un tipo nuevo de recurso ante la Corte Suprema que está orientado a solo unificar la jurisprudencia en casos específicos. Esta reforma a la casación ha despertado una crítica severa: que a propósito de una reforma procesal se estaría alterando el sistema chileno de fuentes del Derecho. ¿Con estos nuevos recursos de unificación la jurisprudencia comenzará a ser fuente formal en Chile? Mas lo que corresponde a nuestra tradición jurídica es que la jurisprudencia no sea fuente del Derecho. Estas reformas procesales estarían, de paso, trastocando nuestra tradición” (pp. 549-550).

la materia en el *Título preliminar*. Mucho más interesante para nuestro propósito es estudiar la recepción de la idea en las fuentes doctrinarias posteriores a su entrada en vigencia, ya sean las de los comentaristas del derecho civil

y de los que podríamos llamar los primeros procesalistas nacionales, aquellos que fundamentalmente centraron su atención en la *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales* de 1875.

2. Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia judicial en el período de transición

Para entender con acierto la manera en que los autores de la época a la que nos circunscribimos interpretaron lo establecido en el artículo 3.º, nos referiremos en primer lugar a los elementos que permiten apreciar la significación de esta norma una vez que el *Código* entró en vigencia. Para el período anterior a 1857, consideramos como tales los siguientes: i) La jurisprudencia en el derecho indiano; ii) la fundamentación de las sentencias; y iii) la historia del artículo 3.º.

2.1. La jurisprudencia en el derecho indiano

Difícilmente podríamos hacernos una idea precisa de cómo actuaba el juez en el derecho indiano si lo sometemos a la forma actual de entender el rol del adjudicador. Por mucho que al día de hoy se permita al juez actuar con una flexibilidad que hace un siglo hubiera resultado impensada, de él sigue esperándose, invariablemente, el mayor grado posible de apego a la norma. Pero el de época indiana comprende el rol que debe cumplir de una manera totalmente distinta. No se le pedía la aplicación mecánica de la ley, lo cual le hubiera resultado, de todas formas, imposible: su cultura jurídica es la del *ius commune*, el derecho romano-

canónico estudiado en las universidades europeas e hispanoamericanas, sustentado no en el estudio de la legislación vigente, sino en la opinión de los juristas. En este contexto, en donde el juez debe discurrir entre una pléyade de fuentes para encontrar la solución más adecuada, es lógico que la jurisprudencia no tenga un alcance absoluto, pues existiendo diversidad de autores, existe por supuesto diversidad de opiniones, situación de la que era perfectamente consciente el magistrado indiano (Bravo, 1991, *Arbitrio judicial*)⁹.

No debe creerse que recurriera en toda ocasión a las obras de doctrina, ni mucho menos que desdeñara el hacer cumplir las leyes o no tuviera en cuenta las costumbres jurídicas. El derecho común proporcionaba dos medios de juicio que tuvieron gran importancia en la práctica del derecho de Indias y en la manera en que el sentenciador debía aplicar las fuentes indicadas, cuales fueron la analogía y la equidad. Especialmente la segunda, pues era doctrina muy extendida en la época identificarla con la *ratio*, ya que ambas desempeñaban el rol de adaptación de la ley positiva a la realidad. Esto estaba consagrado ya en las *Partidas*, de vigencia muy

⁹ En la jurisprudencia emanada de nuestras Cortes se ha elevado el así llamado “efecto relativo de las sentencias”, contenido en este artículo, al nivel de un verdadero principio jurídico de alcance general. Así, podemos ver claramente la doctrina establecida al respecto por la Corte Suprema en “Hilda Valencia Montau contra INP”: [Considerando 9.º]: “La relatividad del efecto de las sentencias judiciales, que reconoce explícitamente el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil, es un principio jurídico general que, a la inversa de lo que se postula en el presente recurso, impide a la actora hacer valer el fallo que obtuvo la otra beneficiaria de la pensión que ambas perciben, para reclamar una nueva reliquidación del mismo beneficio, pues la sentencia dictada en el juicio que se llevó a cabo ante el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago sólo afectó a las partes del pleito y sus efectos no pueden extenderse a quien no tuvo esta condición”. Este principio opera respecto del juez, quien no está obligado, en otro caso de similares características, a fallar de la misma manera en que lo hizo en un proceso anterior, pues en principio no son vinculantes para él sus propios fallos anteriores o los demás tribunales que se hubieran pronunciado sobre la materia. La sentencia comentada en Barrientos (2014, pp. 37-38).

⁹ Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley* (pp. 361-375). Esta libertad para sentenciar de que goza el juez indiano no debe ser sobredimensionada. Si bien el casuismo es una de las notas características del derecho indiano, lo mismo que la multiplicidad de fuentes disponibles para fundamentar sus dichos, el magistrado sujeta de todas formas su decisión al derecho vigente. Más preciso resultaría decir que la regulación viene dada no por el derecho legislado, sino que por el derecho común, sustentado en la opinión de los juristas, que le suministraban criterios y métodos, a través de las *regula iuris*. Tau V. (1992). *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano* (pp. 319-358, 486-541).

extendida en América (Bravo, 1985, Vigencia de las Partidas, pp. 43-105), y que contenían una suerte de recurso extralegal, por el que se permitía a los jueces “desatar e toller del todos (...) si fallaren que las razones dé las leyes tiran más á mal que á bien”¹⁰. En otros casos, el juez se encontraba facultado por las mismas leyes para sentenciar dentro de un radio amplio, dando lugar así al arbitrio judicial, que en ningún caso debe ser confundido con arbitrariedad, pues al decidir debía ceñirse de todas maneras a ciertas reglas y preceptos propios del *ius commune*, que evitaban posibles excesos a la hora de aplicar e interpretar las distintas normas; destaca entre ellas la regla *odia restringi*, con un contenido y sentido muy determinados en época indiana, pero completamente transformada en el período de la codificación (Bravo, 1991, *Arbitrio judicial*, pp. 9-10)¹¹.

Sin embargo, esta amplia libertad para la determinación del derecho aplicable no se concedía con lo expuesto en las sentencias. Una ley de 1778 recogida en la *Novísima Recopilación*¹² había prohibido la fundamentación de estas, si bien la práctica de no motivar los fallos imperaba desde hacía tiempo en Castilla y en Indias (Levaggi, 1978, La fundamentación, pp. 45-74). Como explica Guzmán Brito, este fue el principal obstáculo para el desarrollo de una jurisprudencia judicial y, en consecuencia, la posibilidad de invocar los fallos a modo de precedente,

pues no se explicitaban los motivos de las decisiones y por tanto muy poco era lo que, en ese sentido, podían citar juristas u otros jueces. En rigor, solían extenderse a las consideraciones de hecho y a los medios probatorios, omitiendo argumentaciones o razonamientos jurídicos. No puede, entonces, hablarse con propiedad de una jurisprudencia castellana o indiana aplicable como fuente del derecho en el Chile pre-republicano, si bien el papel de los tribunales fue de enorme importancia (Guzmán, 1982, *Andrés Bello codificador*, pp. 54-55), pues aunque nunca pudo constituirse en precedente vinculante, a través de las sentencias se adaptaba la letra de la ley a los casos concretos, fenómeno que en la América hispánica resultó natural atendiendo a la antigüedad que podían llegar a alcanzar las leyes en relación a las nuevas realidades a que ellas se veían enfrentadas¹³.

2.2. La fundamentación de las sentencias

La disposición de la *Novísima* a que nos hemos referido estableció el criterio legal en materia de fundamentación de sentencias que rigió en Chile hasta la dictación de la *Constitución de 1822*. En esta, en su artículo 219, ubicado en el título VII (“Del poder judicial”), capítulo IV (“De la administración de justicia i de las garantías individuales”), se dispuso: “Toda sentencia civil i criminal debe ser motivada”. En la práctica, sin embargo, esta norma no llegó a tener efecto, pues solamente fijó el

¹⁰ P. 1, 1, 18: “Como las leyes non deben ser desfechas sin causa razonable, e como se debe esto facer. Desatadas non deben ser las leyes, por ninguna manera, fueras ende si ellas non fuesen tales, que desalasen el bien que debían facer: é esto sería si oviese en ellas alguna cosa contra ley de Dios, ó contra derecho señorío, ó contra grand procomunal de la tierra, ó contra bondad conocida. E por que el facer es muy grave cosa, y el desfacer muy ligera, por ende el desatar de las leyes, es tollerlas del todo que non valan, no se debe facer sino con gran consejo de todos los homes buenos de la tierra, los mas honrados, e mas sabidores, razonando primeramente los males que y fallaren, por que se deban toller; é otrosí los bienes que y son, é que pueden ser. E después que todo lo ovieren visto, si fallaren que las razones dé las leyes tiran más á mal que á bien, puedenlas desatar e toller del todo. E si fallaren que en el bien ha una gran partida, como quier que non iguale con el mal deben follar la soberanía del mal, é guardarlo con la bondad del bien, así que la bondad del bien e de la asperedumbre del mal nazca derecho bueno, e comunal: onde por todas las maneras que habernos dichas, e pueden desatar las leyes, é non por otras”.

¹¹ Bernardino Bravo (2006, *El juez entre el derecho y la ley*, pp. 305-321).

¹² Nov. Rec. 11, 16, 8: “Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del Reyno: y que á exemplo de lo que va prevenido á la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se refería el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, título 2. libro 3. á otra qualquiera resolución d estilo que haya en contrario”.

¹³ Ávila Martel estudió en profundidad el fenómeno del arbitrio judicial en el campo del derecho penal, observando que en el ámbito del derecho civil también se dio esta situación. Ávila, A. (1941). *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, p. 37 ss.; Dougnac, A. (1994). *Manual de Historia del Derecho Indiano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 262-263.

criterio rector, pero sin implementar la correspondiente ley procesal que determinara el alcance de dicha exigencia y la forma en que los jueces debían darle cumplimiento. Con posterioridad, el presidente Prieto presentó al Congreso, en 1836, un proyecto de ley sobre fundamentación de sentencias, cuya tramitación quedó paralizada en la Cámara de Diputados debido al inicio de las hostilidades contra la Confederación Perú-Boliviana, pero que finalmente vio la luz al año siguiente por medio de un decreto con fuerza de ley, que vino en derogar el principio recogido en la *Novísima* al establecer que:

Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá a establecer la cuestión de derecho o hechos sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones¹⁴.

El efecto de esta ley fue importante, pues con ella se impone a los jueces nacionales por primera vez la obligación de motivar sus fallos. Su dictación, empero, ofreció varias dudas a la Corte Suprema, ya que su brevísima extensión no daba respuesta para el problema de un eventual vacío legislativo. En consecuencia, este tribunal elevó por oficio de 11 de febrero de 1837 una consulta de doce puntos al Ministerio del Interior, a la sazón dirigido por Diego Portales, en la que se piden aclaraciones. Portales dio traslado de ella al fiscal de la Corte, Mariano Egaña, a fin de contar con su parecer. El informe que emitió a modo de respuesta, fechado en 20 de febrero de aquel mismo año, fue hecho suyo por el Ejecutivo, y sancionado como ley el 1.º de marzo, y en el cual se estableció “sirva de regla a todos los juzgados y tribunales del Estado a quienes toca la observancia

de la ley a que son referentes las consultas de la Corte Suprema de Justicia”¹⁵.

Acerca de este dictamen, que terminó convirtiéndose en la segunda ley de fundamentación de sentencias, contamos hoy con una bibliografía que ha destacado sus más variados aspectos: su contenido, como una expresión de la legislación castellana vigente en la época, así como también una muestra de la alta cultura jurídica de su autor, bien versado en las obras de juristas hispanos, portugueses y franceses; e incluso el tratamiento que dispensó al derecho romano y la posibilidad de invocarlo como fuente en caso de vacío normativo¹⁶. En lo que a nosotros interesa, para Egaña resulta capital aclarar que la falta de ley expresa no es impedimento para que las sentencias se fundamenten, lo que al parecer constituía una práctica habitual que era necesario erradicar:

Que no puede dictarse sentencia alguna, sin que tenga fundamento, esto es, sin que existan razones y motivos bastantes que hayan obligado al juez a decidir tal cosa, mas bien que cualquiera otra. Estos fundamentos, se silenciaban hasta ahora; y la lei citada sin alterar el sistema de los juicios, ni los códigos en que deben encontrar los jueces la regla y motivo de sus decisiones, les manda esta razon que les obliga a decidir lo que aparece en su sentencia, ciñéndose (para evitar retardos y prolijidades inútiles o dañosas) a establecer la cuestión de hecho que motiva el pleito y sobre que recae la sentencia, y hacer referencia de la lei o leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones, propios mas bien de una disertación académica que de una sentencia (Anguita y Quesney, 1902, p. 295).

¹⁴ Bravo Lira apunta sobre la semejanza estilística manifiesta entre esta disposición y el artículo 1213 del Código de Comercio español de 1829: “Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones” (Bravo, 2006, *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico*, p. 531).

¹⁵ El texto de la ley, la consulta y el dictamen emitido a modo de respuesta aparecieron publicados en el *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, 7 (1841), pp. 90-101. El texto del proyecto se publicó originalmente en *El Araucano*, en su número 325 de 25 de noviembre de 1836, recogido en *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive* (Anguita y Quesney, 1902, p. 275).

¹⁶ Literatura sobre la ley: Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico* (323-359). pp. 354-359; Figueroa, M. A. (1982). *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*. En *Bello y el derecho* (pp. 86-92). A. Andrés Bello codificador. pp. 88-95; Guzmán, A. (1982). Historia del “referimiento al legislador”, II: el derecho nacional chileno. *REHJ*, 7 (107-130), 121-125; Hanisch, H. (1982). Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX. *REHJ*, 7 (131-172), 143-154.

Como ha sido puesto de relieve por los autores, tanto la consulta elevada por el ministerio así como el dictamen del fiscal eran, en razón de su contenido, prelaciones de las fuentes del derecho vigente en la época (Anguita y Quesney, 1902, pp. 294-295)¹⁷. En ambos la ley ocupa un sitio de primacía y, en el segundo, recurrir a otras fuentes queda sujeto a la falta de norma expresa sobre el caso o a la imposibilidad de aplicar los principios de otras por vía analógica¹⁸; en lo que se refiere al empleo de las sentencias de otros tribunales, ello estaba expresamente planteado en el punto octavo: “¿Cómo se fundarán las sentencias cuando no hai lei ni analogía de otra, y solo se encuentran opiniones de autores jurisperitos o ejemplos de los tribunales de España?” (Anguita y Quesney, 1902, p. 295). Egaña no duda en invocar la legislación vigente para ofrecer una respuesta condicionada: a falta de ley escrita, aplicación analógica y costumbre, no pueden citarse directa y textualmente las opiniones de los autores ni las sentencias de los tribunales, sino que deben emplearse los principios generales del derecho que motivaron a los jueces a decidir en un determinado sentido. Para explicar esta suerte de despersonalización de los fallos, basta observar que la doctrina y la jurisprudencia son las fuentes en las cuales pueden propiciarse en mayor grado las discusiones eruditas, precisamente aquellas que Egaña quería alejar de las cortes y mantener para las aulas; guarda sentido, entonces, que la invocación de principios generales sea permitida y la cita textual prohibida. La regulación que hemos comentado subsistió hasta el 12 de septiembre de 1851, cuando se promulgó la *Ley sobre acuerdos y fundamentación de sentencias*, cuyo artículo 3 N° 3 disponía de la siguiente manera:

Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia i las revocatorias de otro Tribunal o Juzgado

contendrán: N. 3: Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia (*Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, 1851, 19, 524)¹⁹.

Resulta de gran importancia para nuestro trabajo, especialmente respecto de las leyes de fundamentación de las sentencias, referirnos a la publicación de la *Gaceta de los Tribunales*, la que puede ser considerada con toda razón como la primera revista jurídica de Chile²⁰. Fundada en 1841 por José Gabriel Palma (1791-1869), y redactada por Antonio García Reyes (1817-1855) y Antonio Varas (1817-1886), sus páginas estaban destinadas a la publicación tanto de las sentencias de los tribunales de primera como de segunda instancia, así como de leyes, reglamentos, decretos y autos acordados, lo mismo que a la de artículos de doctrina y comentarios de sentencias. Desde 1860, sin embargo, la revista recogió exclusivamente las primeras. Su publicación fue la respuesta a la exigencia impuesta a los jueces en 1836 y confirmada nuevamente en 1837 y en 1851, de fundar sus sentencias, cifrándose en ello la esperanza de que estas habrían de quedar incorporadas al sistema de fuentes del derecho nacional. Pero en los hechos estas expectativas quedaron frustradas, pues la fundamentación se limitó a la cita escueta de las leyes aplicables, sin mayores razonamientos ni argumentaciones, y con escaso recurso a las otras fuentes permitidas por la tercera ley sobre la materia, que bien podían enmarcarse dentro de las “razones de equidad natural” (Guzmán, 1982, *Andrés Bello*, I, pp. 97-99). Como explicamos antes, esta práctica databa de época indiana, y se reforzó a consecuencia de lo

¹⁷ En la consulta, el punto 2.º trata sobre la costumbre; el 7.º sobre el derecho romano; el 8.º sobre la doctrina y la jurisprudencia de tribunales. En el dictamen, las fuentes del derecho aceptadas fueron las siguientes, en debido orden: la ley escrita vigente (de acuerdo a lo establecido en la ley I de Toro, considerando además las modificaciones introducidas por el derecho patrio); en su defecto, los principios generales y particulares de las leyes y la analogía; faltando ambos, la costumbre; y en ausencia de esta última, los principios aceptados por las sentencias de otros tribunales y la opinión de los juristas, incluyéndose el derecho romano entre aquellas. Véase Guzmán, A. (1982). *Andrés Bello codificador*, p. 90.

¹⁸ Sin embargo, el legalismo de Egaña, aunque expresado en forma incuestionable a través de su informe, no llega a erosionar ni menos a demoler el sistema de fuentes vigente en la época de su dictación, lo que confirma que verdaderamente su objetivo era imponer la obligación legal a los jueces de fundamentar sus sentencias y no el prohibirles acudir a otras distintas de la ley escrita (Figuroa, 1982, *La codificación*, pp. 89-90; Guzmán, 1982, *Andrés Bello codificador*, pp. 91-92).

¹⁹ Vid. Merello, 1983, pp. 71-98.

²⁰ Sobre la *Gaceta* apreciada como publicación de interés científico, la bibliografía especializada es todavía escasa. Véase Brahm, E. (1991, pp. 45-56); Guzmán, R. (1983, pp. 159-269). También Carvajal (2012, pp. 180-183).

preceptuado en las leyes de 1836 y 1837, que prohibían “comentarios y otras explicaciones”, si bien tenemos noticias de que en algunos casos se aplicaron principios generales, con resultados cuestionables²¹.

La *Gaceta de los Tribunales* gozó desde sus inicios y durante toda su vigencia de una regularidad notable. Fue incorporada a la *Ley Orgánica de Tribunales* de 1875, en su artículo 95 N° 3, en que se ordena que el voto y fundamento de los ministros que no opinaran como la mayoría de la sala se publicarían en el referido periódico. Complementando lo anterior, por decreto de 20 de noviembre de 1878 se dispone que el objeto principal de la *Gaceta* es establecer la jurisprudencia práctica que se deduce de las sentencias pronunciadas en asuntos contenciosos. Su finalidad, en otras palabras, es dar a conocer la doctrina fijada por los tribunales (Hanisch, 1982, pp. 168-169). A partir de 1875, entonces, podemos comprobar la existencia de sentencias fundamentadas de manera más completa, si bien en la forma limitada que prescribió la ley.

2.3. Historia del artículo 3.^o²²

Tan importante como conocer el sentido y los límites de la jurisprudencia judicial en el derecho indiano y los distintos cambios legislativos referidos a la fundamentación de las sentencias en el período republicano, es establecer la historia del artículo 3.^o del Código Civil, sobre todo considerando que nuestra exposición versará especialmente acerca de dicha norma; su estudio, por consiguiente, requiere remontarnos hasta los antecedentes que Bello pudo haber tenido a la vista para decidirse por la redacción definitiva que conocemos hoy en día.

El *Título preliminar* del “Primer Proyecto” del *Código* (de fecha de redacción incierta, pero presentado por Bello a la Comisión de Leyes del Congreso en octubre de 1840) contenía un artículo 9 del siguiente tenor:

Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una Corte Superior o Suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales (Ávila y Guzmán, A., 1978, pp. 141 ss.).

Como puede observarse, se trata en este artículo de una actividad interpretativa de carácter restringida, pues lo que justifica el ejercicio hermenéutico respecto de las leyes es su aplicabilidad al caso especial; seguramente, Bello está pensando en el litigio cuya solución no se encuentre en norma expresa, lo que guarda relación con lo dispuesto en la ley de fundamentación de sentencias de 1837, entonces en vigor. Por supuesto, lo destacable es que esta disposición permite la remisión específica a las sentencias de la Corte Suprema en la medida, como es lógico suponer, de que los casos sobre los cuales se pronunciaron compartan características similares respecto de los que el juez debe en su momento fallar, pues la letra del artículo no señala dicha circunstancia. En pocas palabras, esta autorización estaba particularmente condicionada, advirtiéndose además al juez que el resultado final de este ejercicio de aplicación e interpretación no podía tener el carácter de generalidad propio de una ley. Evitar revestir a las interpretaciones judiciales de un valor universalmente obligatorio, y confinar sus efectos solo respecto de la causa que las motivan, guarda perfecta coherencia con el principio medieval de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, que Bello conocía a través de su expresión en los códigos modernos (Guzmán, A., 2011, p. 54). De todas maneras, puede observarse que, más que una verdadera regla de interpretación, lo que dispuso el artículo que comentamos fue una manera de fundamentar de las sentencias.

²⁰ Sobre la *Gaceta* apreciada como publicación de interés científico, la bibliografía especializada es todavía escasa. Véase Brahm, E. (1991, pp. 45-56); Guzmán, R. (1983, pp. 159-269). También Carvajal (2012, pp. 180-183).

²¹ Así, Cosme Campillo (1826-1889) nos informa que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley de 1851, no era infrecuente que los tribunales fallaran invocando principios generales de forma vaga o sin conexión con el litigio, en el caso de ausencia de ley aplicable, lo que para muchos abogados y académicos era nada menos que un incumplimiento a la ley y una muestra de arbitrariedad (Campillo, 1863, pp. 110-116).

²² Bibliografía para el estudio de esta materia: Ávila y Guzmán, A. (1978, pp. 141 ss.); Barrientos (2014, pp. 31-38); Guzmán, A. (2011, pp. 25-27).

El “Primer Proyecto” no señala fuentes para este artículo 9, y no se encuentra algún modelo en la legislación de la época. Claramente, cuando se le compara con el tenor del artículo 3.º de nuestro *Código* actual se advierte de inmediato una sustancial diferencia, explicable en parte porque cada uno tiene una finalidad distinta. El primero, como acabamos de señalar, ordena una manera de fundamentar las sentencias, mientras que el segundo, en opinión de Guzmán Brito, tuvo como propósito original prohibir los así llamados *arrêts de réglemant*, de un modo similar a lo que había hecho el artículo 5 del *Code* (Guzmán, A., 2011, pp. 52-53)²³, lo que se corresponde con lo que sabemos respecto de las fuentes del inciso 2.º del artículo 3.º (Barrientos, 2014, pp. 31-32)²⁴.

Nada de lo dispuesto en la redacción original del artículo 9 del “Título Preliminar” de 1840 llegaría al *Proyecto de 1853* (Ávila y Guzmán, A., 1978, pp. 108-110)²⁵. En este, las reglas de interpretación quedaron fijadas de casi idéntica forma a como terminaron por ser recogidas en el *Código* de 1855, descartándose

establecer al mismo tiempo reglas que se refirieran a la fundamentación de sentencias. Bello y los restantes miembros de la Comisión Revisora estimaron que dicha materia, por su naturaleza, debía estar regulada en un código especial (Guzmán, A. 1980, p. 418) lo que en parte se cumplió en 1875. Especialmente sensible es la omisión, en el *Código* finalmente promulgado, de la autorización expresa concedida al juez para remitirse al precedente judicial (al menos al establecido por la Corte Suprema), sin que se hubiera establecido alguna norma equivalente. Podemos finalizar este apartado destacando que el estudio de la historia interna del actual artículo 3.º desde sus fuentes conocidas más antiguas no permiten dudar que la intención original de Bello era, por lo menos en lo que respecta a la fundamentación de las sentencias, permitir el recurso de invocar el precedente (Guzmán, A. 2011, pp. 51-52), lo que guardaba consonancia con lo dispuesto en la ley sobre la materia de 1837 y en parte con la de 1851, que las admitía entendiéndolo de manera amplia la expresión “razones de equidad natural”.

²³ Sobre los *arrêts de réglemant*, explica Guzmán Brito: “La norma francesa fue pensada en función de abolir una práctica extendida entre los Parlamentos o altas cortes de justicia del Antiguo Régimen, consistente en emitir los denominados *arrêts de réglemant*. Se trataba de decisiones solemnemente adoptadas, de donde que también se los llamara “*arrêts en robe rouge*”, con valor *erga omnes* dentro del distrito jurisdiccional del Parlamento que las emitía. Su finalidad era suplir el silencio de las *coutumes* o de la legislación real, y no, pues, modificarlas o abrogarlas”. Estos *arrêts* tenían valor provisional, y debían ser confirmados por el Rey por medio de la respectiva ley; solían ser emitidos con ocasión del fallo de una serie de casos litigiosos en que había resultado observada la laguna. “Estrictamente, tal práctica no era una vulneración al principio de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, ni una manifestación tampoco del *stare decisis* (estar a las cosas decididas) o precedente judicial, sino una suerte de usurpación del poder legislativo del Rey, porque las mencionadas sentencias no tanto interpretaban sino que regulaban, ni valían en otros casos sino en cuanto contenían precisamente una regulación general. En contra de semejante usurpación reaccionó el artículo 5 CCFr., el cual quiso, en otras palabras, impedir que los tribunales emitieran normas generales”. El artículo 5 del *Code* reza así: “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”: “Se prohíbe a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que le son sometidas”.

²⁴ Descartadas las apuntadas en el Proyecto de 1853, se cuenta con la anotación que hizo el propio Bello en su “Comentario” a los primeros 76 artículos del Código, en la que señala “Código Francés, artículo 5”, que contenía la prohibición de los jueces de pronunciarse, por vía de disposición general y reglamentaria, sobre las causas que le estaban sometidas. Además, lo mismo que en el inciso anterior, Bello pudo haber tenido a la vista la obra de Merlin”.

²⁵ El artículo 9 permaneció inalterado, como artículo 11 en el *Título preliminar* del “Proyecto de 1841-1845”, esto es, en aquél publicado en el periódico *El Araucano* entre el 7 de mayo de 1841 (en el cual precisamente apareció el *Título preliminar*), y el 19 de diciembre de 1845, y que fue el resultado de las discusiones de la Comisión de Codificación de las Leyes Civiles creada en 1840, a que Bello fue sucesivamente presentando las diferentes partes del proyecto parcial de Código (justamente el “Primer Proyecto”), que había elaborado personalmente en la década anterior. En fin, como es sabido, el *Título preliminar* entero, y con él su artículo 11, desapareció en la segunda edición del “Proyecto de 1841-1845”, que se denomina “Proyecto de 1846-1847”, por haberse editado entre esos años.

3. La recepción del artículo 3.º en la doctrina del siglo XIX

Como acabamos de ver, con anterioridad a la fijación definitiva de las fuentes del derecho aplicables por el juez en 1855, la jerarquía y prelación de estas estaba regulada por la ley de fundamentación de sentencias de 1837, que ofrecía un cuadro de pluralidad y, a partir de la cual, nada impedía que, en caso de ausencia de legislación aplicable, el juez pudiera recurrir a las sentencias dictadas por otros tribunales, lo que también era aceptable bajo el imperio de la ley de 1851. Sin embargo, cualquier tipo de tensión que existiera entre admitir o no el precedente judicial como una fuente del derecho vinculante para los jueces, terminó por inclinarse definitivamente por la negativa, a partir del título preliminar del *Código*, específicamente en su párrafo 1 (Guzmán, A. Andrés Bello, 1982, p. 457)²⁶. Respecto del artículo 3.º, finalmente restringió el valor de las sentencias judiciales a las causas en que actualmente se pronunciaran, con lo cual quedó eliminada la posibilidad de invocar la jurisprudencia judicial como fuente vinculante. Es cierto que Bello siempre tuvo una idea clara de sujeción de los jueces a la ley²⁷, pero esto no significa que no hubiera considerado seriamente, al menos hasta 1845, la posibilidad de acudir a las sentencias de la Corte Suprema en caso de que no existiera ley aplicable sobre la materia litigiosa (entendiendo aquí “ley” en el amplio sentido del derecho indiano) (Dougnac, 1994, pp. 227). Esta situación sobre las fuentes del derecho terminó por fijarse con la versión definitiva del Código, por lo que, a partir de 1857, quedó establecido el criterio legalista de aplicación e interpretación por parte de los jueces (Lira, P., 1956, p. 60).

Lo que demanda nuestra atención en este apartado es estudiar, una vez que el *Código* entra en vigencia, la recepción del artículo 3.º por parte de la doctrina. En efecto, teniendo esta disposición el complejo trasfondo que acabamos de presentar, no resulta extraño que muchos fueran los autores que trataran sobre ella, desde la perspectiva del derecho civil o del procesal. En tales condiciones, resulta lógico esperar tanto coincidencia como disparidad en las opiniones, aunque todas comparten un común denominador, pues en ellas se aprecia una mayor o menor aceptación de la idea de permitir al juez invocar el precedente, estando condicionada esta posibilidad al grado de confianza que inspiraran los togados, considerando por lo demás la constante deficiencia en la fundamentación de las sentencias, circunstancia de la que ya dimos cuenta. Debe advertirse además que los autores de esta época no siempre emplean con rigurosidad las distintas categorías conceptuales pertinentes sobre la materia, lo que trae como consecuencia un tratamiento dispar de nuestro objeto de estudio: así, algunos lo consideran norma de interpretación, mientras que otros lo toman como manifestación del principio de separación de poderes, e incluso unos cuantos se refieren indirectamente a esta norma como un límite a la fundamentación de los fallos judiciales. De esto nos haremos cargo a continuación.

3.1. El artículo 3.º para los comentaristas del Código

No está de más destacar que aquellos que redactaron las primeras obras de explicación e interpretación del Código pertenecen a una época de transición, entre

²⁶ La costumbre, por su parte, tenía en el *Proyecto de 1853* un valor muy superior que al que, en definitiva, vino a reconocérsele en el Código finalmente promulgado.

²⁷ Acá es manifiesta la dualidad de Bello en este tema. Por una parte, habla en elogiosos términos respecto de los magistrados (1836, *El Araucano 280*) Ahora en Bello (1885, *Administración de justicia*. En *Obras completas*, pp. 89 ss.): “Reconociendo las cualidades que adornan a los signos individuos que componen la alta magistratura de Chile [...] nada es más a propósito para oscurecer el brillo de la magistratura y para envilecerla en cierto modo a los ojos de sus compatriotas y de las naciones extranjeras, que la dura necesidad en que está colocada de administrar un sistema vicioso, cuyos malos efectos se imputan sin razón a los jueces, en vez de atribuirse a las leyes y prácticas establecidas” (p. 92). Al mismo tiempo, no es concebible para ellos otra cosa que la completa sujeción a la ley: “Puede muchas veces al juez parecer una ley injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto; pero, con todo, no puede obrar contra esa ley, ni puede desentenderse de ella, porque si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados.” (Bello, 1836, *El Araucano*, 311, 201 ss.). Ahora en *Observancia de la ley* (1885, *Obras completas*, p. 292).

una cultura jurídica basada en la opinión de los autores y una basada en la letra de la ley²⁸. Por mucho que la obra de Bello no hubiera significado una ruptura total con el derecho romano-canónico ni con el indiano²⁹, era inevitable que a partir de 1857 se introdujeran innovaciones para las cuales se requería de un tipo distinto de literatura jurídica, pensada especialmente para los estudiantes³⁰. Este es el contexto en donde se desenvuelven los comentaristas (Guzmán, A. 1992, pp. 81-88), lo que no significa forzosamente, como tendremos ocasión de ver, que fueran los únicos que se pronunciaran sobre el tema.

Resulta a lo menos curioso que, a poco de promulgado el Código, una de las primeras voces en pronunciarse sobre el alcance y fuerza de la sentencia judicial haya sido la de un joven estudiante de reciente graduación, José Manuel Fernández Carvallo (1836-1890), quien publicara su memoria de licenciatura, *Exposición del art. 1554 del Código civil, sobre la obligación que nace de la simple promesa de celebrar un contrato, i de una sentencia en que se relaciona con él, en las páginas de los Anales de la Universidad de Chile*, de 1864. Más allá de lo que el título sugiere, el tema principal de su trabajo es introducido con la cuestión sobre el alcance de las decisiones judiciales, ofreciendo desde el inicio mismo su parecer:

Fijando el Código civil en el art. 3.º la diferencia de atribuciones que al poder legislativo i judicial corresponden acerca de la interpretación i explicación de las leyes, establece que, solo las que emanan del primero gozan de fuerza generalmente obligatoria,

al paso que las del segundo la tienen, poco limitada no más que a cada una de las causas en que actualmente se pronunciaren. De este carácter limitado atribuido por la lei a las interpretaciones judiciales, se infiere claramente que las que sientan en sus decisiones los tribunales de justicia no vienen a ocupar en la jurisprudencia un puesto preferente al de una mera opinión privada. Será, si se quiere, mucho el respeto que ellas se merezcan, debiendo sobre todo considerárselas como el resultado de maduras deliberaciones; pero no basta esta circunstancia para que se defiera a ellas de un modo absoluto: supuesto que esta diferencia siempre había de ser mayor o menor, según que dichas interpretaciones anden más o menos acordes con el sentido i espíritu de las leyes sobre las cuales recaen. I no faltan a este respecto quienes crean que, en tratándose de la inteligencia de las leyes, es tanto más conveniente apartarse o prescindir del todo de interpretaciones judiciales (1864, pp. 810-811).

Lo que acabamos de transcribir merece por cierto algunos comentarios. Llama la atención en primer lugar que Fernández atribuya una naturaleza que podríamos llamar híbrida al artículo: por una parte, constitucional, cuando habla de los poderes legislativo y judicial, y por otra, civil, cuando habla de la aplicación de las leyes. Además, la idea un tanto difusa de que la interpretación judicial, en cuanto a su valor, se encuentra al mismo nivel que una opinión privada; probablemente está pensando en términos de jerarquía de las fuentes y quiso dar a entender que la sentencia del juez es similar en este sentido a la opinión del jurista. Finalmente, que cualquier

²⁸ Una destacable síntesis sobre las características de este periodo puede encontrarse en Barahona (2010, pp. 429-435) con notas.

²⁹ Tómese en cuenta el catálogo de fuentes de que se sirvió Bello para la redacción, entre las cuales predominaron indiscutiblemente las *Siete Partidas*, estudiadas por él con frecuencia. La vigencia de este cuerpo legal se mantuvo hasta bien entrado el siglo XIX. Al respecto, Bravo (1985). Para el resto de las fuentes, entre las que hay que considerar a la *Novísima Recopilación*, el *Fuero Real* y las *Leyes de Toro*, además de la antigua literatura jurídica del derecho castellano, Guzmán, A. (1982, *Andrés Bello*, pp. 414-421), con notas. También Martínez (2008, pp. 355-368). No queremos con esto (ni podríamos) desconocer el influjo que efectivamente tuvo el *Code* en los trabajos preparatorios a la redacción del Código Civil, en cuanto a su estructura y orden de materias, así como el ejercido por la literatura jurídica francesa, pues hay sobrada evidencia de que las obras de Pothier y Troplong, entre otros, fueron consultadas a menudo por Bello. Véase Ramón Domínguez Águila (2005, La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno. *CAJ*, 2, pp. 61-80). Para la recepción del *Code* en Hispanoamérica, Guzmán, A. (2005, pp. 27-60).

³⁰ Innovaciones tales como, además de la idea de legalidad, la de libertad, principalmente mediante la acogida del concepto moderno de propiedad, lo que se manifiesta en varias disposiciones dentro del Código que eliminan las trabas propias del Antiguo Régimen a la circulación de los bienes, como los artículos 745, 769 y 982, y la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el artículo 1545; y también la idea de igualdad, esto es, que la ley solo reconoce a un sujeto de derecho, la persona humana, como se aprecia en los artículos 55, 57, 982 y 1446. Guzmán, A. (1982). *Andrés Bello codificador*, pp. 455-457. También Lira, P. (1956), pp. 7 ss.

tipo de fuerza vinculante que la interpretación judicial aspire a alcanzar, la tendrá por su mayor adecuación con el espíritu y sentido de las leyes. Así vista, no podría menos que advertirse una suerte de hostilidad de parte de este memorista a la figura del juez, a tenor de la oscura referencia sobre los que sostenían una eliminación completa de la interpretación judicial. Pero Fernández se aleja de esta última postura, pues existen razones de utilidad que aconsejan su conservación, si bien en los modos impuestos por la ley:

No ignoro, sin embargo, que los tribunales, hallándose en el caso de ser consecuentes en sus resoluciones posteriores desde que han adoptado un parecer sobre una lei, no es fácil que se aparten de él: lo común será que lo sigan adelante como regla invariable para fundar idénticas decisiones. I es indispensable que razones poderosas estén en favor de esta práctica, no siendo entre otras despreciable la de que, si a la oscuridad, inexactitud demás imperfecciones inherentes a las leyes humanas, se agregara de parte de los tribunales la falta de uniformidad en la aplicación de las mismas, en lugar de una fuente sola de litigios, habría dos, con la circunstancia de que la segunda vendría quizás a abrir un camino más expedito todavía para apoyar supuestas pretensiones (p. 811).

En otras palabras, la interpretación judicial debe ser preservada por dos razones: i) en la medida en que las Cortes fallen de acuerdo al tenor literal de la ley o de su espíritu, llegado el caso, se irá produciendo una tendencia que con posterioridad los tribunales de toda jerarquía inevitablemente adoptarán, aunque sea por motivos de comodidad; y ii) si llegara a restringirse en grado tal que en la práctica se eliminara, se generaría una situación potencialmente peligrosa, pues son los mismos tribunales los encargados de corregir las desviaciones que se producen cuando los jueces se apartan de la ley (dado que el Congreso y el Presidente no pueden revisar las sentencias pronunciadas). Ahora bien, debido a que la vasta mayoría de las memorias de licenciatura en el siglo XIX carecían de una bibliografía extensa, no estamos en condiciones de saber si las afirmaciones de que hemos dado cuenta fueron acuñadas originalmente por el

mismo Fernández, pareciendo más probable que haya hecho suya una opinión común en la época. Por ello, lo que interesa aquí es observar cómo durante el resto del siglo se generó una corriente doctrinaria mayoritaria, que sostuvo firmemente la idea, más que de la primacía de la ley, la del verdadero alcance constitucional del artículo 3.º.

Ya en las obras de los comentaristas, debemos comenzar, como no podría ser de otra manera, con José Clemente Fabres (1826-1908), quien publicó en 1863 sus *Instituciones de derecho civil chileno*, las cuales tuvieron una segunda edición corregida, en dos volúmenes, en 1893. En cuanto al contenido, esta obra se ciñe a la estructura de materias del *Código*, y de acuerdo a ella el autor ofrece comentarios sobre sus disposiciones. Pues bien, ¿qué nos dice sobre el artículo 3.º? En la primera edición poco es lo que puede encontrarse sobre ello, pero su forma de enmarcar esta disposición fue modélica. En el contexto de la época, no existiendo una cátedra especialmente dedicada a lo que llamaríamos hoy “Teoría del Derecho”, los autores solían destinar la explicación de los aspectos teóricos de la ley en la parte introductoria de los comentarios al *Código* o bien cuando comentaban las disposiciones del “Título preliminar”. A propósito de esto, se refiere a la tripartición de las fuentes del derecho, en el que la sentencia judicial se encuentra desplazada por la ley y la costumbre *secundum legem* (en ese preciso orden). De ello no debemos sorprendernos. Fabres es el primero de una prolongada serie de autores para quienes la omnipotencia de la ley es una de las características más novedosas y relevantes del nuevo Código, y ello justifica el tratamiento preferente que se hace de dicha fuente del derecho por sobre las restantes³¹.

Más interesantes resultan los comentarios vertidos por el mismo Fabres junto a Enrique Cood (1826-1888), en sus respectivas lecciones, recogidas en las *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, publicada en 1882. En ella hay una referencia más extensa sobre el artículo 3.º, respecto del cual se destacan las dos perspectivas de análisis relevantes para los autores del período: i) la regla primordial de interpretación, en su inciso 1.º; y ii)

³¹ Fabres; J. C. (1863). *Instituciones de derecho civil chileno*. Valparaíso: Imp. del Universo de G. Helfmann, pp. 2-3.

entender el artículo como una manifestación de la teoría de la separación de poderes del Estado. En efecto, así lo declaran expresamente. En cualquier caso, para estos autores el foco de atención está puesto en la interpretación realizada por los tribunales y el alcance que se debe dar a ella. Por supuesto, se encargan de exponer algunos ejemplos que representan excepciones para amplio sentido del segundo inciso del artículo 2.º (sobre la sentencia judicial que alcanza al deudor solidario, o la que se emite respecto del estado civil), pero:

fuera de los casos en que actualmente se pronunciarán las sentencias, la interpretación en ellas contenida i que se manifiesta en su parte resolutive o es explicada en los considerandos que suelen precederla (en los que, en ocasiones, se hacen valer principios teóricos no consignados en la letra de la ley), no tiene más fuerza de la que tendrían sin esta circunstancia las razones aducidas (Cood y Fabres, 1882, p. 23).

Puede observarse que, de acuerdo con la experiencia de los autores, podían hallarse en su época sentencias en las cuales, ya fuera en su partes considerativa o resolutive, se invocaran unos “principios teóricos” (no sabemos cuáles exactamente), que obedecían al propósito de fundamentar una interpretación de carácter extralegalista, la que, sin embargo, no tenía por ello

más fuerza que la usual³². Parece ser que, al menos desde la perspectiva de Cood, si bien en ningún caso la interpretación judicial manifestada en una sentencia tendrá tal alcance como para llevarla a una abierta contradicción con la ley general, no debe desestimarse *a priori* su valor:

Ella debe considerarse como la opinión ilustrada e imparcial de personas inteligentes i prácticas que han sufrido un largo noviciado ántes de llegar a la magistratura, i que, por el objeto especial de sus funciones, han debido dedicarse a un estudio serio de la les leyes i de las reglas de interpretación (Cood y Fabres, 1882, p. 24)³³.

Fabres reeditaría sus *Instituciones* en 1893, contemplando numerosas adiciones a su contenido, incluyendo también sus “Notas”, que no eran otra cosa que comentarios extensos de determinados artículos. El 3.º, a diferencia de la primera edición, le merece un examen detenido, pero su exposición viene a ser una verdadera lección elemental sobre teoría del Estado, más que una opinión desde el derecho civil. En ella, reafirma su idea acerca de dicha disposición como una expresión clara del principio constitucional de separación de poderes, del cual, por cierto, el legislativo “es el primero y el más alto de los tres Poderes; sus mandatos se denominan leyes y

³³ Vid. nota 21.

³² Por lo demás, nos informa que en su época se tenía en el foro una elevada opinión de la interpretación judicial, debido fundamentalmente a la regularidad con que se publicaban las sentencias en el periódico oficial destinado para ello, la *Gaceta de los Tribunales*, que mucho contribuía a la difusión del contenido de las resoluciones judiciales entre aquellos que tuvieran interés en conocerlas. Aunque advierte, finalmente, que en caso de que al abogado o académico la interpretación judicial le pareciera errada, debe ser impugnada, “en la confianza de que la ilustración e integridad de nuestros Tribunales les harán volver a la verdadera doctrina, si llega a convencerseles de que se han apartado de ella”. (la cita en p. 25). La idea de que las características personales y profesionales del juez constituyen un factor relevante a la hora de reconocer un peso adicional a sus sentencias se encuentra también en el derecho canónico (si bien tratada en términos distintos a los que los comentaristas del Código solían emplear, por razones obvias). Así, Lorenzo Robles (1817-1902), quien a propósito de su exposición acerca de los deberes específicos que deben cumplir ciertos miembros de la sociedad, se refiere especialmente al juez, a quien destina todo un capítulo (De las obligaciones de los jueces i reglas a que deben sujetarse en orden a las decisiones de las causas). Los jueces, como personas públicas que son, deben cumplir con su *officium* (deber) de acuerdo a ciertos principios de carácter teológico, del cual se destaca especialmente el II: “Todo juez para desempeñar cumplidamente los deberes de su oficio necesita estar adornado: 1, de una inteligencia no común para que pueda comprender bien la naturaleza de las causas; i dar a las leyes su recto sentido; 2, de ciencia suficiente para conocer las cuestiones de hecho i de derecho, debiendo estar versado tanto en las leyes patrias, como en las costumbres de los lugares i ordenanzas especiales, sin descuidar la lectura frecuente de la aplicación de las leyes en las sentencias de los demás jueces i tribunales superiores”, confróntese su *Concordancia de la teología moral con el Código Civil chileno, en los tratados de derecho, justicia i contratos* (186, pp. 283-284). En Robles puede apreciarse con claridad el dualismo entre el juez-erudito y el juez-aplicador, pues si bien es deseable que el letrado se encuentre instruido en el mayor grado posible, el objetivo de ello no es permitirle una interpretación creativa del derecho, sino que ejecutar la ley de la forma más estricta posible, y por eso es que debe estudiarla asiduamente: “por consiguiente debe saber que ha sido constituido, no para reformar ni mudar las leyes, sino para cumplirlas i hacerlas observar”. Si se le permite alguna licencia en este respecto, es para los casos especiales en que el juez debe consultar más la intención de la ley que sus palabras (pero sin apartarse de ella), atendiendo ciertas características personales de las partes que acuden a él (p. 284). En términos similares, Justo Donoso (1857, pp. 206-207).

obligan á todos los ciudadanos, incluso los magistrados del orden administrativo y del judicial” (Fabres, 1863, *Instituciones de derecho civil chileno*, 2ª ed. Notas p. 177). Es por ello que las sentencias, en rigor, no crean derechos ni obligaciones como tales, sino que solamente declaran los primeros y hacen cumplir las segundas mientras estén establecidos por la ley; y no tienen más alcance que los dados por la causa para las que han sido emitidas. No existen, sobre la interpretación judicial o el precedente, mayores comentarios que los que podemos hallar en la primera edición.

Le sigue a Fabres y a sus *Instituciones*, Jacinto Chacón (1820-1898), quien publicó en tres volúmenes su *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*. Lo mismo que su antecesor, y en concordancia con la opinión general de su tiempo, Chacón entiende que el título preliminar del *Código* debe ser comprendido a la luz de la teoría de la ley. Pero en vano se buscará en este autor alguna referencia especial sobre el precedente judicial. Pueden encontrarse, de todas formas, dos menciones acerca del juez y las reglas de interpretación, que permiten suponer un aprecio limitado de parte de este autor hacia los togados. La primera, sobre el artículo 23, que este autor entiende literalmente, y respecto del cual no duda en advertir que “Si bajo pretexto de equidad o de lo odioso i favorable, se permitiere al juez extender o restringir la lei fuera de los términos u objeto expresados en ella, pondríamos en sus manos un poder arbitrario, siempre peligroso” (1868-1882, pp. 39-40). La segunda, cuando se dan circunstancias tales en que no es posible aplicar las reglas de interpretación establecidas en el título preliminar, incluyendo la contenida en el artículo 24, y

la contradicción o la oscuridad subsiste i diere lugar a doctrinas diversas i a fallos contradictorios, la Corte Suprema de justicia i las Cortes de Alzada, en su caso, podrán dirigirse al Presidente de la República para que recabe del Congreso la declaración interpretativa correspondiente; i esto podrán hacerlo (...) pues esas Cortes no solo están facultadas sino que, por la naturaleza de sus funciones, están aún obligadas a dar cuenta al Presidente de la República de las dudas i

dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia i aplicación de las leyes (p. 40).

¿Qué debemos entender de lo expuesto por Chacón? Si apreciamos sus ideas conjuntamente sobre el rol que cumple el juez, lo primero que establece son los límites respecto de su actividad, la cual no es otra que la interpretación (y únicamente esta), pero sin autonomía: incluso en los casos extremos en que no pueda aplicarse siquiera el artículo 24, se veda al juez de fundamentar sus sentencias en otras anteriores, y básicamente se estima como diligencia obligatoria acudir al Presidente como intermediario entre los tribunales y el Congreso, con el fin de solicitar una ley interpretativa; al decir “correspondiente”, no excluye la posibilidad de que pueda pedirse concretamente para un caso singular, que por sus características peculiares tal vez no halló cabida en la legislación o incluso en la equidad.

Por su parte, también Robustiano Vera (1844-1916) en su *Código civil de la república de Chile, comentado i explicado*, publicado en 1892, dedica algunas palabras sobre el artículo que estudiamos. Participa plenamente de la idea mayoritaria de su época, a saber, que esta disposición es en realidad la manifestación en un código de derecho privado de un principio constitucional³⁴. Por ello,

Solo el Congreso tiene en Chile la facultad de dictar las leyes. A él también le corresponde interpretarla para que sea obligatoria, cuando en ella se noten vacíos. Los jueces deben solo aplicarla [la ley], tal como se promulga, sin poder salir de ella i sin darle otro alcance que aquel que ha sido la mente del legislador al dictarla, buscando para ello su oríjen en los boletines de su formación (Vera, 1892, p. 3).

En pocas palabras, la interpretación judicial es para Vera un ejercicio en extremo restringido, pues i) solamente se justifica cuando existen vacíos normativos, y ii) debe manifestarse exclusivamente a través del referimiento al legislador, lo que de por sí es posible solamente por medio del estudio de los boletines (lo que llamaríamos

³⁴ Como lo sostuvieron también los cultivadores de derecho público contemporáneos de Vera (Lastarria, 1865, pp. 110 ss.; Roldán, 1913, pp. 472 ss.)

hoy en día la historia de la ley, documentada a través de las actas de las respectivas sesiones parlamentarias) (Vera, 1892-1897, *Código civil*, p. 4)³⁵. Sin embargo, Vera se muestra inclinado a favorecer el rol de los tribunales como los genuinos intérpretes prácticos de la legislación, incluso en desmedro de la actividad hermenéutica llevada a cabo por juristas. De hecho, este autor no vacila en declarar que la facultad de que hablamos:

es derecho exclusivo y peculiar del Poder Judicial, así como el dictarlas e interpretarlas de un modo general para que sea obligatoria en toda la República, es obra del Congreso. Las sentencias judiciales forman la jurisprudencia práctica de los tribunales i de este modo se ve como se aplica i se entiende la lei. Esta jurisprudencia viene en último término a establecer la más autorizada inteligencia de la lei, pero sin que se entienda que de este modo se pueda arrebatar jamás sus funciones al Poder Lejislativo (Vera, 1898, p. 3).

Lo dicho por Vera apunta a la idea de que, si bien se debe tener una consideración especial con las sentencias emanadas de los tribunales, dicho miramiento no es extensivo a la doctrina, cuyas interpretaciones no constituirían, entonces, “la más autorizada inteligencia de la lei”.

Tomás Ramírez Frías (1876-1946) también se hizo parte de esta forma utilitaria de considerar la labor de los jueces. Lo mismo que sus contemporáneos, para él carece de sentido tratar sobre la jurisprudencia fuera del marco de la teoría de la ley y de las fuentes del derecho. Sin embargo, Ramírez es realista al reconocer abiertamente la eventual insuficiencia de la ley para prever

aquellos casos que, tarde o temprano, terminarán por sobrepasarla. Cuando esto ocurra el juez debe intervenir, estando obligado a ello por el artículo 9.º de la *Ley Orgánica de Tribunales* a fallar las causas sometidas a su conocimiento; en caso de inexistencia u oscuridad de la legislación aplicable “debe buscar alguna solución en armonía (sic) con el modo de ser de la sociedad. Estas resoluciones se van uniformando poco a poco, y la Corte de Casación establece las doctrinas de la Jurisprudencia” (Ramírez, 1907, p. 30). Tal vez sorprenda esta opinión, considerando la época en que fue pronunciada, sin embargo vimos en otros autores que no todos tenían una perspectiva tan estrecha sobre el rol del juez. Es cierto que para Ramírez las sentencias tienen efecto solamente para las partes del proceso, y nunca podrán tener alcance general, pero el juez no está indefectiblemente obligado a solicitar una ley interpretativa para cada caso (a diferencia de lo que planteaba Chacón), y podría, en la búsqueda de aquella solución socialmente armónica, tomar en consideración la doctrina establecida por la Corte Suprema. En pocas palabras, la jurisprudencia no puede en modo alguno llegar a tener el alcance general propio de la ley, pero su utilidad es manifiesta, y no puede prescindirse de ella.

El panorama que hemos descrito permite concluir, además, una especie de tensión doctrinaria en la época respecto del alcance del precedente judicial. Quien al concluir el siglo terminó por inclinar la balanza hacia la restricción no fue otro que Luis Claro Solar (1857-1945), a quien se le puede llamar el primero de los exégetas del Código. En lo que a nosotros ocupa, trató del tema en su capítulo sobre la teoría de la ley, en la que esta fuente ocupa un sitio indiscutido de primacía (Claro,

³⁵ Al respecto, Vera lamenta abiertamente que los tribunales hubieran hecho caso omiso a lo dispuesto en el artículo 5.º: “A este respecto debemos de esponer, que no se le ha dado exacto cumplimiento a este artículo. Se ha faltado abiertamente a él, y si los Tribunales hubieran cumplido con esta obligación año por año, existiría al presente un excelente acopio de material para mejorar nuestras leyes, lo que tal vez habría impellido la revisión que exigen”. Sin embargo, compárese esta opinión con la que al respecto emiten Cood y Fabres: “Los efectos que ha producido la disposición de este artículo han estado léjos de corresponder a los propósitos del Lejislador. El presidente de la República no ha tomado en consideración las notas que han solido enviarles los Tribunales, lo que tal vez ha sido parte a que éstos descuiden el deber de que tratamos i se limiten a decir ordinariamente a decir que no les ha ocurrido ninguna duda, ni dificultad ni han encontrado ningun vacío en las leyes”. Estos autores afirman que hacia 1868 las Cortes habían remitido informes al Ejecutivo con observaciones sobre los artículos 591, 854, 1420, 1618 número 1.º, 1574, 1801, 2016 y 2413 del Código, sin que al parecer hubieran recibido respuesta. Vid. Cood y Fabres (1882, p. 29).

³⁶ “El Poder Judicial, que no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creada para aplicarla, sea ella buena o mala”. Claro Solar está lejos de ser el único en sostener este criterio rigurosamente legalista. En forma casi contemporánea, Juan Antonio de Armas (1854- ¿?) emplea un lenguaje similar cuando comenta, si bien brevemente, el artículo 3.º: “Interpretación judicial es la que da el juez en las causas particulares que son sometidas a su conocimiento. Correspondiendo al Poder judicial por nuestra Constitución la aplicación de las leyes, sus sentencias no pueden ser obligatorias sino para las personas a quienes afectan las cuestiones de que el juez conoce

1898-1944, p. 31)³⁶. Para Claro Solar, la interpretación judicial solo tiene una autoridad de razón, que a nadie liga, por numerosos y repetidos que sean los fallos de los tribunales superiores que se pronuncien en el sentido indicado por los juristas. Pero en la práctica, por mucho que se sostenga la aplicabilidad de la ley en toda circunstancia, la jurisprudencia termina siendo el complemento de la legislación. Asegura que en gran medida ello se debe a los abogados, quienes “recurren fácilmente a las sentencias que resuelven el mismo punto de derecho, libertándose, de este modo del trabajo de discutir y establecer la doctrina legal” (Claro, 1898-1944, p. 130)³⁷. Reconoce que la situación contraviene todo su planteamiento inicial sobre la separación de poderes: si el deber fundamental del juez consiste en aplicar la ley, ¿acaso no podría estimarse que, no existiendo aquella, el juez la crea al mismo tiempo que la aplica? En tal caso, admite prudentemente que:

es éste un inconveniente; pero mayor sería el de obligar al juez, como sucedía antes, a referirse al legislador para que dictase una ley que le sirviera para resolver el litigio. Esta referencia al poder legislativo tendría por resultado transformar al legislador en juez, lo que es más grave que transformar al juez en legislador, pues la independencia del legislador es más grande y su arbitrariedad mucho más peligrosa que la del juez (Claro, 1898, p. 33)³⁸.

3.2. El artículo 3.º entre los procesalistas

Como habíamos anunciado más arriba, no fueron únicamente los comentaristas del Código los que se refirieron al precedente judicial. Pero es necesario realizar un esfuerzo por hallar puntos comunes entre ambas disciplinas al respecto, pues si bien entre los civilistas el artículo 3.º aparece tratado al mismo tiempo como manifestación de un principio constitucional y como regla de interpretación, esta disposición aparece muy pocas veces en las obras de quienes estudiaron el derecho procesal. Las razones que explican esta diferencia serán expuestas a continuación.

Al día de hoy sabemos que con anterioridad a que Bello iniciara su trabajo de codificación civil, fue el derecho procesal lo que primeramente demandó su atención (Bravo, 2006, pp. 449-451). A su llegada a Chile enfocó sus estudios en la administración de justicia, tema sobre el cual publicó entre 1830 y 1837 más de cincuenta artículos en las páginas del periódico *El Araucano* (muchos de ellos contenidos en sus *Obras Completas*). Desde el comienzo abogó por una reforma judicial, principal objeto de su preocupación en esos años: la *Constitución de 1823* y el *Reglamento de Administración de Justicia* complementario de 1824 habían sido los instrumentos ideados para lograr implementar una serie de cambios que a la larga habían resultado contraproducentes (p. 454).

actualmente; de otra manera, interpretando la ley de un modo generalmente obligatorio, usurparía las atribuciones de los otros Poderes” (1886, p. 18). Por su parte, Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) declara que “no importa que se diga que [la ley] es injusta, inicua, o absurda [...] pues en todo caso tendrá que ser obedecida *sic scripta est*” (1891, p. 274). No debe considerarse al legalismo como algo completamente superado: casi cien años después, Enrique Correa Labra (1904-1993), en su calidad de presidente de la Corte Suprema, repitió casi a la letra las palabras de Claro Solar: “La ley la dicta el poder político —Poder Legislativo y Poder Ejecutivo— y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra” (Bravo, *El juez entre el derecho*, p. 593).

³⁷ A propósito de esto, nuestro autor se pregunta acerca de la aplicación efectiva del artículo 5.º del Código, que en principio da pie para generar un proceso de obtención de una ley interpretativa. Como tal, la atribución contenida en dicha disposición es facultativa y de hecho, a juzgar por sus expresiones, los tribunales hacían caso omiso de ello y procedían a sentenciar basándose en sus propias interpretaciones, lo que *per se* no es equivocado (y de hecho es obligatorio, según el artículo 9.º de la *Ley de Atribuciones* de 1875) “En teoría —dice este autor— se puede decir que el legislador debe intervenir para fijar el sentido de las leyes, cuando en su aplicación existe tal contrariedad de decisiones que llegan a ser una fuente inagotable de procesos; pero la apreciación de la oportunidad de la intervención corresponde al mismo legislador” (p. 129). En la práctica, el artículo 5.º no recibió aplicación en todo el siglo XIX, y Claro Solar da entender entre líneas que ello se debió a las mismas Cortes, que bien “no han querido llamar la atención sobre cuestiones que pudieran volverse a presentar a su fallo y en que estimaban peligroso dar opinión, sea porque han desconfiado de que el legislador pusiera inmediato remedio al mal por ellos señalado aumentando de este modo los conflictos y pleitos” (p. 34).

La fuerza de una sentencia es puramente moral, y pesará tanto como la ilustración o prestigio del magistrado que suscribe el fallo, lo que podríamos llamar la dimensión sapiencial de la interpretación judicial. La situación se mantuvo hasta bien entrado el siglo XX, en donde tenemos contados casos en que el artículo 5.º recibió aplicación práctica (Andreucci, 2011, pp. 51-74).

³⁸ Estas ideas calaron profundamente en la doctrina de la época posterior. Así, Alessandri Rodríguez, cuarenta años después, toma al pie la tripartición de Claro Solar respecto del juez y el derecho aplicable, incluso invocando la figura del juez como “*legislador momentáneo*” (1936, pp. 27-29) y Pescio, en 1946, todavía trata de la diferencia entre ley y sentencia judicial, tal y como lo habían hecho los autores del siglo XIX (1948, pp. 207-208).

El ilustre venezolano no se encontraba solo en sus afanes. Mariano Egaña (1793-1846), principal redactor del *Reglamento* de 1824 y fiscal de la Corte Suprema, fue el encargado de elaborar un *Proyecto de ley de administración de justicia y organización de tribunales*, que presentó en 1835 su primera parte, y que puede ser con razón considerado el primer trabajo codificador de Chile. Bello promovió frente al Consejo de Estado el examen de dicho proyecto, luego del cual se presentaron ante el Congreso como proyectos de ley separados varios de sus títulos, adaptados a la organización de tribunales ya existente. Pero estos proyectos nunca se despacharon, pues la tramitación se prolongó, y al estallar la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana el Gobierno, en uso de facultades extraordinarias, promulgó proyectos pendientes: sobre impicancia y recusaciones, procedimiento ejecutivo, recurso de nulidad y, como ya lo vimos antes, sobre fundamentación de las sentencias³⁹.

Una vez que Andrés Bello ha concluido su labor codificadora, y se comprueba la adecuada marcha de las leyes referidas a la administración de justicia, comienzan a aparecer los primeros procesalistas nacionales⁴⁰. Entre ellos, destacamos en primer lugar a Francisco Vargas Fontecilla (1824-1883), quien en 1864 presentó su *Proyecto de Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales*, el que eventualmente se convertiría en la ley de 1875. La suya es una obra cuyo principal objetivo es llevar a buen término la serie de reformas parciales que Egaña había comenzado en 1824, por lo que es más bien poco lo que habla respecto del precedente (ni siquiera menciona el artículo 3.º del Código). Tenemos, sin embargo, una indicación acerca de este punto. Cuando habla de las innovaciones que experimentó la administración de justicia después de la Independencia, lamenta que entre ellas no estuviera la de erigir un tribunal de casación, pues:

Es ésta una necesidad universalmente sentida en Chile, i no dudo que tal innovación merecerá la aprobación unánime del público ilustrado. No puede concebirse un buen sistema de instituciones judiciales sin que en él figure un tribunal de alta jerarquía, que, revestido de una autoridad suprema, se halle encargado de corregir las interpretaciones viciosas de la lei, de fijar su verdadero i jenuino sentido, i de constituir i mantener de este modo la uniformidad de la jurisprudencia en todos los tribunales de la nación. Es nuestra actual Corte Suprema el tribunal de casación estatuido en el presente Proyecto (Vargas, 1864, p. xvii)⁴¹.

En su *Prontuario de los juicios*, José Bernardo Lira (1835-1886) se refiere indirectamente a la doctrina sentada por los tribunales, en términos mucho menos optimistas que los empleados por Vargas. En el Prólogo de la segunda edición, que aparece reproducido en las dos siguientes de 1880 y 1886, señala cuáles fueron los motivos que lo llevaron a escribir su obra, los cuales eran fundamentalmente pedagógicos (Lira, J. B. 1880-1881, pp. 5-6)⁴². A la vez que explica el método de composición y las fuentes consultadas, pronuncia una suerte de advertencia que sin duda debió llamar la atención en su época. Expresa que la naturaleza de su trabajo exigió la consulta de muchas sentencias (extraídas de la *Gaceta de Tribunales*, pues habla de la “ya abundante colección de las mismas”), pero que al momento de citarlas lo hizo de manera muy acotada, y que el criterio empleado para seleccionarlas fue que consignaran claramente una teoría o que aplicaran una regla sobre materias oscuras o incompletas en las leyes. La razón de ello fue:

alejar a la juventud de un escollo a que se siente fácilmente arrastrada; i del cual nos parece que, si no nos es dado alejarla absolutamente, debemos, por lo menos, enseñarla a desconfiar, porque es mui ocasionada a errores esta ciencia que se bebe en el

³⁹ En la época que referimos, Bello trató con insistencia sobre la publicidad de los juicios y, especialmente, de la fundamentación de las sentencias como la manera más idónea de dar a conocer los resultados de los litigios que, por sus características, revistieran de interés general (Bello, 1885, *Publicidad*, pp. 1-7; *Necesidad de fundar* pp. 279-285).

⁴⁰ El balance historiográfico en Bernardino Bravo (2006, *El juez entre el derecho*, pp. 415-447).

⁴¹ En el tiempo en que Vargas presenta su proyecto, ya había abogado antes por la implementación del recurso de casación en el fondo, en su *Discurso de incorporación en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas*, recogido en el número de los *Anales de la Universidad de Chile* correspondiente a 1856.

⁴² Una de las razones esgrimidas fue la necesidad de proveer de un texto de estudio que viniera a complementar lo expuesto por Bernardino Vila en su propio *Prontuario de los juicios*, obra que tuvo dos ediciones, en 1844 y en 1857-1858 y que hacia 1867 estaba agotada.

estudio de los fallos judiciales (pp. 6-7).

No son muchos los antecedentes que nos proporciona Lira como para saber hasta qué punto sus precauciones se encontraban justificadas, y aunque sabemos que la práctica de invocar el precedente judicial ante los tribunales generaba distorsiones doctrinarias, no sabemos exactamente cuáles podían ser tales⁴³. Sí estamos en condiciones de apreciar que Lira no es hostil a la idea de que los abogados y estudiantes puedan remitirse a las doctrinas fijadas con cierta estabilidad, entendiendo los intervinientes que i) aquellas pueden variar con el tiempo; ii) que los jueces no deben abstenerse de hacer un examen del caso según sus circunstancias particulares, atendiendo a la realidad sin tener que forzarla dentro de una teoría preestablecida; y iii) ello se justifica solamente en caso de oscuridad o de leyes aplicables incompletas (pp. 7-8).

Una cita textual ofrecida por Lira nos permite detenernos en la obra de Francisco Ugarte Zenteno (1824-1907), autor con quien compartía su desconfianza respecto de la argumentación irreflexiva ante tribunales. Ugarte es especialmente crítico no tanto de la idea de que la doctrina establecida en sede judicial tuviera un efectivo valor, sino más bien de la práctica (aparentemente habitual en su época, a juzgar por sus expresiones) de invocar la jurisprudencia de casos anteriores sin tomar en consideración las transformaciones que en ella podían suscitar nuevos hechos o circunstancias, o incluso citarla en contra de disposiciones legales vigentes:

Los tribunales superiores cuyas sentencias se buscan con ahinco i se invocan por algunos con mayor confianza que las leyes mismas, deben mirarse mucho para sentar teorías o aplicar las existentes, por lo mui trascendental que es un error cualquiera de su parte. Cuando se conoce la interpretación que un tribunal da a la ley, los contratantes procuraran consultarla en sus documentos, i quedan ademas innumerables derechos sin ventilarse, porque generalmente se cree estéril toda discusion que traiga en su contra el antecedente de una doctrina opuesta de parte de los Tribunales (Ugarte, 1869, pp. 11-12).

Ugarte, de hecho, incentiva la crítica y el examen de las sentencias por parte de los abogados, pues ello es el medio más adecuado para lograr que las doctrinas sustentadas por los tribunales puedan variar con el tiempo, por mucho que parezcan arraigadas, particularmente cuando puede apreciarse en ellas errores que bordeen lo antijurídico. Podríamos decir incluso que este autor predica con el ejemplo: precisamente los capítulos II y III de la parte primera (“Advertencias e ideas generales”) de su obra están destinados a llamar la atención sobre un caso de 1868 en el que se declaró la naturaleza jurídica mercantil de cierto contrato, en abierta oposición, según Ugarte, a los postulados fundamentales del derecho comercial y con lo dispuesto en el Código del ramo, de 1865. Ante esto, no puede menos que llamar la atención sobre la situación e intentar:

escribir algo para impedir, siquiera con la débil protesta de mi palabra, que nuestro código de comercio, en los primeros días de su existencia, empezara a ser interpretado i aplicado en un sentido que tanto se aparta de sus disposiciones (Ugarte, 1869, p. 13).

Tanta suspicacia le genera la doctrina establecida por los tribunales que llega tan lejos como para afirmar que el ejercicio continuo de atenta vigilancia que deben ejercer los abogados y juristas sobre las sentencias “sería quizá más fructuoso entre nosotros que lo que pudiera serlo una corte de casación” (p. 13).

Por supuesto, entre quienes cultivaron el derecho procesal no se puede dejar de mencionar a Manuel Egidio Ballesteros (1844-1914), y su obra *La ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*, de enorme influencia en la época de su publicación y hasta bien entrado el siglo siguiente. A través de su comentario del artículo 4.º de dicha ley, se confirma la idea de que, más que una regla de interpretación, al artículo 3.º del Código se le consideraba una disposición de contenido constitucional. Es cierto que el interés principal de Ballesteros se encuentra en los aspectos orgánicos de la ley, principalmente las cuestiones de competencia y las diferencias entre la judicial y la administrativa (1890, pp. 27-42), pero lo mismo que con su antecesor Vargas

⁴³Vid. supra, nota 21.

Fontecilla, vale la pena leer con cuidado su breve, pero reveladora observación sobre la jurisprudencia:

Aunque la jurisprudencia no desempeña todavía en Chile el importante papel que se le ha asignado en los países más adelantados, i especialmente en Inglaterra, nosotros, siguiendo el sistema que nos hemos propuesto en esta obra, vamos a resumir brevemente las principales resoluciones dictadas por el Consejo de Estado en cuestiones de competencia entre autoridades administrativas i judiciales desde la promulgación de la Ley Orgánica de Tribunales. La jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyas resoluciones han sido redactadas de ordinario con un lamentable laconismo, no es menos digna de ser conocida que la de los tribunales de justicia, aun cuando la extrema brevedad de las sentencias i la insuficiencia de los motivos en que se fundan no arrojan a veces la luz necesaria para comprender los principios jenerales a que obedecen (Ballesteros, 1890, p. 27).

El párrafo transcrito se explica por su contexto: Ballesteros tiene como propósito principal poner de relieve el estado de la cuestión, hacia 1890, sobre la diferenciación de funciones establecida en el artículo 4.º de la *Ley Orgánica* (p. 20)⁴⁴, que no es otra que los conflictos de competencia entre las autoridades administrativas y las judiciales⁴⁵. Pero reviste de interés para nuestro estudio observar que i) en las primeras líneas no está hablando sino del precedente judicial, a juzgar por la alusión específica que hace del sistema judicial inglés; y ii) sus palabras reflejan el principal obstáculo que siempre tuvieron las sentencias para alcanzar un papel más relevante como fuente del derecho: su escasa fundamentación (“extrema brevedad” e “insuficiencia de los motivos”). Es destacable, asimismo, que Ballesteros no parece descartar *a priori* la posibilidad de que,

corrigiéndose el problema que él identifica, las sentencias pudieran llegar a servir como precedente, a condición de ser fundamentadas en forma más completa; al parecer se está refiriendo en especial a aquellas que se pronuncian sobre casos no contemplados en la ley, o cuando no existe norma aplicable, según podemos inferir de su alusión a los “principios jenerales”.

Finalmente, contamos con la obra de Carlos Risopatrón (1850-1926), tal vez el ejemplo más claro que, incluso al comenzar el siglo XX, persistía en el medio jurídico nacional la idea de que la jurisprudencia de los tribunales ejercía una suerte de atracción natural, confirmada por la práctica habitual en el foro⁴⁶. En las primeras páginas de su *Comentario a la Ley de Organización de los Tribunales* ofrece una breve teoría de la función jurisdiccional, con el fin de indicar los precisos límites de este poder, y las razones que lo llevaron a excluir las sentencias judiciales como objeto de estudio de su obra:

En cuanto a la jurisprudencia resultante de las sentencias de los Tribunales, no ha entrado ni podido entrar a completar nuestro plan [exponer el contenido de la ley de forma esquemática para los estudiantes de los Cursos de Leyes]. Por una parte, ella es de suyo variable, no siempre uniforme, y para descartar lo que la hace aprovechable, que es la interpretación doctrinal de la ley en ella contenida, necesita criterios más ejercitados en desentrañar los principios de derecho y las razones legales o de equidad, que son los que dan a las sentencias su valor jurídico e ilustrativo de la ley. Y por otra parte, ella es tan múltiple y voluminosa, que es preciso reservarla para obras de mucha mayor extensión (Risopatrón, 1900, pp. 6-7).

Como señalamos, el propósito de Risopatrón a través de estas líneas era esclarecer al lector el motivo de la ausencia de jurisprudencia en sus *Comentarios*, pero

⁴⁴ El artículo 4.º de la *Ley de Organización de Tribunales* y el 3.º del *Código* no eran en lo absoluto las únicas disposiciones que establecían diferenciación de funciones. Ballesteros concuerda el artículo 4.º de la Ley con “[las disposiciones] consignadas en la ley de Régimen Interior de 22 de diciembre de 1885, que prohíben a los gobernadores ejercer funciones judiciales o resolver asuntos contenciosos, i les permiten promover competencias en resguardo de sus atribuciones [...]”. Por su parte, la Corte Suprema dictó, el 22 de diciembre de 1863, un auto acordado con el objeto de reglamentar la forma en que los magistrados judiciales deben entablar las competencias”. Igual concordancia hallamos en Coe Tagle, Alberto, *Concordancias de la Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales con la legislación chilena* (Santiago, Imprenta i encuadernación Roma, 1896), p. 8.

⁴⁵ A los que alude Robustiano Vera, sin duda en relación al comentario de Ballesteros (Vera, 1894, *Ley de Organización*, p. 9).

⁴⁶ Vid. nota 36.

lo hace al mismo tiempo que le advierte cuáles son los problemas que el abogado enfrentaría al elevarse aquella en la jerarquía de las fuentes, entre otros: i) falta de uniformidad en las decisiones finales; y ii) falta de claridad en los criterios empleados como fundamentos. Por supuesto, no puede pasar por alto el problema generado cuando un tribunal es llamado a actuar inexcusablemente y no hay ley expresa que resuelva el conflicto, pero “en tal caso nunca faltarán principios jurídicos en que fundar las sentencias”. Continúa con una brevísima exposición acerca de los elementos que pueden ser considerados como válidos para la fundamentación de un fallo de esta naturaleza:

Nunca las sentencias de los tribunales ni las opiniones de autores. Pero sí las razones o fundamentos de derechos que unos ú otros hayan tenido para fallar u

opinar como lo han hecho, junto con el fundamento que hace fuerza ó decide al juez a abrazarlos en el sentido de su resolución (pp. 28-29).

Puede resultar confuso comprobar que, a la vez que niega a la doctrina y a la jurisprudencia valor suficiente para reemplazar por sí mismas a la ley cuando debe fundarse una sentencia en ausencia de esta, declara que es perfectamente posible emplear las razones o fundamentos jurídicos a los que se remiten los autores o jueces. A modo de explicación, advirtamos que este autor no está haciendo otra cosa que una referencia al orden de prelación de fuentes del derecho de la ley de fundamentación de la sentencias de 1837, en su época hacia mucho derogada, lo que nos hace pensar que la consideraba, en razón de su contenido, más completa que la de 1875.

Conclusiones

Como se ha podido apreciar, muchos son los factores que deben considerarse para hablar desde una perspectiva histórica del precedente judicial en Chile, y no se puede concluir de otra manera que no sea admitiendo que el examen de las leyes sobre fundamentación de sentencias dictadas en el siglo XIX resulta esencial. Además, la redacción original que Bello estableció para el que eventualmente se convertiría en el artículo 3.º del *Código* hoy vigente, permitía acudir al precedente judicial en busca de fundamentos para sentenciar. El artículo podía ser entendido, dentro de todo, por el ambiente jurídico imperante en aquella época, que toleraba la pluralidad de fuentes aplicables al caso particular. Pero Bello, según comprobamos, terminó por cambiar de parecer hacia 1845, pues en el *Proyecto de 1853* nada hay sobre fundamentación. Sostengo que el principal factor que explica esto fue que, hacia el período final de redacción, la materia ya estaba regulada en una ley especial de fundamentación, y que prefirió darse un tratamiento preferente a las reglas de interpretación en el *Código*.

Por otra parte, vimos que la inobservancia de las sucesivas leyes de fundamentación de la sentencias

generó sucesivas críticas de parte de los autores, ya fuera porque su incumplimiento daba pie al establecimiento de doctrinas poco fiables, o porque los jueces toleraban prácticas recurrentes en las Cortes respecto de la invocación irreflexiva de sentencias anteriores, lo que en ambos casos frustraba las expectativas de quienes, como Bello, no miraban con malos ojos que la jurisprudencia alcanzara un grado de estabilidad suficiente como para servir de verdadera fuente del derecho: cuando el primer número de la *Gaceta de los Tribunales* estaba *ad portas* de ser publicada, fueron muchos los abogados, jueces y académicos que se formaron altas ideas de lo que podía lograr a lo largo del tiempo, como principal medio de difusión y publicidad de las sentencias.

Pero a pesar del tenor terminante que nuestro objeto de estudio acabó por adquirir en el *Código* definitivo, no podía preverse que terminaría teniendo un valor cuasiconstitucional, una verdadera manifestación del principio de separación de poderes, siendo que en sus orígenes Bello intentaba a través de él simplificar el elenco de fuentes aplicables por los jueces, y de ningún modo reforzar la Carta Fundamental de 1833. Ciertamente es que fue un fiel reflejo de las ideas rectoras que Bello tenía

para la administración de justicia y para la primacía de la ley. Pero si bien estas eran las ideas matrices, nos consta por medio del examen de las obras publicadas con posterioridad a la entrada en vigencia del *Código*, que fueron, dentro de todo, discutidas por la doctrina, que entendió esta disposición como una regla cardinal de interpretación de la norma en la actividad aplacadora

del juez. Finalmente, destacamos que este trabajo bien puede servir para formar una idea más clara de lo que significa la recepción de innovaciones legislativas en el ámbito de la administración de justicia, a través del examen de las fuentes de la época, con el fin de realizar una estimación que, a no dudar, resultará ilustradora para nuestro propio tiempo y circunstancias.

Referencias

- Alessandri, A. (1936). *Derecho civil. Primer año*. Santiago: Editorial Zamorano y Caperán. I.
- Amunátegui, M. L. (1891). Definición de ley. *Revista Forense Chilena*, 5.
- Andreucci, R. (2011). La aplicación del artículo 5 del Código Civil en los discursos de los presidentes de la Corte Suprema desde 1951 a 2010, en Salinas C. (Editor académico) *Libro de amigos dedicado al profesor emérito Ítalo Merello*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Anguita, R. y Quesney, V. (1902). *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive*. Santiago: Imprenta Nacional.
- Ávila, A. (1941). *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile.
- Ávila, A. y Guzmán, A. (1978). *El "Primer Proyecto de Código Civil de Chile"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ballesteros, M. (1890). *La ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*. Santiago: Imprenta Nacional, I.
- Baraona, J. (2010). La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos. *RDPUCV*, 35.
- Barrientos, J. (2014). *Código Civil. Edición concordada con observaciones históricas, críticas*. Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters, I.
- Bello, A. (1885). *Administración de justicia*. En *Obras completas*. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, IX.
- Bello, A. (1885). *Necesidad de fundar las sentencias*. En *Obras completas*. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, IX.
- Bello, A. (1885). *Observancia de la ley*. En *Obras completas*. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, IX.
- Bello, A. (1885). *Publicidad de los juicios*. En *Obras completas*, Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, IX.
- Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*. (1851). 19.
- Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*. (1841). 7.
- Brahm E. (1991). Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la Gaceta de los Tribunales entre 1841 y 1860. *REHJ*, 14.
- Bravo, B. (1976). *Los estudios sobre la judicatura chilena en los siglos XIX y XX* ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley*. Santiago: LexisNexis.
- Bravo, B. (1982). *Bello y la judicatura: La reforma judicial*. Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley*. Santiago: LexisNexis.
- Bravo, B. (1983). *Los comienzos de la codificación en Chile: La codificación procesal*. Ahora en BRAVO, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico*. Santiago: LexisNexis.
- Bravo, B. (1985). Vigencia de las Partidas en Chile. *REHJ*, 10.
- Bravo, B. (1990). *Odia restring: Forma y destino de una regla de derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna*. Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley*. Santiago: LexisNexis.
- Bravo, B. (1991) *Arbitrio judicial y legalismo: El juez frente al derecho antes y después de la codificación en Europa e Iberoamérica*. Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley*. Santiago: LexisNexis.
- Bravo, B. (1991). *Iudex, minister aequitatis*. Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley en el mundo*

hispanico. Santiago: LexisNexis.

Bravo, B. (1998). *Estudios de derecho y cultura de abogados en Chile: 1758-1998*. Ahora en Bravo, B. (2006). *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispanico*. Santiago: LexisNexis.

Bravo-Hurtado, P. (2013). Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal Civil y fuentes del derecho. *RCHD*, 40 (2).

Campillo, C. (1863). Algunas lijeras indicaciones sobre el uso que corresponde en los fundamentos de los fallos judiciales al artículo 1545 del Código Civil. *AUCh.*, 23.

Carvajal, P-I. (2012). Discurso académico de lanzamiento de la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. *RCHDCP*, 3 (1).

Claro L. (1898-1944). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Imp. El Imparcial-Establecimiento Poligráfico Roma-Imprenta Cervantes, I.

Coo, A. (1896). *Concordancias de la Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales con la lejislación chilena*. Santiago: Imprenta i encuadernación Roma.

Cood, E. y Fabres, J. C. (1882). *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*. Santiago: Imprenta Cervantes.

De Armas, J. A. (1886). *Comentario de siete títulos del Código Civil*. Santiago: Imprenta de la Unión.

Chacón, J. (1868-1882). *Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, de Recaredo S., I.

Domínguez, R. (2005). La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno. *CAJ*, 2.

Donoso, J. (1857). *Diccionario teológico, canónico, jurídico, litúrgico, bíblico, etc.* Valparaíso: Imprenta i librería del Mercurio, III.

Dougnac, A. (1994). *Manual de Historia del Derecho Indiano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ducci C. (1995). *Derecho civil. Parte general* (4a. ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fabres, J. C. (1863). *Instituciones de derecho civil chileno*. Valparaíso: Imp. del Universo de G. Helfmann.

Fabres, J. C. (1893-1902). *Instituciones de derecho civil chileno* (2da. Ed.). Santiago: Imp. y Librería Ercilla.

Fernández, J. M. (1864). Exposición del art. 1554 del Código civil, sobre la obligación que nace de la simple promesa de celebrar un contrato, i de una sentencia en que se relaciona con él. *AUCh*, 25.

Figuroa, M. A. (1982). *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista En Bello y el derech.*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán, A. (1980). Algunas actas de sesiones de la comisión revisora del proyecto de Código civil de 1853. *REHJ*, 5.

Guzmán, A. (1982). *Andrés Bello codificador*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, I.

Guzmán, A. (1982). Historia del "referimiento al legislador", II: el derecho nacional chileno. *REHJ*, 7.

Guzmán, A. (1992). El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes. *RCHD*, 19 (1).

Guzmán, A. (2005). La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas. *CAJ*, 2.

Guzmán, A. (2011). *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago: LexisNexis.

Guzmán, R. (1983). Índice de la revista "Gaceta de los Tribunales" 1841-1860. *REHJ*, 8.

Hanisch, H. (1982). Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX. *REHJ*, 7.

Lastarria, J. V. (1865). *Elementos de derecho público, constitucional, teórico, positivo y político*. Gante: Imprenta de Eug. Vanderhaeghen.

Levaggi, A. (1978). La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano. *RHD*, 6.

Lira, J. B. (1880-1881) *Prontuario de los juicios* (3a. ed.). Santiago: Imprenta del Correo de Ramón Varela, I.

Lira, P. (1956). *El Código Civil chileno y su época*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Martínez, S. (2008). El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello. *RCHHD*, 20.

- Merello, I. (1983). La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal. *REHJ*, 8.
- Novísima Recopilación de las leyes de España*. Madrid: Imprenta de la Publicidad, IX.
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del derecho* (4a. ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pescio, V. (1948). *Manual de Derecho Civil*. Santiago: Nascimento, I.
- Ramírez, T. (1907). *Explicaciones de derecho civil*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Risopatrón, C. (1900). *Comentario a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*. Santiago: Imprenta, encuadernación i litografía Barcelona.
- Robles, L. (1864). *Concordancia de la teología moral con el Código Civil chileno, en los tratados de derecho, justicia i contratos*. Santiago: Imprenta Nacional.
- Roldán, A. (1913). *Elementos de derecho constitucional de Chile*. Santiago: Imprenta Barcelona.
- Squella, A. (2000). *Introducción al derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Siete Partidas* (1848). Madrid: Imprenta de la Publicidad, II.
- TAU, V. (1992). *Casuismo y sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Ugarte, F. (1869). *De los actos de comercio en su relación con la competencia de jurisdicción*. Santiago: Imprenta de El Independiente.
- Vargas, F. (1864). *Proyecto de Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales*. Santiago: Imprenta Nacional.
- Vera, R. (1892-1897). *Código civil de la república de Chile, comentado i explicado*. Santiago: Impr. Gutenberg, 1892-1897, I.
- Vera, R. (1894). *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales arreglada y anotada* (2a. ed.). Santiago: Imprenta Benjamín Vicuña Mackenna.
- Vodanovic, A. (2001). *Manual de derecho civil. Partes preliminar y general* (2a. ed.). Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

Abreviaturas

AFJS:	Anuario de Filosofía Jurídica y Social
AJ:	Actualidad Jurídica
CAJ:	Cuadernos de Análisis Jurídico
RCHD:	Revista Chilena de Derecho
RCHDCP:	Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política
RCHHD:	Revista Chilena de Historia del Derecho
RCsSVa.:	Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso
RDPUCV:	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RDUCN:	Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte
RDUCT:	Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco
REDJD:	Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia (Universidad de Talca)
REHJ:	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
REJ:	Revista de Estudios de la Justicia
REJud.:	Revista de Estudios Judiciales (Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda)
RHD:	Revista de Historia del Derecho (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho)
RIPr:	Revista Ius et Praxis

Carmen Jerez Delgado

Universidad Autónoma de Madrid

carmen.jerez@uam.es

Recibido: 27.10.17

Aceptado: 12.12 .17

La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual

The *Actio Pauliana* and its connection with unjust enrichment and non-contractual liability in Chilean and Spanish private law

Resumen: Los ordenamientos chileno y español contienen la denominada acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores en sus respectivos Códigos civiles. Desde el Derecho romano hasta nuestros días, esta acción contempla dos escenarios muy diversos, en función de si el daño se causa como consecuencia de la mala fe del deudor y del tercero, o bien si se causa por el acto jurídico en sí mismo considerado, con independencia de cuál sea la intención que el deudor tuvo al realizarlo sino atendiendo más bien a la lesión del derecho de crédito que objetivamente provoca. Desde un punto de vista comparado, pueden encontrarse conexiones entre cada uno de estos casos, y la responsabilidad civil extracontractual y el enriquecimiento injustificado, respectivamente.

Palabras clave: Fraude de acreedores, responsabilidad extracontractual, enriquecimiento injustificado.

Abstract: The *pauliana actio* is contained into the Chilean Civil Code, as well as into the Spanish one. Since Roman Law up to now, this action is focused on two different cases: In one hand, those cases where the damage has been caused by the debtor and third person performance of an agreement or intention to defraud the creditor; On the other hand, those cases where a contract or a legal act has been celebrated and a credit has been damaged as its direct consequence, independently of the intention of the debtor. From a comparative point of view, there are connections between these two cases and Tort Law and Unjustified enrichment, respectively. **Keywords:** Fraud of creditors, Tort Law, Unjustified Enrichment.

La acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores (muchas veces conocida como acción revocatoria¹) legitima al acreedor para impugnar los actos realizados por el deudor en fraude o perjuicio de su derecho. Esta acción es común a los ordenamientos chileno y español y aparece también en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, tanto en los de *Common Law* como en los de *Civil Law*, si bien no siempre está desarrollada en el texto de un Código civil, sino en leyes procesales y básicamente relacionada con el procedimiento concursal (por ejemplo, en Alemania). Sí está contenida en los Códigos civiles chileno y español, ordenamientos en los que se centra este trabajo.

El origen de la acción pauliana está en el Derecho romano². Atribuida a un jurisconsulto llamado Paulo³, se empleó ya como mecanismo de protección del acreedor en la época del Derecho romano clásico y se desarrolló después en el Derecho romano postclásico. Es en esta segunda etapa cuando se judicializa o formaliza como un remedio único (la *actio pauliana*)⁴, a partir de los dos mecanismos originarios, contenidos en el Edicto de Adriano: el interdicto (*interdictum fraudatorium*) y la *restitutio in integrum*⁵.

El Derecho romano parece olvidarse en la práctica durante la Alta Edad Media. Serán los glosadores de la Escuela de Bolonia (finales del siglo XI-siglo XII) quienes redescubran el Digesto y vuelvan a darle al *Corpus Iuris* una renovada vitalidad⁶. Es entonces cuando Azón esculpe la concepción romana del fraude de acreedores sobre dos elementos: el *consilium fraudis* o intención de defraudar del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude), y el *eventus damni* o evento lesivo del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude). Con el esquema de Azón coincide la actual regulación del fraude de acreedores en el Código civil italiano. Sin embargo, otro de los glosadores, Accursio, señaló que en ocasiones podía presumirse el fraude porque resultaba evidente (por ejemplo, para los actos gratuitos, la dote, el pago o la constitución de prenda a favor de un acreedor cuyo crédito no ha vencido, la derelicción o abandono de bienes, etc.). La acción pauliana, por responder a necesidades de la vida jurídica, se desarrolló en el Derecho civil (siglo XIII), con una orientación práctica que tiende a establecer presunciones que faciliten la prueba del fraude en esos casos: Esto sucedió en la etapa posterior de la Escuela de Bolonia, desarrollado por los juristas postaccursianos, así como en la Escuela de Orleans y en la doctrina de los

¹ En relación con la terminología, hay que tener en cuenta que en Chile suele asociarse la palabra “rescisión” con la anulación del contrato. Al referirse a la acción pauliana, el artículo 2468 del Código civil chileno alude a la rescisión por fraude del contrato, como el Código civil español (artículos 1291.3.º y siguientes). Para evitar confusiones, Meza, R. (1997, reimpresión de 2004) explica que esta expresión no implica que la acción pauliana sea una acción de nulidad (y considera empleada la expresión en un sentido impropio, pp. 306-307). En esta línea se pronuncia también Ramos, R. (2008), p. 330. El también chileno Baraona, J. (2012), p. 65, coincide con el anterior en que el Código civil chileno suele hacer coincidir el significado de la rescisión con el de la nulidad relativa, aunque históricamente obedezcan a distinto significado. Por otra parte, la acción pauliana claramente se distingue de la acción de resolución por incumplimiento pues ni siquiera la ejerce un contratante contra otro sino el acreedor de uno de los contratantes que logre demostrar que el contrato impugnado se celebró en fraude de su derecho (Peñailillo, D., 2006, p. 447). Sobre el origen del nombre de la acción como acción pauliana, existen incertidumbres, pero las corrientes más destacadas son descritas por Ramos, R. (2008), p. 324.

² El origen de la acción tiene lugar en dos textos de Ulpiano que forman parte de un edicto mandado a recopilar por Adriano. Los dos textos del edicto fueron recogidos después en el Digesto (42, 8). La interpretación del edicto es discutida (D’Ors, X., 1974).

³ Es discutido el momento a partir del cual empieza a denominarse la acción con el nombre de pauliana. De un lado, se descarta que el nombre proceda de la época clásica (la demostración de ello se atribuye a Collinet, tesis a la que Lenel se adhiere: En este sentido se pronuncian D’Ors, X. (1974), p. 49, Kipp, T. (1924), p. 4; y Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373-374. Pero a partir de este punto común, las teorías oscilan entre quienes opinan que el nombre se lo dieron los juristas justinianos (Kaser, M., 1968, p. 57; D’Ors, X., 1974, pp. 53-54) y la de quienes creen que posteriormente fueron los glosadores quienes por primera vez la llamaron así (por ejemplo, Kipp, T., 1924, pp. 5-6).

⁴ En este sentido, entre otros, Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373-374 y Kaser, M., (1968), p. 57. Kipp, T. (1924), pp. 5-6, explica que la razón de la unificación de estos recursos se encuentra “en las condiciones del nuevo sistema procesal de la época”. Con muy ligeras variantes respecto de los romanistas alemanes que acabamos de citar se han pronunciado también otros autores: Por ejemplo, May, G. (1927), pp. 665-667 y Bonfante, P. (1929), p. 522.

⁵ Según la tesis mayoritaria (Lenel), en el texto se contienen dos remedios contra el fraude: *Un interdictum fraudatorium* (D. 42, 8, 10; para los acreedores) y *una restitutio in integrum* (D. 42, 8, 1; correspondiente sólo al administrador concursal o *curator bonorum*). La tesis de Lenel llega a nosotros a través de sus seguidores: Principalmente, Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373, nota 1 y Kaser, M., (1968), p. 57. Con algunas variantes, May, G. (1927), pp. 665-667 y Bonfante, P. (1929), p. 522.

⁶ Véase, al respecto, el trabajo de Piano, V. (1962). En él se apoya la información que aquí se da al respecto.

Comentaristas (siglo XIII)⁷.

La acción pauliana se consolida en los sistemas francés e italiano, distinguiéndose dos ámbitos: el concursal y el extraconcursal. También en España, como en Alemania, la recepción del Derecho romano tuvo lugar por influencia de la Escuela de Bolonia (Windscheid, 1987, p. 5)⁸. Sin embargo, así como en Francia, Italia o España la acción aparece hoy recogida en sus respectivos textos codificados, en Alemania, la acción se contiene en leyes procesales⁹, conservando el marcado carácter ejecutivo que tuvo en su origen en el Derecho romano clásico.

En este trabajo será objeto de atención la acción pauliana extraconcursal en los ordenamientos chileno y español, a fin de explorar el régimen jurídico que le es propio y, en definitiva, el tratamiento que reciben en estos países los actos jurídicos celebrados en fraude de acreedores, al margen de lo que suceda en el procedimiento concursal o —lo que es lo mismo— sin que sea necesario declarar la suspensión de pagos, la quiebra o el concurso de acreedores¹⁰.

1. La acción pauliana en los códigos civiles español y chileno

En la Península Ibérica, poco después de la muerte de Justiniano (siglo V), los visigodos¹¹ se independizaron y arrojaron definitivamente a los bizantinos de los territorios que, junto a ellos, habían conquistado durante el siglo anterior. Hasta el nacimiento de la legislación visigótica sigue en vigor el Derecho romano. Conviven entonces las concepciones jurídicas romana y germana¹². Hacia el siglo XIII, entrada la Baja Edad Media, tiene lugar en la Península la Recepción del Derecho Común (romano y canónico) bajo la interpretación de la Escuela de Bolonia, por ser los estudiantes que regresaban de allí quienes colaboraron en la elaboración de los libros de recopilación. La Recepción del Derecho Común favoreció una mejor comprensión de los pasajes de Derecho romano contenidos en el *Liber*. Con Alfonso X son redactadas las siete *Partidas* (1256-

1265), que dan unidad jurídica a todos los naturales cuyas normas se conservarán como derecho aplicable hasta los albores del Código civil; En ellas se contiene el régimen jurídico de los actos fraudulentos que permanecerá vigente hasta la promulgación del Código civil¹³: las pautas de tratamiento del fraude de acreedores son semejantes a las que se plasmarán finalmente en el Código.

En 1790, se publica en la imprenta de Ulloa una obra que será muy destacada en el tráfico mercantil español, peninsular e indiano, la *Curia Philipica, Laberintho de comercio terrestre y naval*, de Hevia Bolaños (Oviedo, H. 1530-Perú, 1623); la obra salió a la luz por primera vez en Lima, en 1603. En ella encontramos una explicación completa del sistema de la denominada “revocatoria por

⁷ En el siglo XIII, el estudio de la Ciencia jurídica en Italia evoluciona hacia un nuevo método, el Comentario, bajo la influencia de la doctrina francesa y del Derecho civil. En cuanto al estudio de la acción pauliana, destaca la aportación de Bartolo di Sasoferato (muy particularmente, en lo relativo al tratamiento de los contratos onerosos con manifiesta falta de equilibrio de las prestaciones). Baldo degli Ubaldi aporta la idea de notoriedad de la insuficiencia patrimonial del deudor como elemento suficiente para probar la insolvencia. Giason del Maino —de quien afirma Piano, V. (1962, p. 205) que es el “punto de llegada y de conclusión de la doctrina de los Comentaristas sobre el problema de la revocatoria” o pauliana— extiende el campo de aplicación de los criterios de las presunciones de fraude.

⁸ En el mismo sentido se pronuncia su discípulo, Kipp, T. (1924), pp. 1 y ss.

⁹ Dentro del procedimiento de insolvencia declarada, o tras el embargo infructuoso, según se trate de la pauliana concursal o extraconcursal (*Insolvenzordnung y Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*, respectivamente, 1999).

¹⁰ Sobre la acción pauliana en el concurso, puede verse, en relación con el Derecho chileno: Severín & Carvajal (2015). En relación con el Derecho español, y conectado con el enfoque de este trabajo, publiqué el artículo titulado La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso (2013, pp. 69-102).

¹¹ Provenientes, como es sabido, de la Germania.

¹² Así, el Código de Eurico (romano-germánico, 466-481 d. C.; el Breviario de Alarico, de corte romano, vigente hasta el año 654, cuando se calcula que es derogado por la *Lex Visigothorum o Liber Iudiciorum* de Recesvinto, con el que cuaja definitivamente el carácter unificador. Al margen del *Liber*, no hubo un Derecho general del Reino en la Alta Edad Media (Tabera, 1953).

¹³ Partida V, título XV, leyes VII-XII.

acción personal”. Conforme explica el autor, el ejercicio de la acción requiere que concurren varios aspectos: 1.º La existencia de fraude por parte del deudor enajenante y el conocimiento de ello por parte del tercero; 2.º La prueba del evento dañoso, que consiste en probar que de ningún otro modo se puede cobrar; y 3.º La anterioridad del crédito o, al menos, que “al tiempo de la enajenación se pensase el tal fraude contra el futuro acreedor, y no de otra suerte”¹⁴.

El régimen de las *Partidas* solo será derogado y suplido por la entrada en vigor del Código civil (1889). En el Proyecto de Código de 1851 que le sirve de base se regula la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores. Para ello se emplea un concepto subjetivo de fraude que supone siempre el ánimo fraudulento del deudor (o, al menos, la consciencia de su insolvencia y, por tanto, del daño que causaba). La impugnación solo es posible cuando, junto a la lesión del derecho de crédito provocada por el acto, quede probada la existencia de esa farsa subjetiva¹⁵. Este concepto subjetivo de fraude es el que se plasmará definitivamente en el Código civil español y en torno a él comienza a desarrollarse nuestra doctrina y la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX.

El régimen general de la acción pauliana se recoge en los artículos 1111, 1291.3.º, 1292, 1294, 1295.II y III, y 1297 a 1299 del Código civil español. Otros preceptos complementan este régimen, entre los que conviene destacar el artículo 643 del Código civil¹⁶, que presume

siempre fraudulentas las donaciones realizadas por el deudor en estado de insolvencia.

En cuanto a Francia, cabe destacar que Pothier no había expuesto en ningún lugar la teoría de la acción pauliana, por lo que esta recobró gran importancia con la publicación del Código civil, cuyos redactores recurren a las fuentes romanas¹⁷. Esto explica que el Código civil francés regulase la acción en un solo precepto¹⁸. También el Código civil chileno dedica una sola norma a la acción pauliana, si bien es cierto que es más extensa y acertada que la del Código francés. En efecto, la práctica llevó a la jurisprudencia francesa a desarrollarse en idéntico sentido al que la norma recoge en el texto codificado chileno, y así, la jurisprudencia francesa distinguiría entre actos onerosos y actos gratuitos a los efectos de facilitar el ejercicio de la acción en este segundo caso¹⁹, y el Código civil chileno directamente sentaría la distinción literal a idénticos efectos.

El artículo 2468 del Código civil chileno, añadiendo a la tradición descrita rasgos propios, distingue entre los “los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis” (párrafo primero) y “los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente” (párrafo segundo), exigiendo para la impugnación de los primeros prueba de la mala fe del “otorgante y el adquirente”, mientras que los segundos “serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores”. Podemos apreciar aquí, por tanto, como en el Derecho español y el sistema

¹⁴ Hevia, J. D. (1790). Capítulo XIII, párrafos 11, 12, (14) 16 y 17. En relación con los pagos, se dice que son revocables los hechos por cuenta de deudas no vencidas.

¹⁵ Si el acto es gratuito, puede impugnarse prescindiendo de la mala o buena fe del tercero, porque el fraude se presume, pero solo se presume el fraude —en cuanto intención de defraudar— si el deudor era consciente de la insolvencia (García, F., 1852, reimpresión 1974, Comentario al artículo 1179).

¹⁶ Junto al artículo 643 CC, hay que citar los artículos 6.2, 403, 1001, 1083, 1317 y 1937 CC.

¹⁷ Según explicaba la doctrina francesa, la utilidad de la acción pauliana era escasa porque los títulos notariales eran directamente ejecutables sobre los bienes que pertenecían al deudor al tiempo de concertarse la obligación (hipoteca general), pero esta garantía desaparece con el Código civil: “No encontrándose empero construcción alguna de ella en Pothier, sus redactores se limitaron a plantear el principio. De ahí que, para edificar esa teoría, sea necesario remontarse a las fuentes romanas, caso curioso de conservación de una institución que data de hace veinte siglos” (Gaudemet, E., 1974, pp. 431-432).

¹⁸ Antiguo artículo 1176 del *Code*, modificado en 2016 (Ordenanza de 10 de febrero), cuando pasa a regularse en el actual artículo 1341.2 *Code*. El cambio de uno a otro precepto es significativo. Mientras en el antiguo 1176 *Code* se declaraban impugnables por el acreedor los actos realizados por el deudor en fraude de su derecho, en el actual artículo 1341.2 *Code* se declaran inoponibles los actos realizados en fraude de acreedores, si bien, tratándose de actos onerosos, el acreedor deberá probar que el tercero que contrató con el deudor tenía conocimiento del fraude. Esta concepción de la acción pauliana como acción de inoponibilidad había sido defendida antes por la doctrina francesa (por ejemplo, Devèze, J. & Saint-Alary-Houin, C., 1988).

¹⁹ Si bien se exige el elemento subjetivo tanto para los actos onerosos como para los gratuitos (Loussouarn, 1974, p. 805), son tratados de distinto modo los actos gratuitos (para los que basta el fraude en el deudor) y los onerosos (cuya impugnación requiere prueba de que el deudor obró con intención de defraudar y que el tercero la conocía). En este sentido lo explicaron, por ejemplo, Ghustin, J. (1978), p. 573, Devèze & Saint-Alary-Houin (1988), fasc. 39, 12, art. 1167, y Chabas (1980), pp. 766-767.

francés, una diferencia de trato entre los actos gratuitos y los onerosos, que se traduce en admitir un mayor ámbito de poder al acreedor en el primer caso. Pensemos qué razones justifican este distinto régimen. ¿Es la causa gratuita más débil que la onerosa? ¿Merece mejor protección el acreedor que el tercero cuando este último no entregó nada a cambio de la cosa?

Antes de profundizar en los fundamentos de la acción de impugnación de los actos del deudor insolvente, veamos, brevemente dónde se centra el conflicto de intereses que hay que resolver en estos casos y las diferencias con los supuestos de simulación.

2. Legitimación activa y legitimación pasiva. Subsidiariedad de la acción y conflicto de intereses

Con razón, Meza Barros afirma que “el ejercicio de la acción pauliana pone en conflicto los intereses de los acreedores y de los terceros” (Meza, 2004, p. 305). En efecto, cuando el acreedor ejercita la acción, el interés del deudor insolvente debe quedar en un segundo plano y los contendientes son en realidad el acreedor y el tercero. El Juez debe ponderar hacia cuál de ellos se inclina la balanza de la justicia.

La acción pauliana tiene carácter subsidiario²⁰ y el acreedor no podrá ejercitarla más que cuando no disponga de otros medios para el cobro de su crédito (artículos 1111 y 1291.3.º del Código civil español, y artículo 2468 del Código civil chileno²¹). Siendo el deudor insolvente, el acreedor no puede ejercitar su derecho con éxito contra el patrimonio del deudor; O, lo que es lo mismo, el principio de responsabilidad patrimonial universal²² resulta ser una garantía que deviene insuficiente para el cobro del acreedor. Por esta razón, el legislador completa esta garantía con dos distintos mecanismos de protección del

acreedor solo ejercitables previa prueba de la insolvencia del deudor: la acción subrogatoria y la acción pauliana (artículo 1111 del Código civil español y artículos 1394 y 1238 del Código civil chileno²³).

Está legitimado activamente para el ejercicio de la acción pauliana el titular de un derecho de crédito, afectado por un acto jurídico del deudor que provoca o incrementa la insolvencia. El derecho de crédito debe ser anterior al acto jurídico impugnado, normalmente, aunque la jurisprudencia y la doctrina admiten la impugnación por fraude de actos jurídicos realizados con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior²⁴. A juicio de algunos autores, no es relevante si el crédito está o no vencido²⁵. Esto es más claro cuando se trata de créditos sometidos a plazo (pues la ley prevé el vencimiento anticipado, artículo 1129 del Código civil español y artículo 1496.1.º del Código civil chileno), pero resulta más dudoso cuando son créditos sometidos a condición, si bien la doctrina española se pronuncia a favor²⁶.

²⁰ En España: Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 561; Albaladejo, M. (1989), p. 954; Lacruz, J. L. et al. (1994) pp. 246-247; Montes, C. (1997), p. 72; o Puig, J. (1988), p. 332.

²¹ Si bien el Código civil chileno no es tan expreso como el español en este punto, así puede interpretarse del hecho de que el artículo 2468 hable del “perjuicio” que el acto provoque al acreedor. En este sentido, véase: Meza, R. (2004), p. 303. El autor añade que “los terceros a quienes habría de afectar el ejercicio de la acción podrán excepcionarse alegando que el deudor tiene bienes bastantes para que el acreedor haga efectivo su derecho en ellos”.

²² Artículo 1911 del Código civil español, y artículo 2465 del Código civil chileno.

²³ En relación con la acción subrogatoria: Meza, R. (2004), pp. 295-301. El autor apunta a los artículos 2469, 2466, o 1965 y 1968 del Código civil chileno, y afirma que es requisito para el ejercicio de la acción “que la negativa o desidia del deudor perjudique a los acreedores” (p. 300). En cuanto a la acción pauliana, está recogida en el artículo 2468 del Código civil chileno. Ambas requieren para su ejercicio la insolvencia del deudor.

²⁴ Permítame el lector remitirme a lo escrito en (1999) *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. La acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales, donde detallo lo arriba apuntado (pp. 121-124).

²⁵ En este sentido, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 249.

²⁶ Véase, en la monografía citada Jerez, C. (1999), p. 122.

El acreedor deberá demandar al deudor y a quienes deba alcanzar el ejercicio de la acción, esto es, al tercero adquirente o al favorecido por el acto, así como a quienes hubieren adquirido de ellos a título gratuito o bien con mala fe²⁷.

Particular interés presentan los supuestos de co-fianza. La sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de abril de 1995 resolvió un caso de co-fianza solidaria y afirmó que “cuando el fiador lo es con carácter solidario, [...], el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal”. Se consideró revocable la venta que hizo de todos sus inmuebles con el fin de “eludir la obligación

directa y personal de pago del préstamo que *le* incumbía en su calidad de avalista solidario de la entidad prestataria”. Más repercusión tuvo la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de octubre de 1995, referida al ejercicio de la acción pauliana frente a un deudor o cofiador solidario; El fallo señala que la subsidiariedad de la acción “quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad”, lo que dio lugar al posterior debate doctrinal. Una sentencia posterior del mismo Tribunal, con fecha 15 de septiembre de 1997, declaraba que cuando se trata de fiadores solidarios “es la insolvencia de todos ellos la que debe ser tenida en cuenta”²⁸.

3. Validez del acto impugnado por vía pauliana y diferencia con el simulado

Tanto en Chile como en España, es frecuente asociar el fraude de acreedores con el negocio simulado (en cuanto a ambos pudiera recurrir el deudor con el fin de evitar el pago)²⁹, y por esta razón la doctrina se esmera en destacar las diferencias entre uno y otro tipo de acto. Se basa esta distinción en algo muy sencillo: el acto simulado es absolutamente nulo y sin efectos³⁰, mientras que el acto impugnado mediante la acción pauliana nace válido³¹ y permanecerá eficaz entre las partes en la medida en que no obste al cobro del crédito por parte del acreedor impugnante³².

Por ser el cobro del crédito la finalidad que persigue la acción pauliana, sus efectos no alcanzarán más allá de la consecución de este objetivo. En este sentido hay una proximidad con la figura de la inoponibilidad³³. Sin embargo, la acción pauliana está sometida a un plazo determinado (cuatro años en el Código civil español³⁴, y un año conforme al Código civil chileno³⁵), lo que a mi juicio permite clasificarla mejor como una acción que como una modalidad de inoponibilidad³⁶.

²⁷ En este sentido, por ejemplo, Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563.

²⁸ En Jerez. C. (1999), pp. 123-124.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, Abeliuk, R. (2001), 4ª ed., p. 158, punto 155. A juicio del autor, simulación y acción pauliana son dos supuestos de inoponibilidad por fraude. También se pronuncia en este sentido Ducci, C. (2007), p. 353.

³⁰ Artículo 1276 del Código civil español.

³¹ El artículo 1290 del Código civil español expresamente declara que “los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley”, uno de los cuales es el fraude de acreedores (artículo 1291.3.o del mismo texto legal).

³² Por ejemplo, Alessandri, Somarriva & Vodanovic (1998), p. 351 explican que mediante la acción revocatoria (o pauliana) los actos del deudor pueden quedar sin efectos en la medida en que perjudiquen el derecho de crédito. A igual solución se llega en Derecho español: por ejemplo, Montes, C. (1997), pp. 68-69 y 184-185. El autor explica que la ineficacia relativa está prevista solo en la medida necesaria para que el acreedor logre el cobro de su crédito, quedando el acto válido por lo demás entre las partes.

³³ De hecho algunos autores, como el chileno Abeliuk, R. (2008), pp. 162-163, explica la acción pauliana como un supuesto de inoponibilidad, aunque deja claro que “no todos piensan así”. El mismo autor, al explicar después el concepto y naturaleza de la acción pauliana (2008, pp. 776-777) indica que la acción deja sin efectos el acto impugnado a fin de que el acreedor pueda cobrar lo que se le debe.

³⁴ Artículo 1299 del Código civil español.

³⁵ Artículo 2468.3.o del Código civil chileno.

³⁶ En este sentido se pronuncia Pizarro, C. (2010), p. 102. El autor distingue entre la inoponibilidad prevista en el artículo 1723 del Código civil chileno (inoponibilidad de la convención matrimonial o capitulaciones matrimoniales frente al tercero perjudicado, y la acción pauliana dispuesta como remedio en el artículo 2468 del mismo texto legal).

Ahora bien, en ocasiones será difícil deducir de los hechos si estamos ante un caso de simulación relativa o de revocación por fraude de acreedores. Por ejemplo, cuando se celebró una compraventa y se dio el precio por recibido, pero no hubo traspaso de la posesión. En

tales casos convendrá ejercitar ambas acciones —la acción de nulidad por simulación y la acción pauliana— alternativamente, teniendo en cuenta que esta última es subsidiaria.

4. Fundamento y requisitos para el ejercicio de la acción

El fundamento para el ejercicio de la acción lo encuentran algunos autores en la necesidad de lograr “la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito”³⁷; Otros lo refieren a la equidad o la buena fe³⁸, o a ambos (responsabilidad patrimonial y buena fe). Díez-Picazo incluso llegó a afirmar que la acción pauliana es una especie dentro del fraude a la ley “que históricamente y mediante un característico proceso de evolución ha dado lugar a unas especiales medidas de protección de los intereses de los acreedores, cuya aplicación es en la actualidad en muy buena medida independiente de la idea misma de fraude” (Díez-Picazo, 1993, pp. 732-733). Interesante cita esta que acabamos de reproducir, por las razones que apuntaremos a continuación.

Como quedó explicado, la acción pauliana se configura como un complemento al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que entra en funcionamiento en situación de insolvencia del deudor, esto es, cuando la garantía patrimonial del deudor resulta insuficiente para el acreedor. Es importante recordar que, en tales circunstancias, el conflicto de intereses pasa a

tener lugar, no ya entre deudor y acreedor solamente, sino entre el acreedor y el tercero en cuyo patrimonio entraron los bienes enajenados del patrimonio del deudor: por esta razón afirmo que, en cierto modo, el interés del deudor debería quedar en segundo plano en la resolución del conflicto generado entre acreedor y tercero.

En este sentido, como decía antes, lo explica también Meza Barros, en relación con el Derecho chileno. Este punto de partida permite distinguir entre los actos gratuitos y los onerosos: el tercero merece mayor protección en este último caso³⁹.

Pensemos en la venta de un inmueble tras la cual se pone de manifiesto la insolvencia del deudor, que no revela dónde puede localizarse el precio cobrado a cambio del bien. El tercero puede haberlo adquirido de buena fe, o bien con conocimiento de la intención fraudulenta que movió al vendedor a realizar la compraventa. Lógicamente, el tercero merece protección en el primer caso, esto es, si actuó de buena fe, ya que dio a cambio el valor de la cosa. Su título de adquisición, por ser oneroso, es sólido y no podrá ser atacado de ninguna

³⁷ Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 246 explica con la acción denominada revocatoria o pauliana “se trata de evitar —deshacer o compensar— salidas (del patrimonio) que lo hacen insuficiente para satisfacer el crédito: salidas que el legislador las considera menos dignas de protección que el crédito insatisfecho”. El autor habla de un “derecho del acreedor al mantenimiento de la integridad del patrimonio del deudor”. En el mismo sentido se expresa Castán (1992), p. 324.

³⁸ Sobre el fundamento de la pauliana, De Castro y Bravo, F. (1932), p. 202, confirma que es unánime la doctrina que afirma que “la finalidad de la acción revocatoria es evitar un perjuicio a una persona, según reglas de equidad y justicia”. Lohmann Luca de Tena (1984), pp. 469-506, opina que los principios de derecho privado en los que la acción pauliana hunde especialmente sus raíces son los de buena fe y defensa de los terceros frente al uso abusivo o antisocial del derecho (artículo 7 del Código civil español). A su juicio, la acción pauliana impide la persistencia del abuso (p. 479); El autor considera que el fraude de acreedores es una especie del fraude a la ley (pp. 470 y ss.).

³⁹ Explica Meza, R. (1997, reimpresión 2004): “Si el tercero ha recibido del deudor una liberalidad, la invalidación del acto no le causará propiamente una pérdida, sino que le privará de una ganancia. La ley se inclina, en tal caso, en favor de los acreedores que sufren un perjuicio concreto. Por eso no interesa la buena o mala fe de los adquirentes a título gratuito” (p. 305). Y añade: “Pero si el tercero es un adquirente a título oneroso, su derrota no solamente le privará de una ganancia, sino que le ocasionará la pérdida de la contraprestación que suministró al deudor. La ley se inclina en su favor, da preferencia a su derecho sobre el interés del acreedor, a menos que esté de mala fe. Por esto la acción pauliana no afecta a los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso” (pp. 305-306). La situación de los subadquirentes sigue las mismas reglas (p. 306).

manera por el acreedor pues en el platillo de la balanza los intereses del acreedor y del tercero tienen igual peso, pero el principio general de protección de la seguridad del tráfico jurídico hará que esta se incline a su favor. Quien adquiere a título oneroso solo puede ser alcanzado por la acción pauliana cuando el acreedor pruebe que participó en el fraude o conocía al menos la intención dolosa del deudor al contratar.

Por esta razón, dos son los elementos que tradicionalmente deben concurrir para el ejercicio de la acción pauliana con carácter general: junto a la prueba de la lesión del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude), el acreedor deberá probar la mala fe del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude).

4.1. El elemento objetivo (*eventus damni*)

El acreedor debe probar, en primer lugar, la lesión del derecho de crédito. Es el denominado evento dañoso (*eventus damni*) y, pese a ser un elemento objetivo, no siempre ha sido fácil probarlo. Antiguamente la jurisprudencia española exigía que un procedimiento ejecutivo previo hubiera resultado infructuoso, pero actualmente se considera suficiente con que el acreedor acredite de otros modos que no dispone de bienes en el patrimonio del deudor con los que hacer efectivo el cobro del crédito. El acreedor debe probar, por consiguiente, que es titular de un derecho de crédito que se ha visto lesionado como consecuencia de la insolvencia del deudor, provocada o incrementada por el acto que se impugna.

La jurisprudencia chilena también encuentra adecuado un criterio no absolutamente rígido, pudiendo citar en este sentido la reciente sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017, que confirma los criterios de Primera Instancia y de la Audiencia, en sentido de admitir como suficiente la prueba de que se ha disminuido el patrimonio del deudor hasta el punto de que es “casi imposible” de ejecutar el crédito. En el caso concreto: “Todas las propiedades que posee la demandada [...] se encuentran gravadas con embargos, prohibiciones, hipotecas o medidas precautorias, lo que da cuenta de la insolvencia de la misma”.

4.2. El elemento subjetivo (*consilium fraudis / scientia fraudis*)

Más difícil para el acreedor es presentar la prueba del fraude, en cuanto elemento subjetivo de la acción pauliana, porque, al necesitar probar la mala fe del deudor y del tercero para que el Juez estime la acción (*consilium fraudis*), se encuentra ante la imposibilidad de acceso a las intenciones dolosas o fraudulentas que dice movieron a las partes a contratar. Por esta razón, tradicionalmente se rebajó el canon de prueba y se consideró suficiente la concurrencia al menos del conocimiento de daño que se causaba (*scientia fraudis*). Con todo, la prueba del elemento subjetivo sigue siendo extraordinariamente ardua para los medios de que dispone el acreedor.

La jurisprudencia chilena, en la sentencia citada de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017, considera suficiente prueba del elemento subjetivo del fraude el hecho de que

al momento de efectuar el aporte en dominio la demandada no podía menos que saber el estado en que se encontraban sus propiedades y la deuda que mantenía con el demandante en autos, por lo que en conocimiento de la insolvencia que poseía frente a su acreedor, dicho acto de disposición no hace más que reflejar la mala fe con que actuó.

En cuanto al tercero, se tuvo en cuenta el hecho de que se tratara de un hijo de la demandada, como indicio suficiente de la participación en el fraude (la demandada había constituido con él una sociedad, a la que aportó el inmueble cuyo precio debía al demandante).

Ahora bien, qué duda cabe de que la prueba del elemento subjetivo hace muchas veces imposible el ejercicio de la acción y qué duda cabe también de que no en todos los casos el tercero merece idéntica protección. Pensemos que puede ser un tercero que adquiera a título gratuito y, por tanto, sin dar nada a cambio de la cosa. La consideración de la distinta naturaleza de la causa gratuita y la onerosa y, muy particularmente, la aplicación del principio de equidad según el cual “entre proteger

un beneficio y evitar un perjuicio hay que optar por esto último”, movió desde los tiempos del Derecho romano clásico hasta nuestros días a tratar de diverso modo los distintos tipos de actos, facilitándose el ejercicio de la acción cuando el acto de enajenación no era oneroso en sentido estricto: y así, unas veces, se admiten presunciones de fraude (así, en el caso español⁴⁰); otras, se prescinde de la prueba de la intención del tercero (en el Código civil chileno⁴¹), o se legitima directamente al acreedor para que actúe sobre los bienes enajenados a título gratuito por el deudor si este es el único modo que tiene para cobrar lo que se le debe⁴².

Tal vez, hablar de actos jurídicos “objetivamente fraudulentos” resulte paradójico para algunos⁴³, por cuanto nuestra formación jurídica asocia muchas veces la noción de fraude al elemento subjetivo, esto es, a la intención dolosa que movió al deudor y al tercero a contratar (*consilium fraudis*) o, cuanto menos, a la conciencia —en ambos o en el deudor— del daño que se causaba (*scientia fraudis*). Pero sí coincidiremos todos en que existen actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito, como es el caso de la donación realizada en estado de insolvencia o provocando la situación de insolvencia. Si el acreedor no tiene otro medio para cobrar su crédito, podrá atacar la eficacia de estos actos con independencia de la buena o mala fe del tercero⁴⁴.

5. Los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito (I): Tipificación

Veamos ahora cuáles son los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito y, después, qué especial tratamiento merecen, distinto del régimen ordinario de la acción pauliana. A mi juicio, es exacto afirmar que son actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito los que en sí mismos, con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero, imposibilitan el ejercicio por el acreedor de su derecho. Son los siguientes:

5.1. Actos gratuitos: extensión a los conflictos entre el acreedor y un tercero que contrató con el deudor

El tipo más característico de acto objetivamente lesivo del crédito es la donación realizada por el deudor insolvente. Junto a la presunción general de fraude que en Derecho español rige para los actos gratuitos (artículo 1297. I del Código civil), se prevé una regla especial conforme a la cual se presumirá “siempre” fraudulenta la donación realizada en estado de insolvencia (artículo 643 del Código civil). La

⁴⁰ Así lo hace el legislador español a través de las presunciones de fraude contenidas en los artículos 1292 y 1297 del Código civil. De ellas, solo la presunción del 1297. II admite sin duda prueba en contrario. En los otros dos supuestos (pagos adelantados y actos gratuitos) puede considerarse presunción *iuris et de iure*.

⁴¹ Por ejemplo, el artículo 2468 del Código civil chileno prescinde de la prueba de la mala fe del tercero cuando el deudor adquirió a título gratuito, mientras que debe probarse la mala fe de deudor y tercero si se impugna una transmisión onerosa o un pago en general realizados con perjuicio de acreedores. En cuanto a la mala fe del deudor, la define este artículo como el conocimiento del estado de los negocios, lo que es presumible en todo caso del titular de un patrimonio (así lo explica, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017).

⁴² Así lo admite el carácter *iuris et de iure* de la presunción de fraude prevista para las donaciones realizadas por el deudor insolvente. La expresión “siempre” empleada por el legislador en el artículo 643 del Código civil español no deja lugar a dudas. En breve desarrollaré este punto.

⁴³ Agradezco al profesor Hernán Corral esta observación (Seminario *Iuris*, Universidad de los Andes, 18 de agosto de 2017). En todo caso, el Código civil chileno prescinde de la intención del tercero en los casos de no onerosidad o distintos de los pagos (artículo 2468. II), en los que será suficiente con que exista mala fe o fraude solo en el deudor. Al consistir esa mala fe en el conocimiento del mal estado de sus negocios (artículo 2468. I *in fine*) y poder presumirse que el titular de un patrimonio conoce (o debería conocer) su estado patrimonial, puede decirse en definitiva que hablar de objetivación del fraude y de actos en sí mismos lesivos del crédito viene a ser una misma cosa o bien algo bastante próximo. De hecho, Meza, R. (1997, reimpresión 2004), p. 308, explica que la misma regla de presunción de conocimiento del estado de los negocios por parte del deudor que se aplica a la pauliana concursal, “se aplica a los actos a título gratuito, efectuados fuera de los periodos sospechosos”.

⁴⁴ Así se ha admitido históricamente: Digesto, 42, 8, 10, 24; García, F. (1852, reimpresión 1974), art. 1182, p. 628.

expresión “siempre” no admite duda sobre el carácter *iuris et de iure* de la presunción de fraude, lo que en la práctica equivale a una objetivación del tratamiento jurídico de los actos realizados por el deudor a título gratuito, en situación de insolvencia o quedando insolvente. La razón de esta regla especial radica en la debilidad de la causa gratuita. A diferencia de lo que sucede cuando el tercero adquiere por título oneroso, la justicia del caso apunta a que el acreedor merece mejor protección que el tercero favorecido por el acto, que no ha dado nada a cambio de la cosa. De hecho, en estos casos, el Código civil chileno prescinde de la intención del tercero, y legitima al acreedor para impugnar el acto con independencia de su buena o mala fe (artículo 2468.2.º del Código civil chileno).

Encontramos una regla, que subyace en todos los ordenamientos, conforme a la cual, entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último. Esta regla constituye el eje en torno al cual diseñaremos a continuación el régimen jurídico de los actos objetivamente lesivos del derecho de crédito.

El mismo tratamiento que recibe la donación ordinaria realizada por el deudor insolvente, puede predicarse para la donación remuneratoria o que tiene como causa gratificar algún servicio cuando no existe obligación de hacerlo, así como —al menos en la parte en que existe

gratuidad— a la donación modal o gravada con una carga que debe cumplir el donatario si acepta⁴⁵.

Si damos un paso más, podemos cuestionarnos la extensión de la regla de la gratuidad a aquellos actos que, siendo onerosos, adolecen de una notable falta de equilibrio de las prestaciones. Encontramos en nuestro Derecho histórico —común a Chile y España— dos momentos de la trayectoria de la acción pauliana en que se entendió la falta de equivalencia de las prestaciones como manifestación del fraude: la Escuela de los Comentaristas⁴⁶ y la obra de Hevia Bolaños, antes citada (en concreto, en el Capítulo XIII, parágrafo 13). También la ley hipotecaria de 1861 establecía para España una presunción de fraude en relación con este supuesto (Gómez de la Serna, P., 1862, p. 686)⁴⁷. En la doctrina española⁴⁸ y francesa, encontramos autores que se aproximan a esta idea⁴⁹.

En cuanto al Derecho positivo, encontramos un ejemplo en el Código civil holandés: se presumen fraudulentas las enajenaciones realizadas por el insolvente con manifiesta falta de equivalencia de las prestaciones⁵⁰. También en el Reino Unido las *transactions at an undervalue* reciben un tratamiento propio en situaciones de insolvencia, distinto del de las enajenaciones por el valor de la cosa: el tercero no recibe el mismo trato cuando recibió la cosa sin dar a cambio su valor sino un precio irrisorio y además

⁴⁵ Para más detalle, permítame el lector remitirle a la monografía *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos* (Jerez, C., 1999, pp. 179-220).

⁴⁶ Explica Piano, V. (1962) que *Accursio*, de la Escuela de los Glosadores del Digesto (Bolonia, siglos XI-XII), distanciándose en esto del Derecho romano glosado, afirma que no en todos los casos de impugnación pauliana se verifica la exigencia del elemento subjetivo del fraude, y señala como ejemplo el caso de la adquisición de un objeto a un precio inferior a su valor efectivo. En ese caso existe solo *fraus re* y no *fraus consilio*, lo que lleva a *Accursio* a afirmar “quia *fraus potest esse dolus et potest non esse*” (pp. 208-209). Bártolo de Sassoferrato, de la Escuela de los Comentaristas (S. XIII), proponía el caso de quien adquiere un bien por la mitad de su valor. Los acreedores del enajenante podrán en ese caso impugnar por la mitad del contrato según las reglas de los contratos onerosos y la otra mitad aplicando las de las enajenaciones gratuitas (pp. 187-189). Giason del Maino, también de la Escuela de los Comentaristas, recogió la discusión de los glosadores sobre el concepto de fraude: aunque la mayoría está de acuerdo en que el fraude hace referencia siempre a la intención del deudor de lesionar el crédito, añade que para otros hay que distinguir entre *dolo* (elemento subjetivo del fraude) y *fraude* (daño objetivo), como es el caso de *Accursio* (pp. 208-209). El comentario de Giason del Maino al título *De actionibus* de las Instituciones de Justiniano se reconoce como la conclusión de la doctrina de los comentaristas (pp. 205-220); La aportación del jurista a la técnica de la prueba del *consilium fraudis* consistió en extender el campo de acción de los criterios de las presunciones de fraude, entre otros indicios, a la diferencia entre el valor del bien enajenado y la cantidad pagada como precio (p. 215).

⁴⁷ Comentario al primigenio artículo 41.

⁴⁸ En España contamos con el artículo 622 del Código civil como posible apoyo. Relativo a la donación modal, permite aplicar a determinados actos un doble régimen, propio de los actos gratuitos en cuanto haya gratuidad y de los onerosos en la medida en que exista cierta onerosidad o contraprestación.

⁴⁹ Con mayor extensión lo describo en Jerez, C. (1999), pp. 286-288. Entre la doctrina francesa cabe destacar, en este sentido, dos obras de Ghestin, J. (1992), p. 688, y la de (1978), pp. 569-585, p. 575.

⁵⁰ El plazo dentro del cual puede invocarse la presunción es de un año (artículo 46-1-1 o, Libro 3.º Código civil holandés).

lesionó con ello el interés de los acreedores⁵¹. En las leyes concursales, de otra parte, no es extraño encontrar normas de este tipo en los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*.

5.2. Pagos por cuenta de obligaciones no vencidas: extensión a los conflictos entre dos acreedores

Un segundo supuesto en que el acto jurídico del deudor lesiona directamente o en sí mismo el derecho de crédito es el pago adelantado de obligaciones no vencidas o no exigibles. Si el deudor, como consecuencia de ello queda en estado de insolvencia, el acreedor perjudicado podrá impugnar el pago (artículo 1292 del Código civil español)⁵². Se incluyen aquí los pagos hechos en cumplimiento de obligaciones sometidas a condición suspensiva, cuando esta aún no se ha cumplido, los pagos anticipados o por cuenta de obligaciones no vencidas, el pago de una obligación natural, el pago de una obligación prescrita, y el pago de deudas de juego inexigibles. La razón que justifica la impugnación del pago en estos casos es, junto al respaldo legal que otorga el mencionado 1292 del Código civil español, el hecho de que el deudor no puede renunciar a derechos propios en perjuicio de tercero (artículo 6.2 del Código civil). El acreedor favorecido ha recibido algo que no podía exigir y por tanto, entre proteger ese beneficio y evitar el perjuicio del acreedor impugnante, hay que optar por esto último.

Se excluyen de este tratamiento los pagos de deudas supuestas o nulas, así como los efectuados en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz: la acción que corresponde ejercitar en estos casos es la acción de nulidad o la de enriquecimiento sin causa (pago de lo indebido). La presunción de fraude del mencionado artículo 1292 del Código civil español se refiere a pagos válidos, cuya eficacia puede ser impugnada por el acreedor perjudicado en la medida necesaria para el cobro de su crédito. También puede excluirse el pago de obligaciones hechas por cuenta de contratos anulables, ya que el hecho de pagar supone optar por la confirmación

del contrato, y —validado este— el pago se hace exigible.

Los acreedores que cobren pagos hechos por cuenta de obligaciones ya vencidas o exigibles quedan protegidos aunque el deudor devenga insolvente por ello, ya que juega —fuera del concurso— el principio de protección del acreedor diligente. Por esta razón, en materia de pagos, el Código civil chileno formula la regla de otro modo: Da a los pagos idéntico tratamiento que a los actos onerosos (considerándolos conjuntamente en el párrafo primero del artículo 2468 del Código civil), y por consiguiente, exige para su impugnación en general la prueba de la mala fe en el deudor y en el tercero.

A mi juicio el legislador está refiriéndose aquí a los pagos por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, y debería admitirse que —cuando el deudor no hubiera podido ser compelido al pago al tiempo de hacerlo— el acto jurídico sea impugnabile en las condiciones en que lo son “los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente” (artículo 2468.2.º del Código civil chileno): la impugnación de estos actos se realiza prescindiendo de la buena o mala fe del tercero (en este caso, el acreedor favorecido).

Dando un paso más, la regla relativa a los pagos realizados por cuenta de obligaciones no vencidas o no exigibles puede extenderse a la constitución de garantías a favor de acreedores que no estaban en circunstancias de exigirlo al deudor, cuando esto hace imposible en la práctica el cobro por parte del acreedor perjudicado. Son impugnables, por tanto, con independencia de la buena o mala fe del acreedor favorecido, las hipotecas, prendas y derechos de garantía en general (incluida la fiducia *cum creditore*) constituidos a favor de acreedores que no pudieron compeler al deudor a su otorgamiento (por no estar sus créditos vencidos o no ser exigibles al tiempo de su constitución). La regla que subyace en nuestros ordenamientos es la antes enunciada: entre proteger un

⁵¹ Section 339 *Insolvency Act*, 1986. Si el procedimiento fuera extraconcursal, como es el caso de la pauliana, puede impugnarse el acto con independencia de la mala o buena fe del tercero (Section 423); Solo se protege a los terceros que contrataron de buena fe y por el valor de la cosa (*for value*).

⁵² Recordemos que la insolvencia del deudor provoca el vencimiento de los créditos. Por esta razón, el supuesto de hecho de la norma no pueden constituirlo los pagos hechos por el deudor insolvente, sino aquellos que causen o provoquen la insolvencia y se hagan por cuenta de obligaciones aún no vencidas o no exigibles. En relación con el vencimiento anticipado de los créditos, tanto en Derecho chileno como en Derecho español, encontramos sendos trabajos de Severín, G. (2014a), pp. 505-526 y (2014b), pp. 983-1032.

beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último (como en el caso de los actos gratuitos realizados por el deudor, esta regla late también en el artículo 1292 del Código civil español, que es aplicable por analogía a este tipo de supuestos).

En convenios interempresariales es una práctica en ocasiones acordar que, en caso de insolvencia de una de las empresas, quedarán automáticamente compensadas las deudas pendientes entre ellas. ¿Deben los restantes acreedores soportar la lesión que esto pueda causar en sus créditos? la compensación de deudas seguirá el mismo régimen de los pagos. Esto es, puede impugnarse por el acreedor perjudicado en la medida en que se trate de obligaciones no exigibles o aún no vencidas, pero no cuando el acreedor cuyo crédito se extinguió por compensación podía compeler al pago al tiempo de la compensación de deudas (artículo 1292 del Código civil español, por analogía).

5.3. Actos de renuncia: extensión a los conflictos entre el acreedor y un tercero que no contrató con el deudor, pero resultó favorecido por un acto del deudor

Por último, encontramos una regla que permite impugnar los actos de renuncia del deudor realizados en estado de insolvencia o quedando en situación de insolvencia, con independencia de la buena o mala fe del tercero beneficiado por el acto: en el Código civil español, aplicaríamos el artículo 6.2, que no reconoce validez a la renuncia en cuanto perjudique a terceros; En el Código civil chileno se aplican los artículos 12, 1394 y 1238⁵³).

Esta regla, aplicable a los actos de derelicción o abandono de bienes cuando se hubiera beneficiado de ello un tercero, es trasladable también a otros supuestos.

En concreto, cabe citar los siguientes, a modo de ejemplo:

1.º La condonación o remisión de deuda, pues el principio que subyace es nuevamente el mismo. Estos últimos actos pueden tratarse también por el régimen de las donaciones realizadas en estado de insolvencia (artículo 643 del Código civil español).

2.º Los actos de partición en los que se aceptó por el deudor insolvente un lote de menor valor que el correspondiente al comunero. Esto, tanto si se trata de la división de la cosa común, como si lo que se divide es una sociedad, o el patrimonio ganancial, o la herencia⁵⁴.

3.º También en los casos de fiducia *cum amico*, si el mandante hubiera convenido con el mandatario una cláusula que perjudique a sus acreedores porque dificulte o retrase la posibilidad de exigir al fiduciario el cese de la titularidad fiduciaria, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código civil español en la medida en que esto supone una renuncia a la facultad de revocar el mandato, acto que no es eficaz en perjuicio de terceros⁵⁵.

4.º Los actos de modificación de obligaciones en virtud de los cuales el deudor acepta unas condiciones peores que las iniciales: la renuncia a la prestación que se debía no se admite en perjuicio de acreedores, aunque una nueva prestación (de menor valor) haya sido aceptada en su lugar.

De otra parte, conviene advertir que en ocasiones encontramos una regla específica que ha de aplicarse con prioridad a la general del artículo 6.2 del Código civil (español) y que facilitará la impugnación (es el caso de la repudiación de herencia⁵⁶ y el de la renuncia a la

⁵³ A juicio de Meza, R. (2004), p. 304, la acción es la subrogatoria y no la pauliana en el caso, por ejemplo, del artículo 1238. Sin embargo, a mi juicio, tanto la necesaria autorización judicial como el hecho de que el acto siga teniendo efectos para el tercero en lo que —pagado el crédito— le sea provechoso, inclina a pensar que es la acción pauliana la que está ejercitándose. En todo caso, resulta interesante esta conexión entre ambas acciones, pauliana y subrogatoria: ambas son necesarias en estos casos. La acción pauliana deja sin efectos la renuncia y la acción subrogatoria legitima al acreedor para ubicarse en la posición del deudor y realizar la aceptación, conforme al sistema chileno.

⁵⁴ Con mayor detalle lo argumento en Jerez, C. (1999), pp. 221-272.

⁵⁵ Al artículo citado habría que añadir lo dispuesto en los artículos 1733 y 1111 del Código civil español.

⁵⁶ Artículo 1001 del Código civil español: “Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. / La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código”.

prescripción ganada⁵⁷).

Ahora bien, distinto de los supuestos de renuncia son aquellos en que el deudor rechaza enriquecerse, por ejemplo, recibiendo una donación. Nadie está obligado a incrementar su patrimonio conforme al ordenamiento español. Diversa es la regla en el ordenamiento chileno⁵⁸.

Por esta razón, se discute si la repudiación del legado sigue la regla de la repudiación de herencia o la de no aceptación de la donación (una y otra solución son defendibles según se argumente que el legado entra o no en el patrimonio del deudor desde el momento del fallecimiento del causante)⁵⁹.

6. Los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito (II): tratamiento jurídico

De modo específico, el tratamiento del fraude de acreedores se regula mediante la acción pauliana o acción revocatoria (o rescisoria), esto es, conforme a lo dispuesto en los artículos 1111 y 1291.3.º-1299 del Código civil español, o en el artículo 2468 del Código civil chileno. Ahora bien, acabamos de comprobar que, más allá de los actos jurídicos realizados intencionadamente en fraude de acreedores, existen actos jurídicos que objetivamente lesionan el derecho de crédito, con independencia de cuál sea la intención que mueva a las partes (deudor y tercero) al tiempo de hacerlos. En relación con estos últimos, deberíamos preguntarnos si solo pueden ser tratados desde la perspectiva de la acción pauliana o si encontramos en el ordenamiento o en el Derecho comparado otro tipo de remedios. A esta cuestión vamos a dedicar este apartado.

6.1. Desde la óptica de la acción pauliana

En primer lugar, desde la óptica de la acción pauliana, pudiéramos considerar que existe una regla general, conforme a la cual la impugnación requiere prueba de los elementos objetivo y subjetivo del fraude (*eventus damni* y *consilium fraudis*), y una regla especial, aplicable a los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, conforme a la cual la prueba del evento dañoso será suficiente para la impugnación con éxito por el acreedor. Admitir lo dicho equivale a objetivar el tratamiento jurídico del fraude de acreedores en estos casos.

La regla que justifica una objetivación del tratamiento del fraude cuando los actos del deudor objetivamente lesionan el derecho de crédito es común a los tres grupos de supuestos que acabamos de distinguir (gratuidades, pagos por cuenta de obligaciones no exigibles al tiempo de hacerse, renunciaciones): entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, esta regla está presente en nuestros ordenamientos, en sede de acción pauliana, a través de presunciones de fraude o del otorgamiento de facilidades para que el acreedor impugne el acto, prescindiendo en todo caso de la buena o mala fe del tercero.

Conforme al Código civil chileno se exigiría que el acreedor pruebe la mala fe del deudor en estos casos, pero a la vez esta puede darse por probada, pues consiste en el conocimiento “del mal estado de los negocios” que todo titular en principio está obligado a conocer conforme a criterios de diligencia media (artículo 2468 del Código civil chileno).

6.2. Desde la óptica de otros remedios civiles complementarios

La acción pauliana no es el único remedio en los sistemas de nuestro entorno para hacer frente a los actos objetivamente lesivos del derecho de crédito. En particular, encontramos en el enriquecimiento injustificado y en la

⁵⁷ Artículo 1937 del Código civil español: los acreedores pueden oponer la prescripción a pesar de la renuncia del deudor.

⁵⁸ El artículo 1394 del Código civil chileno dispone que los acreedores de quien repudia una herencia, legado o donación “podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta la concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiera, se aprovechará el tercero”. Véase también el artículo 1238 del mismo texto legal.

⁵⁹ Con más detalle lo expongo en Jerez, C. (1999), pp. 305-307.

responsabilidad civil extracontractual vías que podemos explorar con un resultado útil en este ámbito.

6.2.1. El enriquecimiento injustificado

Qué duda cabe que, si buscamos un tratamiento adecuado para los actos jurídicos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, y admitimos su impugnación con independencia de cuál sea la intención del tercero, no podremos exigir de dicho tercero más que la restitución de aquello en lo que se haya enriquecido. Quiebra aquí la solución aplicable conforme al régimen general de la acción pauliana, que permite alcanzar del tercero (de mala fe o partícipe en el fraude) la cosa recibida o, cuando esto no fuera posible, la indemnización por el valor de la cosa. No sería justo exigir del tercero de buena fe lo mismo que se exige al que actuó de mala fe.

En este punto, encontramos en el Derecho histórico y también en el Derecho comparado una regla de equidad que permite exigir del tercero aquello en lo que se hubiera enriquecido por el acto en sí mismo lesivo del derecho de crédito, sin más (ni menos).

Si estamos hablando de un tercero de buena fe (por ejemplo, el donatario) frente al que se declara la revocación, no sería justo exigirle una indemnización por el valor de la cosa si esta se hubiere perdido o no fuera posible restituirla. La impugnación del acto en sí mismo lesivo del crédito tiene un fundamento distinto que la impugnación del acto fraudulento, teñido de la intención dolosa del deudor y del tercero cómplice en el fraude o consciente del mismo. En este último caso es la mala fe del deudor y del tercero la que les deja sin protección, saliendo vencedor el acreedor. Pero en el caso de los actos jurídicos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, la admisión de la impugnación tiene su fundamento en el principio conforme al cual, entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar

por esto último. Se observa aquí la analogía con el régimen jurídico del enriquecimiento injustificado.

Si bien esto no aparece así claramente determinado en el Código civil español, como tampoco en el chileno, sí podemos —a mi juicio— afirmar que se trata de una verdadera regla jurídica. Esta regla de la restitución de los enriquecimientos, cuando la impugnación o revocación del acto tenga como legitimado pasivamente a un tercero de buena fe, aparece descrita, por ejemplo, en la obra de Hevia Bolaños antes citada (que forma parte de nuestro común patrimonio jurídico) (1790, Cap. XIII, párrafo 22); aparece también en los comentarios del García Goyena al Proyecto de 1851 (1974, art. 1182, p. 628) y en los sistemas de impugnación suizo⁶⁰, alemán⁶¹ y holandés⁶².

Más importante aún: empleando la expresión “fraude” (referida al parecer solo al conocimiento del deudor, pero no del tercero), el Digesto plasmó la razón que justificaba que pudieran impugnarse, con independencia del conocimiento que el tercero pudiera tener del perjuicio, los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito (como donaciones, legados, pérdida de servidumbres por falta de uso, derelicción, remisión de deuda, pago anticipado, prenda por un crédito antiguo —caso este último en que hay textos contradictorios—, o la dote). Dice así: “porque el Pretor consideró *injusto* que permaneciese con el lucro el que experimentó lucro por el fraude; y por esto creyó que se le debía quitar el lucro” (D. 42, 8, 10, 24).

Esa razón de justicia es la que late y fundamenta la regla según la cual entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último (lógicamente cuando existe una relación de causa-efecto entre el beneficio provocado y el perjuicio causado). Esto es predicable tanto del Derecho español como del Derecho civil chileno⁶³.

⁶⁰ Artículo 291.III de la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 1889, tras la reforma de 1994.

⁶¹ Párrafo 11 de la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*.

⁶² Artículos 45-3 y 45-5 del Libro 3° del Código civil holandés.

⁶³ En relación con el enriquecimiento sin causa en el Derecho civil chileno, comenta, por ejemplo, Abeliuk, R. (2008), p. 192, que el principio del enriquecimiento injusto “informa íntegramente el Derecho”. El autor refiere que la expansión de este principio como fuente de obligaciones (morales, en un primer momento) gana terreno en Francia, y tiene relación con “un acto de una persona con repercusión en el patrimonio ajeno, que obliga a las partes en las circunstancias que la misma ley señala” y explica que, si bien en Chile no aparece expresamente recogido en el Código civil, ello “no quita que existan numerosas instituciones y soluciones legislativas que están inspiradas en él. El problema es precisar qué ocurre en los casos no legislados” (p. 193). Para que prospere la acción del empobrecido es preciso probar lo siguiente: 1.° El empobrecimiento experimentado (a mi juicio, en este caso lo sería la lesión del crédito); 2.° El enriquecimiento de otro sujeto; 3.° La existencia de una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento referidos;

6.2.2. La responsabilidad civil extracontractual

Resulta curioso al lector español o mediterráneo, en general, y probablemente al latinoamericano, que un compendio de normas de Derecho civil europeo como es el trabajo académico conocido con el nombre de Marco Común de Referencia⁶⁴ (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) no contenga regulación específica de la acción pauliana. Sin embargo, al leer los *Principios* introductorios, uno puede encontrar la explicación. Se dice que dicha acción está relacionada con la insolvencia y que el DCFR no contiene reglas concursales. Trasluce aquí la impronta germana y quizás también anglosajona que late muy especialmente en la redacción de las reglas del citado *Draft*. En Alemania, la acción revocatoria se considera materia procesal ajena al BGB o Código civil alemán y relacionada, efectivamente, con los procedimientos de insolvencia. Fuera de dichos procedimientos —se explica en los Principios del DCFR— las reglas de la responsabilidad civil extracontractual ofrecen posibles

soluciones al conflicto entre el acreedor y el tercero beneficiado por el acto del deudor⁶⁵.

Sin embargo, a mi juicio esta alternativa no es ventajosa en absoluto para el acreedor, ya que para exigir la responsabilidad aquiliana debe probar no solo el daño o lesión del crédito, sino también la culpa o negligencia del sujeto obligado a indemnizar. Es decir, la responsabilidad civil extracontractual nos devuelve, a efectos de prueba, a la dificultad de ejercicio de la acción pauliana conforme a sus reglas generales (necesidad de probar la lesión del crédito y, además, la mala fe del deudor y del tercero). Este remedio, que sí resulta justo cuando el tercero adquirió mediante título oneroso o cuando cobró lo que podía exigir, no resulta por el contrario ser la solución que tratamos de alcanzar para los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito.

7. Los efectos del ejercicio de la acción pauliana y otros remedios civiles complementarios

La acción pauliana es subsidiaria, como vimos, y de naturaleza personal⁶⁶; tiene sin embargo una relativa eficacia patrimonial⁶⁷, como se verá a continuación.

El Código civil español, a diferencia del chileno, regula con carácter general los efectos de la acción rescisoria en los artículos 1295 y 1298. Sin embargo, pese a que el fraude de acreedores es uno de los supuestos que da lugar a la rescisión del contrato (artículo 1291.3.º del Código civil), es

discutible que se pueda aplicar a la acción revocatoria por fraude un régimen idéntico al de los restantes supuestos de rescisión enumerados en el artículo 1291. No parece aplicable el artículo 1295, si atendemos a su propio tenor literal (en especial el primer párrafo) pues el precepto trata de la restitución recíproca de las prestaciones y no hay nada que deba devolver el acreedor ya que no es parte en el contrato⁶⁸. Sí puede tener aplicación el artículo 1298⁶⁹ (y también pueden extraerse criterios de los dos últimos

4.º La inexistencia de una causa que lo justifique (a mi juicio, aquí es suficiente con la prueba de lo injustificado de ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento consiguiente; es decir, no cabe oponer una causa contractual, como es la donación, para evitarlo cuando esta causa es más débil que la que da derecho al acreedor, en particular, por venir así previsto expresamente en la ley); y 5.º La imposibilidad de acudir a otro remedio para evitar la lesión (es decir, la acción es subsidiaria). En el autor citado, véase, pp. 195-196. En relación con la carencia de causa, explica que se refiere a que no exista “entre las partes una relación patrimonial” (p. 196).

⁶⁴ Más en concreto, Jerez, C. (Coord.) (2015), traducción coordinada de la obra Christian Von Bar et al (Eds.) (2009), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law*.

⁶⁵ En la versión española, página 33. En la versión inglesa publicada online, véase página 64. Remiten la materia de la acción pauliana al régimen del Libro VI, que regula la Responsabilidad civil extracontractual: “las transmisiones fraudulentas que tienen por objeto perjudicar a los acreedores podrían abordarse bajo las disposiciones del Libro VI”.

⁶⁶ Este punto ha sido discutido tradicionalmente debido a antinomias que presentaban los textos romanos (Castán, 1992, pp.326-327). Sin embargo, la doctrina ha llegado a ser prácticamente unánime al afirmar el carácter personal de la acción pauliana. Junto al anterior, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 247; Albaladejo, M. (1994), p. 214; Puig, J. (1988), p. 332; Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563.

⁶⁷ Ramos, R. (2008), p. 329, explica, en sentido semejante, que la acción pauliana es personal y patrimonial, que afecta solo a las partes que litigaron.

⁶⁸ En este sentido se pronunciaba De Castro y Bravo, F. (1971), p. 524. También, Fernández Campos, J. A. (1997, capítulo V).

⁶⁹ En este sentido lo interpreta Moreno, B. (1981), p. 179.

párrafos del artículo 1295).

Los efectos de la acción son los siguientes: el tercero demandado deberá restituir al patrimonio deudor los bienes que recibió por el acto en la medida necesaria para evitar el daño del acreedor, pero en todo caso podrá optar por enervar el ejercicio de la acción pagando la deuda, porque la única finalidad de la rescisión es evitar el daño y, por tanto, una vez que ha desaparecido la lesión cesa la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción. Si fuera imposible devolver el bien, el adquirente de mala fe debe indemnizar (artículos 1298 y 1295.III), pero nada se dice en relación con el adquirente de buena fe (por ejemplo, el donatario de buena fe), salvo que consideremos que es el causante de la lesión (artículo 1295.III), que no parece adecuado, o que extraigamos algunos criterios de responsabilidad que en el artículo 643 del Código civil se atribuyen a quien adquiere por donación (responsabilidad en la medida del enriquecimiento).

Lo cierto es que —cuando es de buena fe— no es posible exigir del tercero que no tiene la cosa y por tanto no puede restituirla para hacer efectivo el pago, que indemnice por el valor de la cosa. Esta regla, que está bien como regla general aplicable cuando el tercero es de mala fe, no se adecúa a los supuestos que estamos tratando. En estos casos, la restitución del enriquecimiento —en la medida necesaria para el cobro del crédito— es la regla adecuada: 1.º Si el tercero vendió la cosa, debe entregar el precio percibido por ella; 2.º Si la regaló, se

perseguirá al subadquirente aplicando idénticos criterios (solo queda protegido el subadquirente de buena fe y título oneroso⁷⁰); y, 3.º Si se perdió la cosa, ni hay restitución ni indemnización exigible.

El negocio impugnado sigue siendo válido y eficaz entre las partes. La doctrina se ha ocupado de desarrollar los criterios que pueden seguirse para determinar los efectos de la acción⁷¹. En resumen, el acto revocado sigue siendo válido entre las partes y por lo tanto las transmisiones a que dio origen son plenamente válidas también, pero —como consecuencia del ejercicio de la acción— puede decirse que se recupera la afección al pago de la deuda de estos bienes salidos del patrimonio del deudor. En este sentido puede decirse también que los efectos de la acción son principalmente procesales o ejecutivos, porque la finalidad que se persigue es que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho⁷².

En cuanto a los subadquirentes, podemos afirmar que la acción revocatoria es susceptible de producir efectos en cascada de manera que se extienda a todos los negocios que de modo contiguo tengan por adquirente a un tercero que lo sea bien a título gratuito, bien de mala fe. Solo cuando nos encontramos ante un adquirente a título oneroso y de buena fe queda interrumpido el curso de la acción, dando lugar —en su caso— a la indemnización prevista en los artículos 1295.III y 1298 del Código civil español⁷³.

8. El plazo de ejercicio

Los derechos español y chileno difieren en lo que al plazo de ejercicio de la acción pauliana se refiere. Mientras en Derecho español el plazo es de cuatro años (artículo 1299 del Código civil), en el Derecho chileno es de tan solo un año (artículo 2468.3.º del Código civil chileno). Una ventaja tiene la redacción chilena sobre la española:

la determinación del momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo. Dice así la norma: “Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”. El Código civil español, por el contrario, no redacta nada acerca del inicio del cómputo del plazo, lo que ha llevado

⁷⁰ Así lo explica, entre otros muchos, el autor chileno Abeliuk, R. (2008), pp. 784-785.

⁷¹ En particular, Fernández Campos (1997) en los capítulos V y VI, ha desarrollado el estudio del que denomina (tomando la terminología italiana) efecto “reparatorio” de la acción, esto es, el dirigido a recuperar la afección de los bienes a la satisfacción del acreedor.

⁷² En relación con los efectos del ejercicio de la acción, véase la obra de Fernández, J. A. (1998).

⁷³ Entre otros, Albaladejo, M. (1994), p. 230, Castán (1992), p. 337, Puig, J. (1988), p. 339, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 256, o Montes, C. (1997), pp. 205-206.

a la doctrina a debatir si debe computarse desde que se realizó el acto⁷⁴ o bien desde que el legitimado para el ejercicio de la acción tuvo o pudo tener conocimiento del mismo⁷⁵.

La cuestión de si se trata de plazos de caducidad o de prescripción, sin embargo, sí es común a ambos sistemas, pues la expresión “expiran” que emplea el Código civil

chileno admite ambas interpretaciones⁷⁶. A mi juicio, han de ser plazos de caducidad y no de prescripción. La no posibilidad de que la interrupción suponga un reinicio de cómputo del plazo (caducidad) está justificada cuando se trata del ejercicio de acciones que afectan al tráfico y seguridad jurídica como son las relativas a la eficacia o no del contrato.

Conclusiones

Desde una perspectiva de Derecho comparado es correcto afirmar que la *acción pauliana* (presente en los ordenamientos latinos y heredada del Derecho romano) juega con dos tipos de criterios o fundamentos jurídicos, requisitos y efectos:

1. De un lado, los propios de la *responsabilidad civil extracontractual* (en los casos en que el tercero es de mala fe); y,

2. De otra parte, los especiales del *enriquecimiento injustificado* (cuando el tercero, aun siendo de buena fe, carece de título oneroso que justifique su especial protección). Así lo demuestra su carácter absolutamente subsidiario, y las reglas generales y especiales que encontramos en su particular régimen jurídico.

Referencias

- Abeliuk, R. (2001). *Las obligaciones* (4ª ed. Actualizada) (I) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones* (5ª ed. Actualizada) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Albaladejo, M. (1989). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. (Tomo XV-1.o). Madrid: Edersa.
- Albaladejo, M. (1994). *Derecho civil* (9ª ed.) (Volumen II-1.o) Barcelona: Bosch.
- Alessandri, Somarriva & Vodanovic. (1998). *Tratado de Derecho civil. Partes preliminar y general* (II) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Baraona, J. (2012). *La nulidad de los actos jurídicos* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bonfante, P. (1929). *Instituciones de Derecho romano* (8ª ed. italiana) (Trad. Bacci & Larrosa). Madrid: Reus S.A.
- Castán, J. (1992). *Derecho civil español, común y foral* (16ª ed.) (III) Madrid: Reus.
- Chabas, F. (1980). Sección Jurisprudence française. *Revue trimestrielle de Droit civil*.
- Coronas, Santos M. (2007). Hevia Bolaños y la Curia Philipica. *Anuario de Historia del Derecho español* (77), pp. 77-93.
- Montes, A. (1997). *La vía pauliana*. Madrid: Tecnos.
- D'Ors, X. (1974). El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico. *Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma* (25).

⁷⁴ En este sentido, Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563; Albaladejo (1994), p. 231; y Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 258.

⁷⁵ Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo español (por ejemplo, en la sentencia de 16 de febrero de 1993), si bien no hay jurisprudencia unánime en este sentido. La sentencia de 4 de septiembre de 1995, por ejemplo, interpretó que el plazo debía computarse desde que existe “posibilidad legal” de ejercitar la acción, hecho que se considera existe siempre desde el momento de la inscripción del acto en el Registro. Jordano Fraga (1995, p. 103) señala como criterio que estima preferible el siguiente: “el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que se trata de impugnar”.

⁷⁶ Meza, R. (2004), p. 311, emplea la palabra “prescripción”.

- De Castro y Bravo, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial: Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código civil, en *Revista de Derecho privado*.
- De Castro y Bravo, F. (1971). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- Devéze, J. & Saint-Alary-Houin, C. (1988). *JurisClasseur civil*, Volumen 39.
- Díez-Picazo y Ponce De León, L. (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (II) Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo & Gullón. (1995). *Instituciones de Derecho civil* (I) Madrid: Tecnos.
- Ducci, C. (2007). *Derecho civil: Parte general* (4ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, J. A. (1998). *El fraude de acreedores. La acción pauliana*. Real Colegio de España.
- García, F. (1852, reimpresión 1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (II, III y IV), Zaragoza: Cátedra de Derecho Civil de la Universidad.
- Gaudemet, E. (1974) *Teoría general de las obligaciones* (Trad. P. Macedo) Méjico: Porrúa. (Original en francés, 1937, París: editorial Sirey).
- Ghestin, J. (1978). La fraude paulienne. *Mélanges dédiés a G. Marty*, pp. 569-585.
- Ghestin, J. (1992). *Traité de Droit Civil: Les obligations. Les effets du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,
- Gómez de la Serna, P. (1862). *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación.
- Hevia, J. D. (1790). *Curia Philippica: Laberintho de comercio terrestre y naval*. Madrid: Imprenta de Ulloa.
- Jerez, C. (1999). *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: La acción de rescisión por fraude de acreedores*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Jerez, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: Una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho concursal*, 28, pp. 69-102.
- Jerez, C. (Coord.) (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)*, Madrid: Editorial Boletín Oficial del Estado. [Traducción de la obra: Christian von Bar et al. (Eds.). (2009). *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law: outline edition*].
- Jordano Fraga, F. (1995). El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente). *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 626, pp. 71-128.
- Jörs, P. & Kunkel, W. (1937). *Derecho privado romano* (Trad. L. Prieto Castro) Barcelona: Editorial Labor. (Original en alemán. 2ª ed.).
- Kaser, M. (1968). *Derecho romano privado* versión directa de la quinta edición alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid: Reus S.A.
- Kipp, T. (1924). Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español. *Revista de Derecho privado*, pp. 1-23.
- Lacruz, J. L. et al. (1994). *Elementos de Derecho civil*, 3ª ed. Vol. II-1º, Madrid: Dykinson.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1984). Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 469-506.
- Loussouarn, Y. (1974). Action paulienne. Notion de fraude: Jurisprudence française en matière de Droit civil. *Revue trimestrielle de Droit civil*.
- May, G. (1927). *Éléments de Droit romain* (17ª ed.). París: Recueil.
- Meza, R. (2004). *Manual de Derecho civil de las obligaciones* (Reimpresión de 9ª ed. de 1997 Actualizada, Vergara, P.P. y Rodríguez, P. [Eds.]). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Moreno, B. (1981). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (XVII-2º). Artículos 1290 a 1299. Madrid: Edersa.
- Peñailillo, D. (2006). *Obligaciones: Teoría general y clasificaciones: La resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Piano, V. (1962). *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*. (Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza) (43) Milano: Editorial Giuffrè.
- Pizarro, C. (2010). En: Pizarro y Vidal (Eds.). *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Puig, J. (1988). *Fundamentos de Derecho civil (II-I)* (3ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Ramos, R. (2008). *De las obligaciones* (3ª ed. Rev.). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Severín Fuster y Carvajal Arenas (2015). La acción pauliana civil en el procedimiento concursal: A propósito de la regulación de las acciones revocatorias en la Ley N° 20.720. *Estudios de Derecho civil XI*, Santiago de Chile: La Ley Thomson-Reuters, pp. 802-815.
- Severín, G. (2014a). Los supuestos de “caducidad legal” del plazo contenidos en el numeral primero del artículo 1496 del Código civil. Una lectura tras la modificación hecha por la Ley N° 20.720 (Nueva Ley Concursal). *Estudios de Derecho civil X*, Santiago de Chile: La Ley Thomson-Reuters, pp. 505-526.
- Severín, G. (2014b) La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código civil y el Concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 743, pp. 983-1032.
- Tabera, A. (1953). *El Derecho romano en España poco antes y poco después de Justiniano* (Conferencia publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Albacete).
- Windscheid, B. (1987). *Tratado de Derecho civil alemán (I-1.o)*, Trad. Hinestrosa, F. de la 8ª ed., con anotaciones de Kipp, T. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

José Alberto Allende Pérez de Arce

jaallende@abcia.cl

Recibido: 14.09.17

Aceptado: 15.12.17

Procedencia del recurso de queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja: la “queja de queja”

Admissibility of the complaint motion against the Court of Appeals’ judges based in their decision in another complaint motion

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto abordar uno de los aspectos menos desarrollados del recurso de queja, que dice relación con la procedencia de su interposición ante la Corte Suprema, en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones que pudieran haber incurrido en faltas o abusos graves al pronunciarse respecto de otro recurso de queja del cual les tocó conocer. Tal como se expondrá, existen distintas posturas al respecto, siendo múltiples los argumentos tanto a favor como en contra de su procedencia. No obstante, dicha divergencia de opiniones, en el último tiempo la Corte Suprema ha adoptado una postura constante en favor de la improcedencia de interponer el recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones que fallaron un recurso de queja.

Palabras clave: Recurso de queja, Corte Suprema, Ministros de Cortes de Apelaciones.

Abstract: This work aims to analyze one of the less developed aspects of the complaint motion in Chile, which consists in the admissibility of such motion before the Supreme Court against the Courts of Appeals’ judges that decided another complaint motion, based on eventual faults and abuses committed by those judges in making that decision. As will be explained, there are different views on this issue, with arguments both in favor and against the admissibility of this motion under the above mentioned circumstances. However, in the last decade the Supreme Court has adopted a constant position rejecting that admissibility. **Keywords:** Complaint motion, Supreme Court, Court of Appeals’ judges.

En el último tiempo, el recurso de queja ha vuelto a concentrar la atención de nuestras Cortes de Justicia. Si bien con las reformas implementadas a fines de los 90, se buscó limitar la procedencia de este medio de impugnación, distintos cambios legislativos y sociales lo han reimpulsado en nuestro sistema procesal civil¹.

Este fenómeno ha traído aparejadas una serie de discusiones respecto de los alcances, procedencia, requisitos de interposición, entre otros aspectos del recurso de queja, muchas de las cuales se encuentran ya zanjadas. Sin embargo, un tema sobre el que no existe consenso, ni tampoco un mayor análisis, dice relación con la procedencia del recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones, que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja (lo que coloquialmente se conoce como “la queja de queja”), figura que ha ido tornándose cada vez más frecuente en la práctica procesal.

Si bien en el último tiempo los Tribunales Superiores han emitido diversos pronunciamientos que han arrojado luces respecto de la procedencia o improcedencia de esta figura, a esta fecha no existe ninguna claridad al respecto, lo que genera un problema para aquel litigante que se ve enfrentado a esta situación, sea porque se considera afectado por una falta o abuso grave cometida por ministros de Cortes de Apelaciones, conociendo de un recurso de queja, o bien, porque su contraparte decidió recurrir a la Corte Suprema para denunciar una falta o abuso grave, y de paso obtener la modificación de lo resuelto por tales ministros.

El presente trabajo pretende exponer cuáles son las posturas actuales en la materia, e intentar dilucidar si, hoy en día, procede o no impugnar por vía de recurso de queja las faltas o abusos graves en las que pudieran incurrir los ministros de Corte de Apelaciones, al conocer y fallar un recurso de queja.

1. Algunas apreciaciones respecto del recurso de queja

1.1. Concepto

El recurso de queja es un medio de impugnación dispuesto por el legislador para controlar que aquellos que administran justicia, no incurran en faltas o abusos graves en el ejercicio de sus funciones. Por medio del mismo se busca que los Tribunales Superiores velen por el comportamiento de sus inferiores al conocer de un asunto determinado.

Tal como lo define Casarino, el recurso de queja es “es el medio que franquea la ley a la parte agraviada por una resolución judicial abusiva para que se la deje sin efecto o se la enmiende, sin perjuicio de los demás recursos procesales que en su contra procedan” (Casarino, 2006, p. 169). Correa, en tanto, la define como aquel medio que

franquea la ley a la parte agraviada con una falta o abuso grave cometido en la dictación de una resolución de carácter jurisdiccional (Correa, 2003, p. 157). Mosquera y Maturana, por su parte, como aquel

acto jurídico procesal de parte que se ejerce directamente ante el Tribunal superior jerárquico y en contra del juez o jueces inferiores que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución con falta o abuso grave, solicitándole que ponga pronto remedio al mal que motiva su interposición mediante la enmienda, revocación o invalidación de aquella, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que fueren procedentes por el pleno de ese Tribunal respecto del juez o jueces recurridos. (2010, p. 383)

¹ La proliferación del recurso de queja ha ido de la mano con el aumento exponencial de controversias que se resuelven en sede arbitral. Es usual que en dichos procedimientos las partes renuncien a todos los recursos, menos al de queja y al de casación en la forma por ciertas causales, que se entienden irrenunciables. El recurso de queja, por lo tanto, se ha convertido en el mecanismo de impugnación por excelencia en aquellos procedimientos arbitrales en que las partes han renunciado a los recursos. Adicionalmente, ha contribuido con la proliferación del recurso de queja, el aumento de procedimientos iniciados en virtud del DFL N° 1 del Ministerio de Salud, que dispone que las controversias entre los afiliados y las isapres serán resueltas en primera instancia por el Intendente de Fondos y Seguros previsionales, y en segunda instancia, por el Superintendente de Salud, en calidad de árbitro arbitrador. En contra de las resoluciones dictadas por el superintendente, se ha adoptado la práctica de interponer recursos de queja.

De los pasajes anteriores se desprende que la principal función del recurso de queja es controlar el recto actuar de los jueces en su labor de impartir justicia. Tal como se expone a continuación, el recurso de queja es una manifestación de la superintendencia correctiva que tienen los Tribunales Superiores respecto de sus inferiores².

1.2. Origen disciplinario y desnaturalización del recurso de queja

Desde sus inicios, el recurso de queja ha sido concebido como una manifestación de la función disciplinaria dentro de la jerarquía judicial³.

Sin embargo, el recurso de queja como lo conocemos hoy es el fruto de una serie de cambios y reformas que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX. Ya sea por vía administrativa (autos acordados) o por vía jurisprudencial, los Tribunales Superiores fueron modificando distintos aspectos de este recurso, para llegar a lo que conocemos hoy. Uno de los fenómenos más relevantes en la historia del recurso de queja fue la desnaturalización de la que fue víctima a lo largo del siglo pasado. En efecto, y no obstante su carácter disciplinario, durante el siglo pasado, la práctica profesional llevó al recurso de queja a convertirse en un recurso ordinario más, obviando su función disciplinaria. Atendida las restricciones establecidas por el legislador para el recurso de casación,

y la ausencia de las mismas para el recurso de queja, los litigantes convirtieron este recurso en una tercera instancia judicial, lo que resultó en que, prácticamente, todos los asuntos que se ventilaban ante los tribunales de justicia llegaban a conocimiento de la Corte Suprema por medio de la interposición de este recurso “disciplinario”⁴. Tal como reflexiona Bordalí, el recurso de queja

[i]ncluso llegó a competir con la casación como último medio para controlar la decisión de los tribunales inferiores. Su sobreutilización se debía a la simplicidad en su interposición y fundamentación [...] El uso abusivo del Recurso de Queja comenzó a restarle justificación a la existencia de una Corte Suprema como corte de casación [...] Todo ello llevó a una reforma legal el año 1995. La reforma de ese año al artículo 545 estableció un carácter muy excepcional para el recurso de queja⁵.

Como era de esperar, el abuso del recurso en comento no tardó en afectar el sistema, sobrecargando de trabajo a los Tribunales Superiores y, en particular, de la Corte Suprema. Como lo explica Maturana,

[e]l recurso de queja se convirtió en una tercera instancia de facto, degenerando el rol de la Corte Suprema, puesto que se convirtió en otra instancia de apelación, olvidando su papel como tribunal de casación, puesto

² Mucho se ha discutido respecto de la naturaleza del recurso de queja. Hay quienes sostienen que el mismo sería un recurso netamente disciplinario, y otros que defienden su naturaleza dual, disciplinaria y jurisdiccional, por cuanto admitiría la revisión y eventual modificación de lo resuelto por parte del tribunal inferior. Un análisis más detallado sobre el tema en Sepúlveda y Oberg (1994, p. 8) y Bordalí (2016, p. 364).

³ Para algunos autores, el recurso de queja sería una creación netamente chilena, que tendría su origen en el Reglamento Constitucional Provisorio del año 1811, que establecía el “recurso de injusticia notoria y vejaciones”. En ese sentido, Barahona (1998, p. 5). Para otros, el recurso de queja sería una herencia de la legislación española, concretamente, del “recurso de injusticia y nulidad notoria”. Ver Munita (1968, p. 54). Sea cual sea su origen, uno de los hitos más relevantes en la historia del recurso en comento tuvo lugar en la Constitución de Mariano Egaña del año 1823, la que además de mantener el recurso de injusticia notoria y vejaciones, consagró la superintendencia correccional de la Corte Suprema, reafirmando con ello la importancia del control disciplinario al interior del poder judicial. Otro hito importante fue la dictación de la ley sobre “Organización y Atribuciones de los Tribunales”, la que en su artículo 69 introdujo el vocablo “quejas” para referirse a los reclamos que las partes pudieran dirigir a las Cortes de Apelaciones por las faltas o abusos que los jueces inferiores cometieran en el ejercicio de sus funciones. Además, el artículo 70 del mismo cuerpo normativo estableció una serie de sanciones a las que se encontraban expuestos los jueces por las faltas o abusos que cometieren. Maturana (2016, p. 1057).

⁴ En ese entonces el recurso de queja requería simplemente de una resolución agravante y de una supuesta falta o abuso para su interposición. Ver Barahona (1998, p. 12).

⁵ Bordalí (2016, p. 365). En igual sentido, Flora Sepúlveda, y Héctor Oberg afirman: “Las motivaciones esenciales de la dictación de esta ley radicaron en la preocupación de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial respecto al problema producido por el exceso en la utilización de este recurso, que debía tener un carácter esencialmente disciplinario, pero que en la práctica había devenido en transformarse en un recurso más, para obtener la modificación, enmienda o invalidación de resoluciones judiciales” (1994, p. 7).

que este tribunal podía conocer y modificar tanto los hechos como el derecho de la Litis. En este sentido, es menester agregar que otro problema derivado de esta situación, decía relación con el alto número de recursos de queja, los cuales tenían congestionados los tribunales (Maturana 2016, pp.1061-1062).

Toda esta situación derivó en una de las más relevantes reformas de las que ha sido objeto nuestro sistema procesal civil en el último tiempo, llevada a cabo el año 1995, con la dictación de la ley N° 19.374, y cuyo propósito fue modernizar y descongestionar los Tribunales Superiores, para así lograr una más adecuada y eficiente administración de justicia⁶.

En el plano estrictamente procesal, las reformas más importantes fueron la regulación del recurso de casación en el fondo y la limitación del recurso de queja, con el propósito de que los justiciables dejaran de lado la arraigada práctica de fabricarse por vía del recurso de queja una tercera instancia ante el máximo tribunal⁷. Con este propósito, se aumentaron los requisitos de interposición del recurso de queja, y también se acotaron las resoluciones susceptibles de ser impugnadas por esta vía. El espíritu y los alcances de esta reforma fueron correctamente graficados por la Corte Suprema en un fallo dictado el año 2013:

[q]ue tras las reformas introducidas por medio de la Ley N° 19.374, publicada el 18 de febrero de 1995, el recurso de queja vio ajustados los requisitos necesarios para su interposición y mermada la órbita de la naturaleza de las resoluciones que lo admiten [...] A la luz de lo antedicho, se advierte que el arbitrio

procesal en referencia quedó revestido de un carácter excepcional y circunscrito a un ámbito restringido del quehacer jurisdiccional; luego, la interpretación que ameriten sus particularidades ha de ser emprendida bajo una óptica restrictiva⁸.

1.3. El recurso de queja hoy ¿vuelta a lo mismo?

Si bien la ley N° 19.374 cumplió su objetivo de descongestionar los Tribunales Superiores —al menos en lo relativo al recurso de queja—, hoy en día, han comenzado a aparecer ciertos síntomas que sugieren que podríamos estar experimentando un retorno al escenario que motivó las modificaciones legales en la década de los 90.

Si bien el número de recursos de queja que se interponen en la actualidad es considerablemente inferior a aquél que se interponía en la segunda mitad del siglo XX —bajo la legislación actual es prácticamente imposible volver a los índices anteriores al año 1995—, el fundamento de parte importante de los recursos de queja que se interponen hoy es similar al de aquellos recursos que se interponían en el pasado, para forzar una tercera instancia judicial.

Tal como se adelantó, la proliferación de los casos que se ventilan en sede arbitral ha traído aparejado el aumento de los recursos de queja que se interponen en contra de los árbitros que conocen de ellos. Atendido que las partes habitualmente renuncian a los recursos procesales que pudieran proceder en contra de la sentencia arbitral al momento de suscribir el compromiso, el recurso de queja se convierte prácticamente en el único mecanismo que le queda a la parte agraviada para impugnar dicha

⁶ Dentro de los problemas administrativos de los que se hizo cargo la nueva ley se encontraban la insuficiencia de ministros de Corte Suprema, la inexistencia de salas especializadas, la sobrecarga de trabajo, entre otros. Para solucionar tales situaciones, la ley N° 19.374 incorporó una serie de cambios, entre los que destacan los siguientes: se aumentó el número de Ministros Supremos de 17 a 21, se creó una Cuarta Sala, se crearon las denominadas “Salas Especializadas”, entre otras. Historia de la Ley N° 19.374.

⁷ El Mensaje de la Ley N° 19.374, según se desprende de la Historia de la misma, señalaba que “se amplía el ámbito para interponer el Recurso de Casación y se restringe el del Recurso de Queja, con modificaciones a los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y a los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, respectivamente. Con esta reforma se pretende que el Recurso de Casación sea más fácil en su interposición, más expedito en su tramitación y menos formalista, para que de esta manera los Tribunales Superiores, mediante el conocimiento de este recurso puedan, en mejor forma, sentar jurisprudencia. El de queja se limita porque entendemos que, siendo éste un recurso disciplinario, ha distorsionado en la práctica el sistema procesal y la función jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que se interpone en vez de otros recursos procedentes, recargando el trabajo de las cortes, dándose el caso que por esa vía la Corte Suprema puede llegar a conocer de cualquier causa que se tramita en primera instancia”.

⁸ Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, rol 3984-2013.

sentencia e intentar su modificación⁹.

Frente a esta situación —y para evitar la proliferación indebida del recurso de queja en estos casos— los Tribunales Superiores han sido muy estrictos respecto de su interposición por parte de los litigantes, lo que se ha visto reflejado tanto en el control de admisibilidad, como en la revisión de su contenido. De una revisión de la jurisprudencia reciente de nuestras Cortes de justicia, se puede apreciar que gran parte de los recursos de queja son rechazados bajo el argumento de que los mismos no constituyen una nueva instancia jurisdiccional, y que no procede que, por medio de ellos, las partes provoquen una nueva revisión del fondo del asunto. A continuación, citamos algunos ejemplos:

[A]tendida su naturaleza y finalidad, este recurso extraordinario tampoco puede servir como un equivalente procesal al recurso de apelación, para obtener de ese modo la revisión del fallo impugnado [...] el hecho que no les diere [a los medios de prueba] el crédito que supone el interesado debía habersele dado, no puede constituirse en la manifestación de una “falta o abuso grave” como exige la ley¹⁰.

Que sin perjuicio de lo señalado, cabe establecer que en definitiva las pretensiones de la recurrente de queja se fundan más bien en la solicitud de modificar la sentencia recurrida en la parte que estima le han causado agravio, por haber sido dictada en contra de sus intereses, lo que es propio de un recurso de apelación, pero no resultan suficientes para la fundamentación de un recurso disciplinario como es el recurso de queja, que se funda en falta o abuso grave cometido por el sentenciador al dictar su fallo¹¹.

[S]e debe tener presente, que el recurso de Queja está contemplado con la exclusiva finalidad de corregir

graves faltas o abusos cometidos en la dictación de las resoluciones judiciales, razón por la que sólo procede cuando se está en presencia de manifiestos errores, flagrantes omisiones u otros defectos que, por su alcance y connotación, no se compadecen con los contenidos inherentes a la función jurisdiccional, alterando de tal manera las garantías de la jurisdicción y la racionalidad que supone el artículo 19 N° 3 inciso 5.º de la Constitución Política de la República, que hace indispensable potenciar el ejercicio de las atribuciones disciplinarias y correctivas de la instancia superior. Así las cosas, las faltas o abusos que se invoquen e imputen al recurrido, no pueden consistir, ni tratarse de una mera discrepancia de lo que se resuelve, sino que importa hacer notar de modo evidente, una trasgresión abusiva y con infracción al emitir la decisión. Ello no se evidencia que suceda en este caso, y más el presente recurso se asemeja a una apelación encubierta, ya que de los antecedentes aparece que el Juez Árbitro recurrido solo dijo y declaró en su fallo, lo que dice el contrato materia del proceso arbitral, es decir, ni más ni menos que solo aquello que las partes en su oportunidad contrataron¹².

[E]s necesario tener presente que, según lo ha señalado en forma reiterada la Excm. Corte Suprema, el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores que digan relación con la labor interpretativa de los jueces, provocando por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia¹³.

En efecto, las diversas y eventuales infracciones en que pudieren incurrir los jueces en el dictado de las sentencias, no tienen el sentido de los recursos jurisdiccionales, relativos a la objetividad del error de la sentencia o de la infracción o la unidad de la jurisprudencia, sino que la ley N° 19.347 reforzó el sentido y ligazón de la falta o abuso grave, como una falta disciplinaria a los deberes

⁹ Tal como enseña la doctrina, “[c]onforme a la historia fidedigna de la ley N° 19.374, en las discusiones surgidas en las Comisiones respectivas se acordó establecer que como respecto de los arbitadores no procede el recurso de casación en el fondo, el recurso de queja sería el único medio de que dispondrán las partes en caso que un árbitro arbitrador falle en forma aberrante, sin respetar los principios de equidad”; Romero y Díaz (2017, p. 264).

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de junio de 2013, rol 5.016-2012.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de junio de 2016, rol 706-2016.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5 de agosto de 2014, rol 5.716-2013.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de agosto de 2014, rol 6.646-2013. En esa misma línea, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.523-2015, Rol 13.471-2015 y Rol 6.066-2015.

del juez, porque no procede la enmienda sino en razón del uso de la facultad disciplinaria [...] Esto significa que es posible que el juez yerre o infraccione la ley en una sentencia, como le puede ocurrir a un juez de cualquier grado, pero la ley cuando no hace procedente más recursos jurisdiccionales o las partes cuando establecen que respecto de la sentencia no sea procedente recurso jurisdiccional alguno —como en el caso sub lite—, dejan como soberano al juez correspondiente respecto de la

solución del caso, incluso si otro juez incluso superior, pudiese disentir de dicha solución¹⁴.

Los fallos antes citados dejan en evidencia el celo que han empleado los Tribunales Superiores de nuestro país para evitar la desnaturalización del recurso de queja, y que las partes vencidas pretendan por medio de este generar una nueva instancia para que sean revisados los hechos y el derecho que fueron objeto del proceso.

2. Procedencia o improcedencia del recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja

Una vez analizada la situación actual del recurso de queja en nuestro ordenamiento jurídico —y el estricto control que están haciendo del mismo las cortes del país para impedir su indebida proliferación—, nos centraremos en el objeto del presente trabajo: la procedencia o improcedencia de interponer un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, por las faltas o abusos graves que pudieran haber cometido al pronunciarse respecto de otro recurso de queja, en lo que la práctica procesal denomina coloquialmente como *la queja de queja*.

El tema es, a lo menos, delicado. Tal como se analizará más adelante, muchos de esos recursos de queja interpuestos ante la Corte Suprema corresponden a recursos jurisdiccionales encubiertos, interpuestos por las partes con el propósito de generar una siguiente instancia en la que se vuelvan a revisar los hechos y el derecho de una causa que ya fue conocida por un Tribunal de primera instancia, y revisada por una Corte de Apelaciones por vía de recurso de queja. Pero, por otra parte, también existen casos en los que efectivamente los ministros de Corte de Apelaciones incurrieron en faltas o abusos graves en el ejercicio de su labor disciplinaria, al conocer de un recurso de queja, circunstancia que obviamente no puede quedar

sin remedio.

La situación anterior genera una serie de interrogantes ¿es posible garantizar la necesaria certeza jurídica, si todo asunto es susceptible de ser revisado una y otra vez? ¿Corresponde que queden sin ser sancionadas y corregidas las faltas o abusos graves en las que eventualmente pudieran incurrir ministros de Cortes de Apelaciones en el ejercicio de su labor disciplinaria? ¿Es la manipulación del recurso de queja la forma de lograrlo? A continuación, intentaremos aclarar tales interrogantes, a la luz de los pronunciamientos más recientes de los Tribunales Superiores de justicia.

2.1. Sí procedería la interposición del recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones por las faltas o abusos graves en los que incurrieran en la dictación de una sentencia respecto de otro recurso de queja

Existen dos argumentos que, a nuestro juicio, permitirían afirmar que es procedente interponer un recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones, que incurrieron en falta o abuso grave al dictar una sentencia respecto de otro recurso de queja. Uno de ellos emana de las normas procesales que rigen nuestro ordenamiento

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 15 de mayo de 2017, rol 3.307-2016. El mismo fallo discurre sobre el argumento en comento, al señalar que “el recurrente demandado, tanto en lo que respecta al acogimiento parcial de la demanda, como en el rechazo de la demanda reconventional, ha alegado tres infracciones reproducidas en el considerando primero, pero precisamente como si fuere un mero recurso jurisdiccional, sin exponer la relevancia disciplinaria de las faltas o abusos, en términos de su gravedad disciplinaria, sino que, por el contrario, se ha concentrado en las infracciones o errores jurídicos que denuncia, al modo de un recurso jurisdiccional, sea a la manera de una casación o de una apelación”.

y el otro, de la superintendencia correctiva que la Corte Suprema debe ejercer respecto de, prácticamente, todos los tribunales de la nación. Parte de la doctrina se inclina por esta posición.

2.1.1. Análisis exegético de las normas

El primer argumento que apoyaría la posibilidad de interponer un recurso de queja bajo las circunstancias en comento, emana del análisis sistemático de las normas procesales que regulan este recurso. De la lectura armónica del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil, se podría concluir que la “queja de queja” sí se encontraría admitida en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en los artículos 63 N° 1 letra c), 548 y 549 letra a) del Código Orgánico de Tribunales, y en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil.

Señala el inciso primero del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales:

El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma.

Del artículo anterior, se desprende que para que proceda el recurso de queja, la sentencia en cuestión debe cumplir con los siguientes dos requisitos: ser una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación, y, además, no ser susceptible de ser impugnada mediante otro recurso.

Por lo tanto, lo primero que se debe definir es la naturaleza jurídica de la sentencia que resuelve un recurso de queja, respuesta que entregan los códigos antes mencionados. Según el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia definitiva es aquella que pone “fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”. El artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, en tanto, dispone que las Cortes de Apelaciones resolverán en “única instancia los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción”. Así, y en consideración de que el recurso de queja del que conocen las Cortes de Apelaciones constituye una instancia, y que la sentencia de dicho recurso pone fin a la misma (resolviendo la cuestión o asunto objeto del juicio), se puede concluir que la sentencia que falla el recurso de queja es una sentencia definitiva, quedando por lo tanto cumplido el requisito asociado a la naturaleza jurídica de la resolución¹⁵.

Respecto del segundo requisito, esto es, que no proceda recurso alguno en contra de la sentencia definitiva, la respuesta la daría el mismo artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, al señalar que las Cortes de Apelaciones conocerán en *única instancia* de este tipo de recursos¹⁶.

¹⁵ Dicha conclusión la respalda Tavolari, para quien “no está sujeto a discusión, el hecho de que la sentencia que, revocando o modificando una sentencia definitiva, acoge un recurso de queja es, idénticamente, sentencia definitiva y que, porque pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto del juicio, produce acción y excepción de cosa juzgada” (2012, p. 505).

¹⁶ En el Código Orgánico de Tribunales existe una contradicción respecto de la posibilidad de revisar en una instancia posterior las sentencias que resuelven un recurso de queja. Dicha contradicción se configuraría entre el artículo 63 N° 1 letra c) y el artículo 551 de dicho cuerpo legal. Ello, puesto que la segunda de aquellas normas señala expresamente, en su inciso primero, que “las resoluciones que pronuncien los tribunales unipersonales y colegiados en el ejercicio de sus facultades disciplinarias, sólo serán susceptibles de recurso de apelación. Por consiguiente, aquellas que resuelvan recursos de queja, sea en primera o en segunda instancia, no son susceptibles del recurso de reposición o de reconsideración, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que las dicte”. Esta disposición es contradictoria con el texto del artículo 63 N° 1 letra c), el que según señalamos, dispone que los recursos de queja serán conocidos en única instancia por las Cortes de Apelaciones. Esta discusión se encuentra hoy en día zanjada, y se entiende que por un factor temporal prevalece el artículo 63 N° 1 letra c) por sobre el 551, el que se encontraría por lo tanto tácitamente derogado. Ver Maturana, (2016), p. 1168.

Así las cosas, del análisis exegético de las normas procesales mencionadas, se podría concluir que sí procedería la interposición del recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones, que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja, por cumplirse con los requisitos establecidos en la misma ley para su procedencia.

2.1.2 Ejercicio de la superintendencia correccional de la Corte Suprema

Un segundo argumento que permitiría concluir que sí procede la interposición del recurso de queja en las circunstancias en comento, sería el ejercicio de la superintendencia correccional que corresponde a la Corte Suprema. Dicha superintendencia correccional —según dispone el artículo 82 de la Constitución Política de la República¹⁷— se extiende a todos los tribunales del país (salvo algunas excepciones), lo que permite concluir que las Cortes de Apelaciones también se encuentran sometidas a tal control disciplinario¹⁸.

Por lo tanto, si los ministros de una determinada Corte de Apelaciones incurren en faltas o abusos graves en el ejercicio de sus funciones, parece lógico que la corrección de dichas faltas o abusos se radique en aquel Tribunal que, por mandato constitucional, tiene la superintendencia correccional respecto de todos los tribunales de la Nación. Así por lo demás lo dispone el mismo artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que

[e]l recurso de queja tiene por exclusiva finalidad

corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias (...) ¹⁹.

En relación con este punto resulta interesante revisar la opinión vertida por la Corte Suprema en el “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”, elaborado en el marco de la discusión de la Ley N° 19.374. En esa oportunidad el máximo tribunal señaló lo siguiente:

En lo referente a la limitación del recurso de queja, expresaron que si bien la finalidad perseguida por la modificación podría ser correcta, era indispensable que no se cercenaran las facultades de la Corte Suprema para enmendar abusos graves, manifestando que si ese Tribunal detecta una falta grave y aplica una medida disciplinaria, debe tener, al mismo tiempo, la atribución de enmendar, rectificar o invalidar la resolución, cuando sea la única vía posible de subsanar el perjuicio causado²⁰.

Así, procedería la “queja de queja”, atendido que sería el mecanismo del que dispone la Corte Suprema para ejercer su deber constitucional de velar por la disciplina de los Tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones y, entre ellos, de las Cortes de Apelaciones.

¹⁷ Dispone dicho artículo en su primera parte que “la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación...”.

¹⁸ Nótese que así lo establecía la antigua Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales en su artículo 108, que establecía que “Corresponde a la Corte Suprema, en virtud del art. 113 de la Constitución Política del Estado, ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria i económica sobre todos los Tribunales de la Nación [...] Puede asimismo amonestar a las Cortes de Apelaciones o censurar su conducta, cuando algunos de estos tribunales ejerciere de un modo abusivo las facultades discrecionales que la lei les confiere, o cuando faltare a cualquiera de los deberes anexos a su ministerio; sin perjuicio de formar el correspondiente proceso al tribunal o ministros delincuentes, si la naturaleza del caso así lo exigiere”.

¹⁹ Así también lo entendió el Tribunal Constitucional al efectuar el control de constitucionalidad de la ley N° 19.374. En la sentencia dictada en esa oportunidad, dicho Tribunal concluyó lo siguiente: “Que, el artículo 545, del Código Orgánico de Tribunales, reemplazado por el N° 18, del artículo 1.º del proyecto remitido, este Tribunal lo considera constitucional en el entendido que se dejan a salvo las facultades que, por la vía de la superintendencia directiva, correccional y económica, le concede el artículo 79 de la Constitución Política a la Corte Suprema”, en sentencia Rol N° 205-1995, de 1.º de febrero de 1995.

²⁰ Historia de la Ley N° 19.374.

2.1.3. *Respaldo doctrinal de la procedencia del recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones por el pronunciamiento sobre otro recurso de queja*

A favor de la procedencia del recurso de queja en el contexto en estudio, se encuentra el profesor Tavolari, quien en un estudio publicado el año 2012 se manifestó en los siguientes términos:

[E]n mérito de lo expuesto, se puede concluir en que no existe impedimento para la interposición de un recurso de queja, ante la Corte Suprema, en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones que han dictado una resolución fallando un recurso de queja. (p. 506).

En fundamento de dicha postura, el autor sostiene, entre otras razones, que: la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema se extiende a prácticamente todos los tribunales del país, incluidas las Cortes de Apelaciones (Tavolari, 2012, p. 503), que el Código Orgánico de Tribunales establece expresamente ciertas sanciones que pueden aplicarse a las Cortes de Apelaciones (p. 503), que aún en la eventualidad de que existiera una ley que impidiera la interposición del recurso de queja en las circunstancias en comento, dicha ley no tendría valor en la práctica, puesto que la misma sería contraria a la Constitución y a la superintendencia correccional ahí reconocida a la Corte Suprema (p. 507).

2.2. No procedería la interposición del recurso de queja frente a faltas o abusos graves incurridos en la dictación de una sentencia respecto de otro recurso de queja

En la vereda opuesta existen también dos argumentos que, a nuestro juicio, impedirían interponer un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones que incurrieran en faltas o abusos graves, al pronunciarse respecto de otro recurso de queja. También existe respaldo doctrinal a esta posición.

El primer argumento estaría fundado en ciertas normas procesales que descartarían expresamente la procedencia de la “queja de queja”. El segundo vendría dado por el espíritu detrás de la ley N° 19.374, que el año 1995 reformó el recurso de queja en los términos que hoy conocemos.

2.2.1. *Análisis exegético de las normas. No procede interponer recurso de queja, atendida la naturaleza jurídica de la sentencia dictada por los ministros de Corte de Apelaciones en el ejercicio de sus labores disciplinarias*

Un primer argumento que llevaría a concluir que en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla la posibilidad de interponer un recurso de queja bajo las circunstancias en estudio, dice relación con la naturaleza jurídica de este recurso, y, por lo tanto, de la resolución que se pronuncia respecto del mismo. En ese sentido, al tener el recurso de queja y la resolución que lo resuelve un carácter disciplinario, nuestro ordenamiento procesal impediría expresamente a la parte agraviada interponer un nuevo recurso de queja en contra de esa resolución, según se desprende de los artículos 66 y 545 del Código Orgánico de Tribunales.

En su primer inciso, el artículo 545 dispone que “[e]l recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...”, lo que lleva a concluir que el recurso de queja no procedería respecto de las faltas o abusos graves que se pudieran haber cometido en la dictación de una resolución de carácter disciplinario. Por lo tanto, para definir si procede o no la interposición de un recurso de queja en contra de los ministros que se pronunciaron respecto de un recurso de queja, se debe determinar si dicho recurso es de naturaleza jurisdiccional o disciplinaria.

La respuesta a la interrogante anterior la da el artículo 66 inciso tercero del mismo cuerpo legal, que dispone que

[e]n caso que ante una misma Corte de Apelaciones se encuentren pendientes distintos recursos de carácter jurisdiccional que incidan en una misma causa, cualesquiera sea su naturaleza, éstos deberán acumularse y verse conjunta y simultáneamente en una misma sala. La acumulación deberá hacerse de oficio, sin perjuicio del derecho de las partes a requerir el cumplimiento de esta norma. En caso que, además de haberse interpuesto recursos jurisdiccionales, se haya deducido recurso de queja, éste se acumulará a los recursos jurisdiccionales, y deberá resolverse conjuntamente con ellos.

Como podemos apreciar, es el Código Orgánico de Tribunales el que distingue el recurso de queja de los recursos jurisdiccionales, confirmando de esa forma su carácter disciplinario, y que, por lo tanto, no es procedente su interposición en contra de aquellos ministros de Corte de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja. Se hace presente que nuestra Excm. Corte Suprema ha confirmado en distintas oportunidades que el recurso de queja solo procede en contra de resoluciones de carácter jurisdiccional²¹.

De todo lo anterior se podría concluir que el recurso de queja no sería procedente respecto de aquellos ministros que resolvieron un recurso de queja, puesto que no se cumpliría con el requisito establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, consistente en que la resolución que se debe impugnar tenga carácter jurisdiccional.

A mayor abundamiento, y también relacionado con la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve el recurso de queja interpuesto respecto de los ministros de Corte de Apelaciones, recientemente la Corte Suprema declaró inadmisibles un recurso de queja interpuesto en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, fundado en que la naturaleza jurídica de la sentencia que se pronuncia respecto de un recurso de queja no encajaría con la descripción contenida en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Concretamente el máximo tribunal resolvió lo siguiente:

1. Que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales hace procedente el recurso de queja en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su

continuación, dictadas con falta o abuso y que no sean susceptibles de recurso ordinario o extraordinario alguno, añadiendo el referido precepto que se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma. 2. Que en la especie, el libelo incoado por el abogado Rolando Omar Franco Ledesma, en representación de la parte demandante, en los autos de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 3307-2016, lo ha sido respecto de la resolución en virtud de la cual una sala de la referida Corte desestima los recursos de queja promovidos en contra de la sentencia definitiva dictada por un árbitro arbitrador. 3. Que de lo expuesto se desprende que la resolución aludida en el motivo que precede no es de aquellas que permiten la interposición de un recurso de queja en su contra, puesto que no participa de la naturaleza de las señaladas en el primer acápite, a consecuencia de lo cual sólo cabe concluir que el recurso deducido no puede ser admitido a tramitación. Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara inadmisibles el recurso de queja deducido por el abogado Rolando Omar Franco Ledesma, en lo principal de la presentación del pasado 20 de mayo.

Así las cosas, para la corriente en estudio, respaldada recientemente por la Corte Suprema, la naturaleza jurídica de la sentencia pronunciada por los ministros de Corte de Apelaciones, en el ejercicio de su labor disciplinaria, sería motivo suficiente para declarar inadmisibles un recurso de queja en contra de esos ministros que la dictaron.

²¹ La Corte Suprema, por sentencia de fecha cinco de agosto de 2013, rol 2.406 - 2013, resolvió: “que del tenor de las disposiciones citadas se colige que el recurso de queja tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...”. En la misma línea, Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, rol N° 3984-2013. Sin perjuicio de lo anterior, no hemos podido detectar fallos en los que se asiente directamente esta tesis. Lo más cercano a ello fue el voto de minoría de un ministro en una sentencia de la Corte Suprema del año 2010, en el que se señaló que “este medio de impugnación, utilizado por el quejoso, sirve únicamente para atacar decisiones de carácter jurisdiccional; y la resolución que se pronuncia sobre la queja —en el caso de marras declarándola inadmisibles— es de tipo disciplinario, razón por la cual su formulación, en la presente situación, resulta improcedente. En efecto, la primera parte del inciso primero del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales señala textualmente: ‘El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional’. Y resulta inconcusos que a aquella determinación en que se emite opinión relativa a las facultades correccionales, no se le puede atribuir la naturaleza a que se refiere el precepto citado, lo que lleva a concluir, indefectiblemente que el recurso no puede ser admitido a tramitación”; Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, rol 1.789-2010, voto de minoría.

2.2.2. La sentencia de Corte de Apelaciones que falla un recurso de queja no es susceptible de revisión por la Corte Suprema

Un segundo argumento —que llevaría a concluir que no procedería interponer un recurso de queja en contra de quienes dictaron una sentencia que resolvió otro recurso de queja—, emana del propósito que tuvo en mente el legislador al reformar este recurso a finales del siglo pasado. Este argumento tiene su origen en la ley N° 19.374, la que modificó el Código Orgánico de Tribunales el año 1995.

De acuerdo a lo explicado en párrafos anteriores, uno de los principales motivos de dicha reforma fue disminuir la carga de trabajo que arrastraba la Corte Suprema, debido a la proliferación del recurso de queja, que a esas alturas se había transformado en una tercera instancia, para gran parte de las causas que se ventilaban ante la justicia ordinaria. Precisamente, para aliviar la carga de trabajo del Excelentísimo Tribunal, y lograr una más adecuada administración de justicia, se buscó limitar, tanto la procedencia, como la forma de interposición del recurso de queja²². Con posterioridad, el año 2001, se incluyó una nueva limitación en el Código en comento, que estableció que las Cortes de Apelaciones conocerían en única instancia de los recursos de queja, evitando con ello que las resoluciones pronunciadas por las Cortes de Apelaciones, en conocimiento de tales recursos, fueran posteriormente revisadas por la Corte Suprema²³. De esto podría sostenerse que, dado que el legislador dispuso que lo resuelto por las Cortes de Apelaciones no fuera susceptible de ser revisado, no sería procedente la interposición del recurso de queja en contra de los ministros que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja, puesto que ese recurso necesariamente importaría la revisión de lo ya resuelto por tales ministros.

Según veremos más adelante, este es el argumento que ha prevalecido en la última década en la jurisprudencia

de nuestro máximo tribunal.

2.2.3. Doctrina contraria a la procedencia del recurso de queja respecto de los ministros de Cortes de Apelaciones por el pronunciamiento sobre otro recurso de queja

También existe doctrina que se ha pronunciado en contra de la procedencia del recurso de queja bajo las circunstancias en comento, habida cuenta de la naturaleza jurídica de la resolución pronunciada por los ministros de Cortes de Apelaciones. En ese sentido, Maturana señala que

[A]simismo, tal como se mencionó anteriormente, según Tavolari O. tampoco procede el recurso de queja frente a la sentencia que falla un recurso de queja, toda vez que la primera parte del inciso 1.º del art. 545 del COT estipula: el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. En ese sentido, la resolución que resuelve el recurso de queja tiene carácter disciplinario y no jurisdiccional. (2016, p. 1169).

En un sentido similar se pronuncia Barahona, quien, si bien se manifiesta abierto a que se impida a las partes interponer el recurso de queja, propone que ello no restrinja la función disciplinaria de la Corte Suprema:

para ser consecuente con la superintendencia correccional que, por mandato constitucional le corresponde a la Corte Suprema, sobre todos los tribunales, creo conveniente optar, sobre este punto, por una de dos soluciones: a) que aun cuando no hay apelación posible de la parte, la Corte Suprema de oficio puede conocer de lo resuelto por la Corte de Apelaciones. b) La competencia en única instancia señalada por el artículo 63 N° 2 letra (b), es sólo para el recurso de queja mismo, en cuanto medio de acción del litigante. No así respecto de la imposición de la

²² Dentro de los cambios introducidos para restringir este recurso, se encuentran todos los requisitos para su interposición que conocemos hoy: la existencia de una falta o abuso grave, el requisito de que no proceda otro recurso en contra de la misma resolución, la exigencia del certificado al que se refiere el artículo 548 inciso cuarto del Código Orgánico de Tribunales, entre otros.

²³ Modificación introducida al Código Orgánico de Tribunales por la Ley 19.708, publicada con fecha 5 de enero de 2001. A partir de entonces, el artículo 63 N° 1 letra c) del Código en comento dispone que “Las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia (...) de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción dentro de su territorio jurisdiccional”.

sanción disciplinaria por el pleno del tribunal. (1998, p. 78).

2.3. Postura adoptada por la Corte Suprema

Sin perjuicio de la confusión que existe en la materia en análisis, en el último tiempo nuestro máximo tribunal ha negado reiteradamente la procedencia del recurso de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja, ya sea rechazándolos en el fondo, o simplemente declarándolos inadmisibles. El principal argumento en el que se han fundado dichos pronunciamientos es que las sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones respecto de recursos de queja no admiten revisión, de acuerdo a las últimas reformas introducidas por el legislador en la normativa del ramo. Revisemos algunos ejemplos:

Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 número 1, letra c), del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros, de lo que se sigue que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de revisión y, considerando que la interposición de un recurso de queja referente a ellas importa una revisión de lo fallado en única instancia, conduce a concluir la improcedencia del presente arbitrio, en cuanto se dirige a atacar lo resuelto por los recurridos a propósito del recurso de queja interpuesto en contra del árbitro arbitrador (...) ²⁴.

Que del tenor de las disposiciones citadas se colige que el recurso de queja tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, procediendo sólo cuando exista una tal falta o abuso que se comete en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, siempre que ellas no sean susceptibles de recurso jurisdiccional

alguno, ordinario o extraordinario, estableciéndose de manera excepcional el recurso de queja además del recurso de casación en la forma, en contra de las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores. Así, también, debe concluirse que al estatuir el legislador la competencia de las Cortes de Apelaciones para conocer en única instancia de los recursos de queja que se deducen en contra de jueces árbitros, ha considerado que las resoluciones que dichos tribunales dictaran, en dichas circunstancias, no fueran susceptibles de impugnación disciplinaria [...]. Que, consecuentemente, la naturaleza jurídica de la resolución recurrida en estos autos, esto es, aquella que se pronuncia sobre un recurso de queja, no corresponde a ninguna de las descritas en el fundamento precedente. Por lo demás, la interposición de un recurso de queja en contra de aquéllas importa necesariamente una revisión de lo fallado en única instancia. Como corolario de todo lo dicho, sólo cabe concluir que el recurso intentado en la especie no resulta procedente ²⁵.

Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros, de lo que se sigue que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de revisión, de manera que resulta del todo improcedente aceptar a tramitación el presente recurso ²⁶.

De los fallos citados —que son solo una muestra de otros muchos que se han dictado por el máximo tribunal en igual sentido— queda claro que hoy en día se considera improcedente en nuestro país la interposición de recursos de queja en contra de los ministros de Cortes de Apelaciones, por las faltas o abusos graves en los que pudieran incurrir al dictar una sentencia respecto de otro recurso de queja. A juicio de la Corte Suprema,

²⁴ Corte Suprema, sentencia de 5 de noviembre de 2013, rol 3.984-2013.

²⁵ Corte Suprema, sentencia de 5 de agosto de 2013, rol 2.406 - 2013. En igual sentido, sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 2017, rol 19.258 - 2017.

²⁶ Corte Suprema, sentencia de 17 de marzo de 2015, rol 3.477-2015. En la misma línea, sentencias de la Corte Suprema roles 6.648 - 2013, 7.341-2013, 12.937 - 2013, 5.031 - 2015, 4.560 - 2015, 41.165 - 2016, 1.830-2015, entre muchas otras.

la intención del legislador al mandar a las Cortes de Apelaciones, para que conocieran en única instancia de tales recursos fue clara, y tuvo por propósito evitar que se efectuara ante ella una nueva revisión de lo ya resuelto por ellas²⁷.

Excepcionalmente, han existido fallos en los que se han acogido recursos de queja fundados en faltas o

abusos graves de ministros de Corte de Apelaciones en la dictación de sentencias que resolvieron recursos de queja. Sin embargo, en los dos casos que hemos tenido a la vista, dicho pronunciamiento fue efectuado con voto de minoría de uno de los ministros, fundado en los mismos argumentos expuestos más arriba en favor de la improcedencia de la “queja de queja”²⁸.

3. Sobre el control de oficio por parte de la Corte Suprema

Según se explicó, la Corte Suprema tiene la superintendencia correccional respecto de prácticamente todos los tribunales del país.

Dicha superintendencia se encuentra plasmada en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, norma que faculta a dicha magistratura para actuar de oficio en el ejercicio de sus labores disciplinarias, aun en aquellos casos en que no sea procedente interponer un recurso de queja. Estando claro que la Corte Suprema ha rechazado, de forma casi sistemática, conocer de los recursos de queja interpuestos contra las sentencias dictadas por ministros de Cortes de Apelaciones conociendo de otros recursos de queja, cabe preguntarse si nuestro máximo tribunal, en la práctica, ha ejercido de oficio sus labores disciplinarias en dichos casos, cuando efectivamente ha detectado faltas o abusos graves por parte de tales ministros.

De la revisión de la jurisprudencia, se desprende que

sí existen casos en los que la Corte Suprema, si bien ha rechazado (o declarado inadmisibles) recursos de queja interpuestos en contra de ministros de Cortes de Apelaciones que se pronunciaron a su vez respecto de otro recurso de queja, por improcedentes, posteriormente, procede a corregir tales pronunciamientos cuando detecta faltas o abusos graves en ellos. A continuación, citaremos algunos ejemplos:

Que no obstante lo razonado en los motivos que anteceden y atendido —como se dirá— el comportamiento reprochable de los recurridos, es que este tribunal procederá a actuar de oficio, haciendo uso de las facultades disciplinarias que le corresponden en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que le concede el artículo 82 de la Constitución Política de la República [...] I.- que se declara improcedente el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 32; II.- que actuando de oficio, se deja sin efecto la resolución de nueve de abril del año

²⁷ No obstante lo anterior, existen casos en los que la Corte Suprema ha declarado admisibles recursos de queja interpuestos bajo las circunstancias en comento. Por ejemplo, sentencias rol 3.310 - 2012, de 22 de noviembre de 2012, y rol 22.387 - 2014, de 5 de noviembre de 2014. En este último caso la Ministra Sra. Sandoval no concurrió con su voto a la decisión, por estimar que el recurso de queja era inadmisibile atendido lo dispuesto en el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales: “[a]cordada una vez desechada la indicación previa de la Ministro Sra. Sandoval, quien estuvo por declarar inadmisibile el recurso de queja deducido a fojas 40 por cuanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros, de lo que se sigue que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de revisión, de manera que resulta del todo improcedente aceptar a tramitación el presente recurso”.

²⁸ Por ejemplo, con fecha 25 de mayo de 2010 la Corte Suprema acogió un recurso de queja en contra de tres ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, los que declararon que era inadmisibile un recurso de queja en contra de un árbitro, puesto que las partes habían renunciado previamente a los recursos. Corte Suprema, sentencia de 25 de mayo de 2010, rol 1789-2010. Igualmente, por sentencia de 5 de noviembre de 2014, rol 22.387-2014, se acogió un recurso de queja, también con voto en contra de uno de los ministros. Los votos de minoría se fundan, uno, en que el recurso de queja sólo procede en contra de resoluciones de carácter jurisdiccional y no disciplinario, y dos, en que el recurso de queja no sería admisible porque las sentencias de Cortes de Apelaciones no son susceptibles de revisión.

en curso, escrita a fs. 109 de los autos rol N° 3134-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago²⁹.

[L]a cuestión planteada en estos autos dice relación con el examen del proceder de una sala del tribunal de alzada de Santiago en la resolución que adoptó a propósito del recurso de queja con el que se atacaba una resolución arbitral. Vale decir, el presente es un recurso de queja incoado con ocasión de lo resuelto en un recurso de queja previamente zanjado por el inferior. Que sobre el particular se debe tener en cuenta que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros. De esto se desprende que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de análisis por el superior y, considerando que la interposición de un recurso de queja en contra de aquéllas importa una revisión de lo fallado en única instancia, resulta improcedente admitir el presente recurso. Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza, por inadmisibile, el recurso de queja deducido por el abogado don José Mella

Segovia [...] Que ante la equivocación que ha quedado al descubierto, esta Corte hará uso de la facultad contenida en el acápite final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil³⁰.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara que se desecha el recurso de queja interpuesto por el abogado don Miguel Andrés Zaror Abusleme, en representación de Inmobiliaria Valle El Cóndor Ltda., en lo principal de fs. 57. Actuación de oficio: No obstante el rechazo del recurso de queja, esta Corte Suprema advirtió un defecto que constituye un vicio de procedimiento, como se expondrá a continuación (...) ³¹.

De los fallos anteriores, se desprende que, a pesar de que la Corte Suprema se ha mostrado reacia a admitir la procedencia del recurso de queja en los casos en análisis, no ha desconocido su mandato constitucional de velar por la disciplina de sus tribunales inferiores, procediendo a corregir de oficio aquellas faltas o abusos graves que detecta en los fallos erróneamente impugnados por las partes.

Conclusiones

Existen importantes argumentos tanto a favor como en contra de la procedencia del recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja, por las faltas o abusos graves que pudieran haber cometido en el ejercicio de dicha labor disciplinaria.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años, la Corte Suprema se ha opuesto una y otra vez a admitir la

procedencia del recurso de queja, fundándose en lo que, a su juicio, fue la intención del legislador al reformar el Código Orgánico de Tribunales el año 2001. El que el recurso de queja deba ser conocido en única instancia —a juicio del máximo tribunal— implica que lo que ahí se resuelva no es susceptible de revisión alguna, ni siquiera por medio de un recurso de queja que pretenda impugnar eventuales faltas o abusos graves que se puedan haber cometido en esa resolución.

²⁹ Corte Suprema, 5 de agosto de 2013, rol 2406-2013.

³⁰ Corte Suprema, 20 de agosto de 2013, rol 3425-2013.

³¹ Corte Suprema 20 de octubre de 2011, rol 3.232-2011. En igual sentido, Corte Suprema, 5 de noviembre de 2013, rol 3984-2013.

Dicho criterio parece ser razonable, si consideramos la historia reciente del recurso de queja, el que hasta fines del siglo pasado era empleado por las partes para fabricarse una nueva instancia jurisdiccional, en la que eran revisados los hechos y el derecho del asunto en cuestión. Resulta entendible, por lo tanto, que la Corte Suprema busque evitar una nueva proliferación de este recurso, y sea muy estricta respecto de su interposición. Sin embargo, esta postura no deja de ser controvertida, si consideramos que la Excelentísima Corte tiene a su cargo el control correctivo (disciplinario) respecto de prácticamente todos los tribunales de la República, incluidas las Cortes de Apelaciones y sus ministros. El hecho de que un determinado asunto deba ser conocido en única instancia por una Corte de Apelaciones, no obsta a que la Corte Suprema deba velar porque en la resolución de ese asunto no se cometan faltas o abusos, algo que sin duda puede suceder.

Con el propósito de armonizar ambas posturas, la Corte Suprema ha emitido distintos pronunciamientos en los que, junto con rechazar o declarar inadmisibles

los recursos de queja, procede posteriormente a corregir de oficio las faltas o abusos en los que incurrieron los ministros en contra de los cuales se interpusieron dichos recursos. Ello ha llevado a que en la actualidad, gran parte de los recursos de queja interpuestos en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja, vayan acompañados, como petición subsidiaria, de una solicitud para que la Corte Suprema proceda de oficio a revisar el actuar de tales ministros, en caso de ser rechazado o declarado inadmisibles el recurso. La estrategia anterior parece razonable, si se considera que la parte afectada por una falta o abuso grave cometida por los ministros no dispone de otro mecanismo para entrar de forma oportuna en la órbita de la Corte Suprema, y lograr que dicha falta o abuso sea corregida.

La confusión existente en este tema, y la solución provisoria adoptada por la Corte Suprema, dejan en evidencia una laguna legislativa en la materia que creemos conveniente que sea solucionada.

Referencias

- Barahona, J. (1998). *El Recurso de queja: Una interpretación funcional* (1ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bordalí, A. (2016). El Recurso de Queja. En Cortez, G. (Coordinador), *Proceso Civil: los recursos y otros medios de impugnación*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Casarino, M. (2006). *Manual de Derecho Procesal* (6ª ed.) (II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Correa, J. (2003). *Recursos Procesales Civiles*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- Maturana, C. (2016). *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia* (II). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Mosquera, M., Maturana, C. (2010). *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Munita, R. (1968). *Estudio Crítico Sobre el Recurso de Queja*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Romero, A. y Díaz, J. (2017). *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional (Parte General)* (2ª ed.). Santiago: Ediciones UC.
- Sepúlveda, F. y Oberg, H. (1994) El Recurso de Queja, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 196 (LXII), 7-22.
- Tavolari, R. (2012). Procedencia del Recurso de Queja ante la Corte Suprema, en contra de Fallo Dictado por Corte de Apelaciones, conociendo de otro Recurso de Queja, *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile*, 22, 499-508.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, sentencia de 1.o de febrero de 1995, rol 205-1995.
Corte Suprema, sentencia de 25 de mayo de 2010, rol 1.789-2010, voto de minoría.
Corte Suprema, sentencia de 20 de octubre de 2011, rol 3.232-2011.
Corte Suprema, sentencia de 22 de noviembre de 2012, rol 3.310-2012.
Corte Suprema, sentencia de 5 de agosto de 2013, rol 2.406-2013.
Corte Suprema, sentencia de 20 de agosto de 2013, rol 3.425-2013.
Corte Suprema, sentencia de 9 de septiembre de 2013, rol 6.648-2013.
Corte Suprema, sentencia de 5 de noviembre de 2013, rol 3.984-2013.
Corte Suprema, sentencia de 28 de noviembre de 2013, rol 12.937-2013.
Corte Suprema, sentencia de 5 de noviembre de 2013, rol 3.984-2013.
Corte Suprema, sentencia de 16 de diciembre de 2013, rol 7.341-2013.
Corte Suprema, sentencia de 5 de noviembre de 2014, rol 22.387-2014.
Corte Suprema, sentencia de 17 de marzo de 2015, rol 3.477-2015.
Corte Suprema, sentencia de 8 de abril de 2015, rol 4.560-2015.
Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2015, rol 1.830-2015.
Corte Suprema, sentencia de 20 de abril de 2015, rol 5.031-2015.
Corte Suprema, sentencia de 12 de julio de 2016, rol 41.165-2016.
Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, rol 19.258-2017.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 10 de junio de 2013, rol 5.016-2012.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5 de agosto de 2014, rol 5.716-2013.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de agosto de 2014, rol 6.646-2013.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2015, rol 6.066-2015.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de febrero de 2016, rol 13.471-2015.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 1.o de abril de 2016, rol 10.523-2015.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de junio de 2016, rol 706-2016.
Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 15 de mayo de 2017, rol 3.307-2016.

**Jazmín
Ferreiro**

Universidad de
Buenos Aires -
Universidad

Nacional de
General Sarmiento

jazminferreiro@icloud.com

Recibido: 28.11.17

Aceptado: 20.01.18

Tensiones entre *physis* y *nómos* en la teoría de la *pólis* de Aristóteles

Tensions between *physis* and *nómos* in Aristotle's theory of the *pólis*

Resumen: El concepto de *naturaleza* ha sido reconocido como un concepto clave para comprender el fundamento de los textos de teoría política que comienzan a producirse a partir del siglo XIII gracias a la recuperación de la *Política* de Aristóteles. La historiografía forjó la noción de “naturalismo político” para caracterizar aquellas explicaciones del origen del orden político y los vínculos entre los hombres que recurren a la naturaleza en oposición a aquellas que apelan a una convención, acuerdo o pacto. En consonancia con esta comprensión del “naturalismo” se ha querido ver en Aristóteles una oposición excluyente y, por lo tanto, irreductible entre naturaleza y ley. En el presente trabajo analizaremos el concepto de naturaleza tal como éste opera en algunas de las más importantes tesis “naturalistas” e intentaremos demostrar que la oposición *physis-nómos* en el ámbito de los asuntos humanos lejos de ser explicativa dificulta el modo de comprender la naturaleza en la teoría de la *pólis*.

Palabras clave: naturalismo, política, naturaleza, ley.

Abstract: The concept of *nature* has been recognized as key to understanding the foundations of 13th century texts on political theory that started to be composed thanks to the Recovery of Aristotle's *Politics*. Historiography forged the notion of “political naturalism” in order to characterize those political theories which appeal to nature to explain the origin of the political order and the relationships among men, in opposition to those explanations invoking a convention, agreement or pact. In line with this understanding of “naturalism,” an exclusionary—and therefore unyielding—opposition has been sought out in Aristotle in terms of nature and law. In this study, we will analyze the concept of nature as it operates in some of the most important “naturalist” theses, and we intend to demonstrate that, far from being explanatory, the *physis/nómos* opposition in the scope of human affairs complicates the means by which nature is understood in the theory of the *pólis*.

Keywords: Naturalism, Politics, Nature, Law.

El concepto de *naturaleza* es uno de los más importantes y complejos del pensamiento de Aristóteles. Lo que nos interesa aquí no es, por lo tanto, interrogar de una manera general el concepto de *naturaleza*. Si lo es, en cambio, preguntarnos por el “naturalismo político” atribuido por los historiadores de la filosofía a Aristóteles, y por la noción de *physis en el contexto de la Política*. Por esta razón, quedan excluidos de nuestras consideraciones los análisis *generales* de la noción de naturaleza en el pensamiento aristotélico por fuera del marco de la *Política*. Nuestro objetivo es confrontar las características de lo que la historiografía denomina “naturalismo político” con el propio texto de Aristóteles. Para ello debe determinarse el alcance de la apelación a la naturaleza en el marco de la *Política*. Mencionaremos en primer lugar las características de lo que la historiografía denomina “naturalismo político” para confrontarlas con el propio texto de Aristóteles. Para alcanzar este objetivo nos concentraremos en el análisis de las siguientes tesis que encontramos en la *Política*: “la pólis existe por naturaleza” y “el hombre es un animal político por naturaleza”. Abordaremos por último ciertas preguntas en torno del par conceptual *physis-nómos* tal como lo encontramos en Aristóteles, sostendremos que para su correcta comprensión es crucial tener en mente la discusión del estagirita con los sofistas y cínicos.

Precisemos, entonces, las características que debe tener una teoría política para ser considerada expresión del llamado “naturalismo político”. En primer lugar, una doctrina “naturalista” afirma que la comunidad política se funda directamente en las necesidades de la naturaleza humana. Tal comunidad es vista como un producto de la naturaleza; este punto de partida se opone así a toda forma de explicación del origen del orden político que apele a una convención, acuerdo o pacto (Black, 1996, p. 29-30; Coleman, 2000, p. 105; Ullmann, 1985, p. 236- 239). En segundo lugar, es característico de la comprensión del naturalismo político el afirmar que el

orden político es natural porque garantiza la satisfacción de las necesidades del hombre. La vida en comunidad cumple la función de satisfacer ciertas necesidades vitales que por sí solo el hombre no logra satisfacer. En el marco de esta explicación, la razón y el habla se entienden como capacidades propias de la constitución biológica del hombre que tiene por función hacer posible la vida en sociedad (Coleman, 2000, p. 107; Nederman, 1988, p. 8). En tercer lugar, una explicación “naturalista” del orden político identifica lo “natural” con lo que se funda en un impulso o instinto: hay una estrecha relación entre ciertos impulsos o instintos naturales y el fundamento del orden y de los vínculos políticos. El concepto de naturaleza es leído, así, en clave físico-empírica, y se lo identifica con cierto sustrato biológico que opera, como todo lo propio del mundo natural, con necesidad (Nederman, 1988, p. 9; Ullmann, 1985, p. 237 y pp. 240-241). Estas características “naturalistas” son comunes a numerosos textos de teoría política que se inspiran de modo más o menos directo en la *Política* de Aristóteles (Ferreiro, en prensa). Ahora bien, la apelación a la naturaleza en la *Política*, ¿se presta a ser leída en esta clave?

A partir de esta sintética caracterización del naturalismo político, remitámonos pues a la *Política* para contrastar dicha caracterización con la noción de *physis* aristotélica. En sus primeros pasajes, Aristóteles utiliza la noción de naturaleza para referirse a múltiples vínculos: afirma que es natural la unión de macho y hembra, así como el vínculo de subordinación del esclavo al amo, dado que ambos vínculos persiguen un fin *natural*, la preservación de la especie y la supervivencia. Las primeras comunidades, la casa y la aldea, también se dicen ser *por naturaleza*, aunque de un modo distinto al de la comunidad perfecta, que también existe *por naturaleza*. Se afirma que el hombre es un animal político *por naturaleza*, y que *por naturaleza* la pólis es anterior a la casa y a los individuos. Es *por naturaleza* que en el hombre existen ciertos impulsos, pero también *por naturaleza* posee prudencia y virtud. Sin

embargo, la ausencia en el texto de una definición precisa y conclusiva del concepto de *naturaleza*, así como la pluralidad y variedad de modos de apelar a la naturaleza que hemos enumerado, hace de este concepto objeto de múltiples interpretaciones¹. Nuestro punto de partida será, con todo, diferente. Consideramos, ciertamente, que debe existir una relación en el uso del concepto de *physis* en los tratados metafísicos y físicos y los tratados ético-políticos. No creemos, sin embargo, que la definición del concepto en el marco de la reflexión política deba necesariamente quedar subordinada al uso de dicho concepto en el marco de las ciencias teóricas. Es sin dudas necesario comprender el concepto de

physis en relación con ciertas definiciones propias de la *Metafísica* o la *Física*, sin embargo, dicha transposición conceptual debe ser crítica. La vinculación entre los textos no puede, desde nuestro punto de vista, agotarse en una comparación que señala diferencias o semejanzas en virtud de una primacía de las formulaciones propias de las disciplinas teóricas sobre las prácticas. Buscaremos establecer, entonces, el sentido de la apelación a la naturaleza en la *Política*, y para ello analizaremos dos de las célebres “tesis naturalistas”, aquella que afirma que la *pólis* existe por naturaleza y la que define al ser humano como “político” por naturaleza.

1. “La *pólis* existe por naturaleza”

Esta tesis es la culminación de un despliegue teórico que se inicia en el capítulo 2 del libro I de la *Política*, y se presenta bajo la forma de un desarrollo histórico-genético: “Como en los otros asuntos, también aquí podrían contemplarse las cosas del modo más correcto si se observaran en su desarrollo desde su comienzo” (Aristot. *Política*. 1252a25)². Para el estudio de la *pólis*, Aristóteles propone, como en tantos otros casos, un tipo de análisis *ex principio*. Dicho análisis estudia la *pólis* a la manera de un organismo vivo: desde su origen hasta su completo desarrollo. La *pólis* es un compuesto (*synthetos*) conformado por partes heterogéneas. Aristóteles comienza el estudio del compuesto analizando las partes simples de las que se conforma para, a partir de las partes (*asynthetá*), concebir el todo. Las partes de la *pólis* son las diversas *koinoníai*, ciertas formas de comunidad en las que se vincula recíprocamente aquello

que no puede ser sin lo otro. La primera *koinonía* es la de aquellos “que no son capaces de existir el uno sin el otro”: la unión del hombre y la mujer con vistas a la procreación. Esta unión no es resultado de una elección (Pol. 1252a25-30), sino que se da por un impulso natural, común a los animales y plantas: el dejar tras de sí otro de la misma especie. La unión de macho y hembra es la comunidad fundante constituida con miras a un *télos* común a todos los *physei onta*. La siguiente unión es la del amo y el esclavo, que se da con vistas a la preservación y la supervivencia, también es una unión por naturaleza, porque ésta determina que domine quien tiene la capacidad de prever con la razón, mientras que quien tiene la capacidad de realizar trabajos con el cuerpo sea dominado (Pol. 1252a31-1252 b1). Aristóteles afirma que es a partir de estas dos comunidades que se constituye, en primer lugar, la casa. El *oikos* es una

¹ Una tendencia generalizada ha sido la de recurrir a definiciones extrapolíticas del concepto de naturaleza para luego aplicarlas al contexto político. Efectivamente Aristóteles ofrece en otros tratados elementos más precisos para la consideración del concepto de *physis*. Buscar determinaciones en los tratados metafísicos o físico-biológicos es una posibilidad interpretativa que no carece, sin embargo, de dificultades adicionales. A las dificultades propias del estudio de un concepto clave como el de naturaleza en la obra de Aristóteles, se le agrega la dificultad relativa a la posibilidad de comprender ciertos conceptos de la filosofía práctica a la luz de la filosofía teórica. Sobre este punto es posible identificar, con algunas simplificaciones, dos tendencias: ciertos autores plantean la existencia de una continuidad en el pensamiento aristotélico que hace legítimo el traslado de concepciones presentes en la *Metafísica* o la *Física* al contexto de los estudios de los “asuntos humanos”. En este grupo se encuentran, entre otros Aubenque (1962); Berti (1997); Kamp (1993); Miller (1995 y 1991) y Riedel (1975); en la misma línea de investigación que Miller, Keyt (1996 y 1991); Kullmann (1991 y 1993) y Lloyd (1993). Otra línea interpretativa insiste en la imposibilidad de realizar un tránsito inmediato entre los distintos ámbitos del conocimiento. Estos autores sostienen cierta autonomía de la filosofía práctica. Encontramos defensores de este punto de vista en Bien (1973); Finnis. (1998); Schütrumpf (1981, pp. 26-47), citado en Kullmann (1991), y Yack (1993).

² Seguimos aquí y en lo sucesivo la traducción de Gabriel Livov (2015).

comunidad por naturaleza instituida para las cosas del día, para satisfacer las necesidades cotidianas (*Pol.* 1252b13-15). A partir de la reunión de muchas casas se conforma la aldea cuyo fin es servir a las necesidades que no son cotidianas (*Pol.* 1252b16-17). Finalmente, de la comunidad de varias aldeas procede la *pólis*, comunidad perfecta (*koinonía téleios*). Así, la *pólis* es la comunidad final porque alcanza el límite de la completa autarquía.

La comunidad final de varias aldeas es la ciudad-Estado, que puede decirse que alcanza ya el límite de la completa autosuficiencia, en la medida en que ha surgido para la vida, pero tiene su razón de ser en función de la vida buena. Por eso toda ciudad-Estado existe por naturaleza, si es que también así lo hacen las primeras comunidades: puesto que la ciudad-Estado es el fin de aquéllas, y la naturaleza es fin (*Pol.* 1252 b 27-33).

El concepto de *physis* opera aquí como principio de movimiento (*arché kinéseos*) de las formaciones de las *koinoníai*: la génesis de un ente, desde un estado inestable y dependiente, hacia un estado independiente. El objetivo de las otras *koinoníai* es la *koinonía politiké*. Es posible analizar la *pólis* desde su comienzo a partir de la categoría de prioridad genética, teniendo en cuenta la relación todo-partes.

Así, pues, si tenemos en cuenta los elementos que caracterizan las tesis del “naturalismo político”, vemos que varios de ellos pueden ser aplicados a esta primera aproximación a la *pólis*, a una aproximación que tenga en cuenta su génesis. La metodología del análisis *ex archés* sugiere cierta semejanza entre la *pólis* y las formas orgánicas. En el origen de la comunidad política, Aristóteles coloca un vínculo que surge de un impulso o instinto: la asociación entre macho y hembra. Tal vínculo no es resultado de una elección, sino del impulso a procrear presente en todo ser vivo. El fin de la segunda asociación, la preservación o la subsistencia, también es un fin común a los otros entes animados. Ambos vínculos hacen a la primera comunidad que tiene por fin satisfacer

necesidades de la vida. Desde esta perspectiva, el texto aristotélico parece sugerir que la *pólis* es efectivamente un producto natural porque es resultado de una serie de impulsos naturales comunes a todo ser vivo. Estos impulsos, como Aristóteles afirma, constituyen comunidades sin que medie la elección racional. Desde este punto de vista, sería posible afirmar, como propio del pensamiento aristotélico, cierta inexorabilidad como atributo de todo movimiento natural. La necesidad que se manifiesta en el operar de la naturaleza, que actúa del mismo modo en la mayor parte de los casos (Aristot. *Física*, 197a32; 198b35), es representada en estos pasajes en el operar de los impulsos o instintos comunes a todo ser vivo. La *pólis* tiene así su origen en la satisfacción de las “urgencias de la vida”, en sucesivas comunidades que satisfacen distintos niveles de necesidades, hasta alcanzar la autosuficiencia en la comunidad política. Sin embargo, si bien la consideración *ex archés* permite conocer un aspecto de la *pólis*, no es, con todo, este aspecto el que define su especificidad. Aristóteles establece una importante distinción que ofrece la clave para el cambio de perspectiva en el análisis de la *pólis*: la *pólis* viene a la existencia en función de la vida (*zên*), pero existe en función de la vida buena (*eû zên*). La perspectiva *ex archés* da cuenta de un aspecto, constitutivo ciertamente, de la *pólis*, pero no agota la realidad de la misma. Veamos esta perspectiva más en detalle.

Como hemos establecido, el análisis *ex archés* considera el desarrollo de la *pólis* desde su origen. Éste análisis debe ser acompañado por un estudio de la *pólis* en sí, en la medida en que es primera en sustancia³ respecto de las otras comunidades, fin al que tienden y única forma plenamente desarrollada (*téleios*). Una cosa es primera que otra en sustancia si está más plenamente desarrollada o realizada (*teleiotos*). En este sentido lo que es posterior en generación es primero en sustancia. De acuerdo con estas precisiones, Aristóteles distingue entre la serie genética y la serie formal: mientras que la casa es primera desde la perspectiva genética, en la serie

³ Recordemos que Aristóteles distingue cuatro modos de concebir la prioridad: en génesis (*généseōi*), en sustancia (*ousia*), lógica (*logo*) y en naturaleza (*physeōi*). Aristóteles da cuenta de estos distintos tipos de prioridad en los siguientes pasajes: primero en sustancia: *G.A.*, 742a19-22; *Met.*, 1050a4-b6; *Retórica.*, 1392a20-23; prioridad lógica: *Met.*, 1035b4-6, 1049b12-17, 1077b3-4; prioridad en naturaleza: *Met.*, 1019a2-4; *Categorías*, 1214a29-35; *Fis.*, 260b17-19.

formal la *pólis*, como causa de aquella, es primera “en sí”. El fin de las otras *koinoníai* es la *koinonía politiké*. Si bien desde la perspectiva genética la *pólis* tiene su origen en “las urgencias del vivir”, desde la perspectiva de lo que es en sí, como sustancia, “existe para el vivir bien”. El análisis que muestra la *pólis* desde la perspectiva de su génesis, tiende a explicar el primer aspecto: su origen en las “urgencias del vivir”. Hasta la aparición de la *koinonía politiké* todas las comunidades guardan relación con las necesidades de la vida. Por el contrario, desde la perspectiva de la sustancia, la *pólis* es primera porque su bien es el bien supremo: “la vida buena”.

En las primeras líneas de la *Política*, Aristóteles define la *pólis* como una *koinonía* específica, como *koinonía politiké*. La intención del texto es anticipar la especificidad de la *pólis* respecto de otras comunidades. Al igual que muchas otras asociaciones humanas, la *pólis* forma parte del género de las *koinoníai*, pero sobresale como la superior a todas. Mientras que la categoría de “comunidad” es una categoría genérica —en tanto un grupo tenga algo en común (*koinón*), sea una casa, contrato, o régimen social, ellos participan de una *koinonía* (Aristot. *Ética Nicomaquea*, 1132b31-1133b, 1159b25-1160a)⁴— la *pólis* es una comunidad específica, una *koinonía politiké*. Por eso es importante distinguir los conceptos de “comunidad” y de “comunidad política”⁵. Si bien todas las comunidades tienden a un bien, la *pólis* se orienta al supremo entre todos los bienes. Más aun, uno de los principales intereses de Aristóteles en el primer libro de la *Política* es afirmar de modo concluyente que existen diferencias entre las distintas comunidades y entre las formas de gobierno propias de cada una de ellas, y que tales diferencias son esenciales. Así, la *pólis* se define como suprema entre todas por ser, a la vez, una *koinonía* que tiene por fin el supremo fin y por abarcar a las otras comunidades (*Pol.* 1252 a 1-7). Por

tender al supremo de los bienes, la *pólis* es la principal (*kuriotáte*) y, por abarcar a todas, la más completa (*períéchousa*). Estas dos características definen la *pólis* desde dos perspectivas diversas, y comienzan a delinear su especificidad. La *pólis* es simultáneamente suprema y comprensiva. Desde la perspectiva de su origen, se percibe el carácter abarcador de la *pólis*: es la más completa o comprensiva porque comprende al resto de las comunidades y en ese sentido abarca todos los bienes o fines de aquellas. Desde la perspectiva de su sustancia, se pone en evidencia el segundo aspecto: es la principal o soberana en tanto tiende al supremo y mejor de los bienes. La *pólis* no se reduce a ser una suma de comunidades, sino que es plenificación de un fin que se elige por sí mismo: el ejercicio de la virtud. En el marco garantizado de la autarquía, inaugura la vida propia del hombre. Mientras que las comunidades prepolíticas se vinculan aun con el ámbito de la necesidad, la *pólis* se define por ser autosuficiente y por hacer posible, una vez lograda la autosuficiencia, el ideal de la vida buena. Sólo en este sentido puede distinguirse la finalidad propia de las comunidades prepolíticas y el fin de la *pólis*:

Si, pues, de las cosas que hacemos hay algún fin que queramos por sí mismo, y las demás cosas por causa de él, y lo que elegimos no está determinado por otra cosa —pues así el proceso seguiría hasta el infinito, de suerte que el deseo sería vacío y vano— es evidente que este fin será lo bueno y lo mejor (EN. 1094a18-20).

En efecto, aunque toda acción y elección persigue un fin que es considerado un bien, hay algunos fines que se persiguen por sí mismos, y otros que se persiguen por causa de aquellos que se eligen por sí mismos. Aristóteles distingue así los principales modos de vida propios del ser humano, y propone como modos de

⁴ Aquí y en lo sucesivo sigo la edición de Bywater (1984).

⁵ Cuatro aspectos clave caracterizan la comunidad, según Aristóteles la entiende: 1. Una comunidad está conformada por individuos que difieren de algún modo significativo (*Pol.* 1261a-b2). 2. Estos individuos comparten algo: algún bien, actividad, carácter de identidad, o combinación de éstas (*Pol.* 1252a1; EN 156a-57b). 3. Ellos entablan alguna interacción relacionada con aquello que comparten. 4. Están unidos mutuamente, en mayor o menor medida, por algún sentido de amistad y algún sentido de justicia (EN 1159 b27). Sobre este punto sugerimos consultar Yack (1993, p. 26).

vida posibles aquellos deseables por sí mismos, aquellos que tienden a un determinado fin con independencia de las necesidades de la vida. La vida voluptuosa, la vida política y la vida contemplativa son tres modos de vida, tres posibles fines identificados con la *eudaimonía* del hombre, que tienen en común el ser elegidos por sí mismos, y no por otra cosa más allá de ellos (EN 1095 b 15-20)⁶. Cuando Aristóteles, al comienzo de la *Ética Nicomaquea*, busca definir en qué consiste la felicidad del hombre, entiende que debe determinar en primer lugar cuál es la función propia (*érgon*) de éste, pues la felicidad del hombre se vincula directamente con la realización de la función que lo define como tal. Excluye de esta manera aquellos modos de vida que no difieren esencialmente en sus fines de los de los animales. La mera vida o la vida sensible son modos que no definen la especificidad humana⁷. La función del hombre es una cierta vida, una actividad (*enérgeia*) y una acción de acuerdo al *lógos* (*práxis metá lógou*) (EN. 1098a14-19). Toda otra actividad o forma de vida ligada a las necesidades queda excluida como posible función propia del hombre por no constituir un fin en sí mismo⁸. Así, pues, la *pólis* se define en función de la vida buena, si bien tiene su origen en las urgencias de la vida, y se distingue de las comunidades prepolíticas, que tienen por fin la satisfacción de ciertas necesidades de la vida del hombre, caracterizándose por ser límite (*péras*) de dicha sucesión y definiéndose por su

autosuficiencia (*autárkeia*)⁹. En una primera aproximación, podemos adelantar que el concepto de *physis* en la *Política* es a su vez *arché* y *télos*. No solo el principio del movimiento, sino también, y sobre todo, el fin hacia el cual el movimiento se dirige. Como hemos visto, la perspectiva de la *pólis ex archés* pone el foco del análisis en el origen de la *pólis*, mientras que la perspectiva de la *pólis* como sustancia la analiza desde el punto de vista de su fin. Así, Aristóteles afirma que la *pólis* existe *physei* como conclusión del doble aspecto que plantea la consideración de la *pólis*. Inmediatamente nos ofrece una pauta para comprender la aplicación de la noción de *physis* en este contexto: “la *pólis* existe por naturaleza si es que también así lo hacen las primeras comunidades: puesto que la *pólis* es el fin de aquellas, y la naturaleza es el fin” (*Pol.* 1252b30- 32). Para el análisis de la *pólis* es prioritaria la consideración de su carácter teleológico: “Todos actúan siempre en vista de lo que creen que es bueno” (*Pol.* 1252a3). Toda comunidad tiende así a un bien, y el tender a un bien implica una acción, esto es, un actuar conforme a un fin. Sin embargo, si todas las comunidades implican algún tipo de acción, no toda comunidad implica un actuar racional que involucra la libre elección. Lo que constituye primariamente la casa es una unión que, como ya vimos, no involucra deliberación. La comunidad de hombre y mujer persigue un fin, surge de un impulso irreflexivo común a todo ser

⁶ “Aristóteles distinguió tres modos de vida (*bioi*) que podían elegir con libertad los hombres, o sea, con plena independencia de las necesidades de la vida y de las relaciones que originaban....Estas tres formas de vida tienen en común su interés por lo *bello* es decir, por las cosas no necesarias ni meramente útiles” (Arendt, 1998, pp. 12-13).

⁷ “Tal vez sea cierto y reconocido que la felicidad es lo mejor, y, sin embargo, sería deseable mostrar con mayor claridad qué es. Acaso se lograría esto si se comprendiera la función del hombre....Porque el vivir parece también común a las plantas, y se busca lo propio. Hay que dejar de lado, por tanto, la vida de nutrición y crecimiento. Vendría después la sensitiva, pero parece que también ésta es común al caballo, al buey y al resto de los animales. Queda, por último, cierta vida activa del ente que tiene razón” (EN. 1097b23- 1098a4).

⁸ “La ciudad perfecta no hará ciudadanos a los obreros; y suponiendo que los haga, la virtud que hemos dicho ser propia del ciudadano no podrá predicarse de todos, ni sólo del hombre libre en cuanto tal, sino sólo de aquellos que están exentos de trabajos necesarios a la vida” (Aristot. *Pol.* 1278 a 8- 12).

⁹ La expresión que afirma que la *pólis* existe por naturaleza, si bien contempla ambos aspectos de la *pólis*, se identifica fundamentalmente con el segundo aspecto. Es decir, si bien la *pólis* existe por naturaleza porque su origen se vincula con las urgencias de la vida, condición de todo ser vivo, lo que da sentido a ese principio interno de movimiento es la existencia de la *pólis* como fin de aquellas comunidades. Que existe por naturaleza implica que existe como sustancia, como fin en sí mismo que ordena y da sentido al desarrollo de las otras comunidades. Si bien estos dos aspectos son complementarios desde la perspectiva histórico-genética, desde la perspectiva de la *pólis* como fin y superación del primer momento, es negación del mismo. La vida política se constituye en directa oposición con las comunidades anteriores. Mientras que las primeras se caracterizan por la necesidad o dependencia (*xreía*), la *pólis* se define como la comunidad que alcanza la perfecta autosuficiencia y se define en términos del desarrollo de un fin libre. La capacidad del hombre para la organización política no sólo es diferente sino que se opone al orden de la *oikía*. Todo lo que es meramente necesario y útil queda excluido del ámbito propiamente político. La *autarkía*, característica exclusiva de la comunidad política, se relaciona directamente con el concepto de fin último, *téleion agathón*. En relación al bien último o fin, los otros fines cobran la función de medio o instrumento y guardan una relación de directa dependencia respecto de este último. Aristóteles lo expresa con claridad: “nadie elegiría tener todos los bienes estando solo, porque el hombre es político por naturaleza” (EN 1169 b 17-19).

vivo. La descripción de la *pólis ex archés* la presenta en la serie de comunidades que tienen por fin la satisfacción de diferentes tipos de necesidades, en función de las cuales el hombre no se distingue de otras especies animales, sino que, por el contrario, comparte impulsos o instintos con éstas. En este sentido, las comunidades en general se definen a partir de un fin vinculado a la materialidad de la existencia humana: las urgencias del vivir. La descripción de la *pólis* como fin, en cambio, la muestra en su especificidad, en relación al fin exclusivo que plenifica la especie humana, que se recorta tanto del ámbito animal como del divino: lo que distingue a la *pólis* de las primeras comunidades es que ésta tiene por fin la vida buena¹⁰. Así, si el primer aspecto se vincula con la necesidad, el segundo se vincula con el ámbito de la libertad. La *pólis* es el fin de las otras comunidades que existen por naturaleza. Mientras que cierta inexorabilidad da cuenta de uno de sus aspectos, la *pólis* en sí misma se define como ámbito, no de la necesidad, sino de la libertad. La praxis política sólo es posible entonces como resultado de una elección racional, y se distingue por su oposición respecto de los actos motivados por impulsos irracionales o instintivos, comunes a todos los seres vivos. En términos de Aristóteles,

la ciudad existe no solo por la simple vida, sino sobre todo por la vida mejor (eû zên) pues de otro modo podría haber una ciudad de esclavos y aún de animales distintos del hombre, lo cual no puede ser por no participar unos y otros de la felicidad ni de la vida de libre elección (*Pol.* 1280a 31-35).

Desde esta nueva perspectiva, percibimos que los aspectos del naturalismo tipificados a la luz de la historiografía se aplican sólo al primer tipo de análisis, es decir, se corresponden sólo con un aspecto de la *pólis*, aquel que la describe desde su origen, como resultado

de un proceso de sucesivas comunidades. Sin embargo, si sólo se considera la *pólis* desde este aspecto, se deja de lado el aspecto que define su esencia. Teniendo en cuenta esta distinción, o más bien, esta imbricación entre los dos aspectos que constituyen la naturaleza de la *pólis*, es posible comprender aquello que, desde una lectura naturalista, parecería una contradicción, la existencia de un acto fundador de la *pólis*: “Así pues, por naturaleza existe en todos un impulso hacia una comunidad de este tipo: y el primero que la estableció es responsable de los más grandes bienes” (*Pol.* 1253a 29-30)¹¹.

¿Cómo comprender, en efecto, este pasaje a la luz de la concepción naturalista que entiende el orden político como producto de la naturaleza y se opone en ese sentido a la posibilidad de concebirlo como producto del arbitrio humano? En el pasaje citado, además de afirmar que hay un acto fundador, Aristóteles lo presenta como resultado de una elección racional, lo que permite atribuir responsabilidad al agente de la acción. Las comunidades prepolíticas, cumpliendo un fin que se identifica con una necesidad, no se eligen. La *pólis*, fin en sí misma, es elegida por sí misma, porque hace posible la “actividad del alma de acuerdo a la virtud completa” (*Pol.* 1252b29; *EN* 1102a5). Esta elección se manifiesta de forma paradigmática en el acto consciente y deliberado del primer legislador¹². La afirmación de la existencia de un primer fundador de la *pólis* aparece en otros pasajes de la obra aristotélica: Aristóteles tematiza la situación de la fundación de una nueva *pólis* y utiliza para ello la distinción *hyle-eidos*, junto con la analogía del “artesano”. El legislador, sostiene el estagirita, es quien crea la *pólis* como un demiurgo (*Pol.* 1325b40-1326a5; 1273b32-33; 1274b 18-19) y también lo llama creador de leyes y constituciones (*Pol.* 1325b40 y ss). En este último caso, el acto fundador de la ciudad se pone en paralelo con la creación de *téxne ónta*.

¹⁰ En las comunidades prepolíticas los estándares no son objeto de deliberación, en tanto hay un individuo particular que los dicta sin discusión. Los miembros de la comunidad política, por el contrario, se dedican específicamente a determinar lo que piensan que son estándares intrínsecamente correctos de obligación mutua. Consecuentemente no están inclinados a delegar este poder en otros, al contrario, compiten por el poder, o buscan individuos calificados para este ejercicio. La comunidad política es un grupo autosuficiente de individuos libres y relativamente iguales que tienen la posibilidad de entablar una discusión pública acerca de las leyes y políticas que deben dirigir sus acciones y que se turnan de acuerdo a reglas conocidas en el gobernar y ser gobernado (Yack, 1993).

¹¹ Con el término *hormé* se hace referencia a la tendencia de una cosa a alcanzar su condición específica (Aristot. *Fís.* 192b13-27).

¹² Para un análisis de la figura del legislador nos permitimos recomendar el trabajo de Gabriel Livov (2004).

Pero, una vez más, ¿cómo se concilia la tesis aristotélica que afirma que la *pólis* existe por naturaleza con la afirmación de que es un acto fundador el que le da origen? En sentido estricto, como intentamos mostrar aquí, este es un falso problema. Lo que fuerza la contradicción entre la consideración *ex archés* —*pólis* como resultado de impulsos naturales— y la consideración *τέλειος* —la *pólis* como resultado de un acto fundador—, es un presupuesto de la concepción naturalista y no un problema del pensamiento aristotélico: la oposición excluyente y por lo tanto irreductible entre naturaleza y ley, entre *physis* y *nómos*. Desde nuestro punto de vista, en cambio, el uso de la oposición conceptual *physis-nómos* no es funcional para la comprensión del concepto de *physis* en la *Política* de Aristóteles. Es posible encontrar textos donde efectivamente Aristóteles define la *physis* en oposición al *nómos*, pero en los tratados

ético-políticos tal oposición es problemática. Suponer que Aristóteles utiliza la dupla conceptual *physis-nómos* como una oposición excluyente es desconocer un hecho sin embargo evidente: con la apelación al concepto de *physis* para justificar la comunidad política, Aristóteles se posiciona directamente en contra de aquellos planteos sofísticos y cínicos que consideraban a la *physis* como única fuente de legitimidad, en desmedro del *nómos*¹³. Por este motivo, nuestro punto de partida para el análisis del concepto de *physis* no puede ser la aceptación acrítica de la oposición *physis-nómos*, sino que consideramos necesario tratar de determinar, en primer lugar, cómo debe comprenderse el concepto de *physis* en el contexto de los asuntos humanos para luego, en segundo lugar, ver cómo se determina en función de la concepción de *nómos*.

2. “El hombre es por naturaleza un animal político”

Como ya hemos establecido, el llamado “naturalismo político” al tipificar al hombre como animal político vincula dicha caracterización con la presencia en la naturaleza humana de ciertos impulsos hacia la vida en común. Esta inclinación natural hacia cierta vida en común se verifica en muchas especies animales y está caracterizada, según analizamos en el apartado anterior, como aquellos impulsos a la preservación de la especie y la subsistencia que están en el origen de la *pólis*. En el hombre se manifiesta, particularmente, en la presencia de ciertas capacidades naturales como la razón o el habla, capacidades en las que se expresa su naturaleza, hecha para vivir en sociedad. Este aspecto señalado como característico del naturalismo tiene su fuente en un pasaje aristotélico que presentaremos a continuación. Aristóteles afirma que la *pólis* se halla entre las cosas que existen por naturaleza y que el hombre es

por naturaleza un animal político (*Pol.* 1253a3), para dar luego una explicación de la politicidad como atributo de la naturaleza humana:

Es claro por qué el hombre es un animal político más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario. Porque la naturaleza no hace nada en vano, como decimos, y entre los animales, sólo el ser humano cuenta con la palabra (lógos) (*Pol.* 1253a9-10).

Aristóteles compara la condición propia del hombre con la de ciertos animales gregarios: el hombre es *más* político que dichos animales. Este pasaje ha suscitado numerosas interpretaciones. Y en efecto, la comparación parecería habilitarnos a comprender el atributo “político” como un atributo no exclusivo del hombre, sino como una característica que comparte con otros animales. Desde

¹³ Esta oposición excluyente entre lo que es natural y verdadero, por un lado y lo artificial y falso, por otro ya fue señalada por el propio Aristóteles como uno de los *topos* más extendidos en la antigüedad, utilizado por los sofistas para confundir a sus interlocutores. Aristot. *Ref. Sof.* 173a11-15. Citado por Álvarez (2012, p. 263). El debate en torno al par conceptual *physis-nómos* ocupa gran parte de la reflexión de los sofistas, pero su posición al respecto no es homogénea. Por un lado, Calicles y Trasímaco parecen defender aquello que es *physei*, mientras que Protágoras y el Anónimo de Jámblico lo que se funda en el *nómos*. Para un análisis de la posición sofística que explica el origen de la comunidad política apelando a un acuerdo entre pares ver Álvarez (2012).

este punto de vista, podría afirmarse que la politicidad no es un aspecto o condición propia del hombre sino que en él se da de modo más pleno o más completo. En otras palabras, se trataría de una diferencia de grado y no de naturaleza. Esto implicaría pues una suerte de continuidad entre la forma de vida de ciertos animales y el hombre: el carácter político estaría efectivamente vinculado a impulsos o capacidades naturales que no difieren esencialmente entre el hombre y animales de otras especies. El pasaje citado ha sido extensamente entendido en estos términos¹⁴.

Mientras que los animales poseen voz (*phoné*) para expresar el dolor y el placer, el hombre cuenta con la palabra (*lógos*) para manifestarse¹⁵. Según esta interpretación el *lógos* facilita la comunicación entre los hombres, posibilita una comunicación más efectiva, haciéndolo más “comunicativo” que otros animales. Otros pasajes de la obra aristotélica abonan dicha interpretación: “animales políticos son aquellos de los cuales su función (*érgon*) deviene algún bien común, lo que no todo animal gregario hace. Así es el hombre, la abeja, la avispa, la hormiga” (Aristot. *Historia Animalium* 488a7-10)¹⁶. El atributo “político” en estos casos puede ser entendido como una propiedad, “tener una función (*érgon*) común”, y ésta podría darse en un grado mayor o menor. Según esta interpretación, al tener la propiedad de la palabra (*lógos*) el hombre es más comunicativo que los otros animales, esto es, colabora al bien común de modo más perfecto. En cualquier caso, desde esta perspectiva, el *lógos* queda reducido a medio o instrumento que hace más efectiva la comunicación y por lo tanto la cooperación, pero no es entendido como propiedad que manifieste la irrupción de una dimensión

que distinga al hombre sustancialmente de cualquier animal. La concepción naturalista adopta esta peculiar interpretación del texto aristotélico, según la cual existe una continuidad entre la vida animal y la vida humana. Desde esta lectura, el hombre sobresale como forma mejor o más acabada, pero no cualitativamente diversa, y dicha continuidad es el fundamento de la naturaleza política del hombre. Al igual que en la consideración “naturalista” del orden político, en la consideración del hombre, la idea de naturaleza es fundamento porque se constituye como una instancia anterior, empírica y descriptiva. Sin embargo, ésta no es la única posibilidad de interpretar el pasaje citado. Si el hombre es, entre todos los seres vivos, el único que tiene *lógos* es porque este atributo se asocia con su *érgon*, con su función propia. Aristóteles relaciona directamente la definición *zôon lógon échón* con la naturaleza política del hombre, completándola¹⁷.

Desde este punto de vista, la posibilidad de percibir la diferencia entre la funcionalidad de la *phoné* animal y el *lógos* humano reside en el contenido de aquello que es expresado. Aristóteles circunscribe, en el pasaje en cuestión, el ámbito de lo expresado por el *lógos* a lo “conveniente y lo dañino, lo justo y lo injusto” (*Pol.* 1253a13-14). Esta limitación del contenido expresivo del *lógos* impide identificarlo sencillamente con “lenguaje”, e impide atribuirle una función meramente comunicativa:

Pues a diferencia de los otros animales, es propio de los seres humanos tener la percepción del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, entre otras, y la comunidad en tales asuntos constituye la casa y la *pólis* (*Pol.* 1253a14-16).

¹⁴ Para Miller el “habla” es una capacidad comunicativa que hace a los hombres capaces de “cooperar” de modo más efectivo y a un nivel más alto (1995, p. 32). Sobre la base de este pasaje algunos intérpretes distinguen entre una politicidad estricta y una politicidad amplia. Mientras que el primer tipo de politicidad se refiere a cierto carácter político que puede ser común a hombres y bestias, la segunda determinaría cierto uso exclusivo del hombre (Miller, 1995, pp. 32-36, y también Lloyd, 1993, pp. 140-141).

¹⁵ “La voz, por cierto, es signo de dolor y de placer, por lo cual también cuentan con ella los otros animales –en efecto, su naturaleza llega hasta poseer la percepción de dolor y de placer y la posibilidad de significarse unos a otros estas percepciones-, pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, y de este modo también lo justo y lo injusto” (*Pol.* 1253 10-15).

¹⁶ Otros pasajes del corpus aristotélico en el que se utiliza la expresión *politikón zoíon* son: *Pol.* 1253 a 1-4, 7-8; *EN* 1162a17-17, 1097 b8-11, 1169a18-19; *EE* 1242a22- 27, 1278b19-25.

¹⁷ Varios autores han señalado una estrecha relación entre ambas afirmaciones (Kamp, 1993; Riedel, 1976).

A diferencia de los animales cuya naturaleza es capaz de percibir el placer y el dolor, y de comunicar tales percepciones a través de la voz (*phoné*), el hombre no sólo tiene percepción sensible, sino que también tiene una percepción moral. Y es la comunidad respecto de tales valores lo que hace posible la casa y la *pólis*. El *lógos* existe en función de transmitir un contenido moral, y no meramente informativo. El *lógos* y la *aísthesis* del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, son considerados causa del *oikos* y de la *pólis* (*Pol.* 1252b 14-18). Se puede establecer una primera identificación entre el *lógos* y el “conocimiento de lo justo” o la “racionalidad práctica”¹⁸ que constituiría un tipo de racionalidad exclusiva del hombre.¹⁹ La politicidad natural de hombre no se reduce así, una vez más, a la descripción de una condición que asegura en el hombre la suficiencia de vida. La satisfacción de las necesidades vitales es condición necesaria para la vida política, pero no se identifica con ella. “La función del hombre es una cierta vida, y ésta una actividad del alma y acciones razonables” (*EN.* 1098a13 y 14). Aristóteles define el *érgon* del hombre en los términos de una *práxis*: *práxis metá lógou* (*EN* 1098a13 y ss.). En este caso, el *lógos* es *phrónesis*, la capacidad de reconocer el bien propio del hombre. Así entendido, se puede afirmar que en la determinación del hombre como poseedor de logos, reside el fundamento de la afirmación del hombre como animal político. La *pólis* es entendida como el ámbito donde la *phrónesis* encuentra completa realización. De este modo ambas afirmaciones vuelven a implicarse mutuamente: la *pólis* como ámbito necesario para que la *phrónesis* pueda desplegarse, y ésta como la facultad humana más elevada de racionalidad práctica sobre la cual se funda la *pólis*. A partir de esta interpretación es evidente que la comparación no expresa una continuidad entre el hombre y el resto de los animales, sino que existe una diferencia cualitativa entre la capacidad de expresar afecciones y la función moral del *lógos* humano. Es el

lógos del hombre, entendido como racionalidad práctica, lo que distingue la naturaleza humana de la naturaleza de los otros seres vivos, y lo que distingue la comunidad política de las otras formas de comunidad.

La tesis que afirma que el hombre es político por naturaleza expresa la condición propia de la existencia humana. Quedan excluidas, por lo tanto, aquellas características que el hombre comparte con otros seres vivos. En la *Física*, Aristóteles distingue entre movimientos naturales y movimientos forzados. Los movimientos naturales comprenden la generación y el desarrollo de un organismo, y también los movimientos naturales de los elementos, que tienden por naturaleza a ocupar su lugar natural (*Aristot. De caelo.* 310a33). Existen otros movimientos que se producen en la naturaleza: los movimientos violentos o forzados. Estos son contrarios a la naturaleza y le ofrecen una resistencia. En la *ética* estos dos tipos de movimiento encuentran su paralelo en las acciones voluntarias y las forzadas, en las primeras, el hombre, en tanto agente, es el principio de movimiento. En las segundas, el principio de movimiento es exterior al hombre. Sin embargo para que una acción sea propiamente voluntaria no basta con que tenga su principio en el agente: la acción voluntaria es aquella que es objeto de una elección deliberada (*proairetón*) (*EN.* 1111b4-1112a17). La espontaneidad de la acción, también presente en los niños y los animales, no es condición suficiente para la moralidad. Aristóteles demarca con claridad qué es lo que queda excluido del ámbito de la moralidad: por un lado, todo lo que está por debajo de la deliberación, aquello que no es objeto de preferencia sino que constituye la “base física” de las virtudes, la *dynamis*, predisposiciones o disposiciones innatas (*physikai héxis*). Éstas no son propiamente virtudes, ni hay mérito en ellas y las poseen también los niños y los animales (*EN.* 1144b1-14). Por

¹⁸ “Come attività specificamente umana resta pertanto solo l’atto della ragione e precisamente nella forma di ‘azione ragionevole’(...) basandosi sulla definizione dell’attività dell’uomo come *práxis metá lógou*, è perfettamente comprensibile la ragione per cui Aristotele nella *Politica* distingue padroni e schiavi esclusivamente nella prospettiva della loro capacità di realizzare la razionalità pratica” (Kamp, 1993, pp. 44-45).

¹⁹ La racionalidad entendida en términos generales no es exclusiva de hombre. El hombre no es considerado el único ser racional, por el contrario, la naturaleza divina es considerada una naturaleza plenamente racional. La racionalidad práctica, por otra parte, sí es exclusiva del hombre

otro lado, queda excluido del ámbito de la moralidad el saber de aquello que forma parte del orden necesario de las cosas, sobre lo cual no es posible deliberar y, por lo tanto, forma parte del saber teórico: no se delibera más que sobre lo que es contingente y depende del hombre (EN. 1112a18-30).

El lugar del hombre dentro de la *scala naturae* es esencialmente complejo. Mientras que, por debajo del hombre, los seres naturales se hallan compelidos por un principio inmanente e inexorable del movimiento y, por encima del hombre, los astros y los dioses, también de naturaleza simple, son seres puramente razonables cuya actividad se identifica con la plena determinación intelectual, el hombre, de naturaleza compleja, tiene como condición de sus actos la libertad del querer, y ésta es inseparable de la contingencia. La naturaleza no provee a los hombres de las condiciones suficientes para producir la buena vida, pero lo provee de las condiciones suficientes para producir las posibilidades para la buena vida. Si bien los hombres tienen disposiciones naturales hacia la virtud, cómo y de qué manera logran una vida buena es incierto, dado que ésta involucra la elección, y las virtudes corresponden al ámbito de las cosas que pueden ser de otra manera. De este modo, el concepto de naturaleza en la ciencia de los estudios humanos se complementa siempre con el hábito. En términos aristotélicos, “no tenemos las virtudes por naturaleza sino que requieren hábito, somos naturalmente capaces de desarrollarlas” (EN. 1103a18- 26)²⁰. El hombre tiene cierta disposición para la virtud, pero no la adquiere por naturaleza.

El rasgo distintivo de la esfera doméstica es que los hombres viven juntos llevados por sus necesidades²¹. La necesidad es un rasgo característico de la organización de la casa. Existiendo la esfera doméstica para la satisfacción de tales necesidades, la esfera política se caracteriza por la libertad, condición indispensable para la *eudaimonía*²². La vida buena, fin de la *pólis*, se inaugura cuando el hombre se libera de las exigencias del proceso biológico. La *pólis* es precisamente la perfecta realización de la naturaleza humana, que no se define en términos biológicos, sino en términos de su peculiaridad, en términos morales. El “fin supremo y comprensivo” de la *pólis* es definido como el “vivir bien”. De este modo, la condición política en sentido propio es exclusivamente humana. Aristóteles lo confirma cuando establece que el ámbito de lo político se recorta de las esferas de la bestialidad y la divinidad:

A partir de lo dicho resulta manifiesto, entonces, que la ciudad-estado (*pólis*) se halla entre las cosas que existen por naturaleza y que el hombre es por naturaleza un animal político, y que aquel que no vive en una comunidad política a causa de su naturaleza (y no por azar) es inferior o bien superior a un ser humano (Pol. 1253a3-4).

El hombre separado de la comunidad no puede realizar la facultad específicamente humana, la racionalidad práctica. La *pólis* es la perfecta realización de la naturaleza específicamente humana (Pol. 1252b30 y ss). La autonomía, la autarquía en sentido pleno, se realiza exclusivamente en la *pólis*.

²⁰ “La virtud requiere de naturaleza, hábito y razón” (Pol. 1332a39 - b10). “Asimismo, los demás animales viven principalmente conforme a la naturaleza, y algunos pocos también según los hábitos, pero el ser humano lo hace también según la razón: pues sólo él posee razón. En consecuencia, estos elementos deben estar a tono unos con otros. Muchas veces, de hecho, [los seres humanos] actúan contra sus costumbres y contra su naturaleza a causa de la razón, si los persuaden de que es mejor [actuar] de otro modo” (Pol. 1332b5).

²¹ “Según el pensamiento griego, la capacidad del hombre para la organización política no es sólo diferente, sino que se halla en directa oposición a la asociación natural cuyo centro es el hogar y la familia” (Arendt, 1998, p.39).

²² Como afirma Arendt (1998): “la libertad se localiza exclusivamente en la esfera política, la necesidad es de manera fundamental un fenómeno prepolítico, característico de la organización doméstica privada....debido a que todos los seres humanos están sujetos a la necesidad, tienen derecho a ejercer violencia sobre los otros; la violencia es el acto prepolítico de liberarse de la necesidad” (pp. 30-31 y pp. 43-44).

3. El dilema *physis-nómos*

Para comprender la complejidad del concepto de *physis* en el marco de la filosofía práctica es necesario tener en cuenta el contexto de discusión en el que se inscribe el texto de Aristóteles. Como ya lo mencionáramos, la noción de *physis* se enmarca en la discusión abierta por el pensamiento sofístico y cínico, esto es, la discusión acerca del sentido y el alcance de la distinción entre las nociones de *physis* y *nómos*²³. El concepto de *physis* se asocia con dos sentidos fundamentales: por un lado, tiene un sentido central asociado a cierto estatismo, vinculado al “modo en que las cosas son”. Por otro lado, en la mayoría de los casos retiene también un aspecto dinámico. Ambos aspectos aparecen reflejados en la definición aristotélica de naturaleza: “naturaleza en sentido primario y estricto es la sustancia (*ousía*) de los seres que tienen en sí mismos el principio del movimiento” (Aristot. *Metafísica*, 1015a13-15). Aquellas cosas que tienen en sí mismas el principio de movimiento se caracterizan por comportarse siempre, o en la mayoría de los casos, del mismo modo, expresando de esta forma cierta constancia e inmutabilidad: “La naturaleza es aquello que se da siempre o en la mayoría de los casos” (Fis. 197a32; 198 b 35). El concepto de *nómos*, por otro lado, tiene un sentido primario según el cual es entendido como ley, convención o costumbre, y siempre tiene un valor prescriptivo, nunca meramente descriptivo. Es la expresión de una directiva que exige algún tipo de comportamiento o prohíbe alguna acción.

La expresión de *Nómos physeôs*, que aparece por primera vez en Platón²⁴ como *norma* o *ley de la naturaleza*, expresa aquello que la naturaleza exige que se haga, pero que nunca opera simplemente en un nivel descriptivo. Aristóteles señala que la distinción hecha por Calicles en el *Gorgias* –en la que acuerda con los antiguos– entre *physis* y *nómos* es un lugar común que es causa de paradojas. Según esta oposición, aquello que es por naturaleza es lo verdadero, mientras que aquello que es por ley es lo aprobado por la mayoría²⁵. La concepción sofística hace hincapié en el motivo de la utilidad como determinante del establecimiento de las leyes²⁶. La naturaleza, desde este punto de vista, no es una norma de derecho sino de fuerza. Es la fuerza de la naturaleza la que justifica la ley, y de esta manera la norma jurídica no es sino una convención. Y en efecto, Aristóteles afirma que mientras que el fuego quema igual en cualquier tiempo y lugar y por eso es un claro ejemplo de la fuerza del mundo natural, las normas de la justicia varían y es por esto que Aristóteles afirma que toda justicia debería ser considerada legal o convencional²⁷.

El dilema *physis-nómos*, frente al cual se posiciona Aristóteles, quedaría entonces planteado en éstos términos: mientras que la ley es lo convencional, lo aleatorio, lo artificial, lo que se establece por un acuerdo de conveniencia, y su función es instrumental y auxiliar, lo que es por naturaleza se presenta como aquello que es

²³ Para una breve reconstrucción de la historia de los conceptos de *physis* y *nómos* véase Kerferd (1981).

²⁴ Esta expresión aparece por primera vez en Platón, *Gorgias* 484e3, pero es anticipada por Tucídides. Véase Kerferd (1981).

²⁵ La posición de Calicles en el *Gorgias* afirma que en general lo que es por naturaleza se opone a lo que es por *nómos*. Por naturaleza lo que es dañino es peor, por eso es peor sufrir que cometer injusticia. Las leyes convencionales están hechas por la mayoría, que son los débiles, e insiste en que la libertad, que es la prescripción de la naturaleza, implica la ausencia de cualquier tipo de restricción de los deseos.

²⁶ En la *República* de Platón, Trasímaco afirma que la Justicia es lo que interesa al más fuerte o superior. No utiliza el lenguaje *nómos-physis*, pero al descartar la justicia vulgar a favor de la injusticia vulgar, eleva la injusticia vulgar a lo que es correcto por naturaleza, es decir, a lo justo por naturaleza. Trasímaco está cuestionando la necesidad de perseguir un deber impuesto, prescribiendo así a la heteronomía (Platón *República*, 338c1-2).

²⁷ En respuesta a esta objeción Aristóteles afirma que existen dos tipos de justicia, si bien todo tipo de justicia es variable. La mutabilidad o inmutabilidad de la misma no es el criterio que las distingue, pues ambas son igualmente mutables (*EN*. 1134b33). Para un análisis de este controvertido tema véase Zingano (2013).

necesario, esencial, constante, inmutable y fin en sí mismo. Las consecuencias de esta corrosiva distinción quedan a la vista en las concepciones sofísticas que agrupan bajo la columna de aquello que es por convención tanto las normas de la justicia y la comunidad política como otras instituciones propias del mundo antiguo como, por ejemplo, la esclavitud. Ahora bien, esta distinción plantea el problema de cómo entender el concepto de *physis* referido a la *pólis*. Varias respuestas se han ensayado sobre esta cuestión. Una de ellas consiste en aplicar la definición de *physis* de otros tratados aristotélicos al campo ético-político. Como ya señalamos, se intentó especialmente aplicar las definiciones de la *Física* y la *Metafísica*²⁸. Un argumento en favor de esta estrategia interpretativa se encuentra en las coincidencias de formulaciones y conceptos en los tratados ético-políticos y los tratados naturales, que impulsan a obviar las limitaciones impuestas a las ciencias por la especificidad de su objeto. Sin embargo, esta operación tiene como consecuencia inevitable una aplicación de conocimientos propios del campo teórico que violenta la esfera del saber de los asuntos humanos. Por esta razón, y como hemos venido exponiendo, este dilema no resulta fructífero para comprender el aporte específico y original, a la vez que polémico, del pensamiento ético-político de Aristóteles. Dicho de otro modo, consideramos que el dilema *physis-nómos* debe ser superado para comprender la formulación aristotélica de la naturaleza en el contexto de la *Política*²⁹. Esta vía interpretativa se impone si tenemos en cuenta lo que el propio Aristóteles sostiene cuando, al considerar la naturaleza de los asuntos humanos, rechaza la posibilidad de introducir en los asuntos prácticos

métodos de demostración y de exigencia propios de los estudios teóricos, advirtiendo la necesidad de no exigir a una ciencia mayor precisión de lo que su materia permite (EN. 1094b12-1094b27). En este sentido, parece claro que Aristóteles tiene muy presente el dilema *physis-nómos* y las corrosivas consecuencias de aplicarlo a la esfera ético-política. En efecto, afirma: “la nobleza y la justicia que la política considera presentan tantas diferencias y desviaciones que parecen ser sólo por convención y no por naturaleza” (EN. 1094b15-16). Es por esto que no podemos partir del dilema *physis-nómos* para la consideración de la naturaleza en la *Política*, sino que debemos considerarlo en el marco de la polémica en la que Aristóteles participa.

¿Es posible una aproximación al concepto de naturaleza en la *Política* que no suscriba a la oposición *physis-nómos*? Una alternativa es buscar una superación del par conceptual a partir de la articulación de otros pares opositivos -no excluyentes sino complementarios- tales como: la vida (*zên*) y la vida buena (*eû zên*), el origen de la *pólis* y la *pólis* como fin, la distinción de los fines de las comunidades prepolíticas asociados a la necesidad y la *pólis* como marco de la libertad. De este modo, y contra aquellos que encuentran en Aristóteles un sustrato biológico para los asuntos humanos, podemos afirmar que este sustrato no produce de manera alguna un determinismo inexorable, sino que, por el contrario, la esfera propiamente humana se determina como tal cuando logra superar el aspecto físico y biológico. Aristóteles, tras los pasos de Platón³⁰, responde críticamente al planteo de los físicos mecanicistas según el cual el operar de la

²⁸ Ambas definiciones se encuentran en *Fis.* 198b1-9, 199b32-33 y *Met.*, 1015 a 13-15, respectivamente.

²⁹ Ritter afirma, efectivamente, que la solución aristotélica consiste en superar el falso dilema entre *physis* y *nómos* “comprendiendo il *nómos* come realizzazione della natura e fondando in questo modo la legittimità del *nómos* e dell’*ethos*” (1983, p.108).

³⁰ La crítica a dicho mecanicismo es expresada de modo dramático por Platón en un pasaje del *Fedón*: “Me pareció entonces que sucedía algo análogo a si alguien afirmara que todo lo que hace Sócrates lo hace con la inteligencia, y en seguida, proponiéndose explicar la causa de cada una de las cosas que hago, dijera, primeramente, que ahora estoy sentado aquí porque mi cuerpo está compuesto de huesos y músculos, y los huesos duros y tiene articulaciones que los separan entre sí, mientras los músculos – que pueden extenderse y contraerse- rodean a los huesos, junto con las carnes y la piel que mantiene el conjunto. Como consecuencia, pues, de que los huesos se mueven por sus coyunturas, los músculos, al relajarse o ponerse en tensión, permiten que ahora yo flexione los miembros, y por esta causa sería que estoy sentado en este lugar, plegado. Y que, acerca del hecho de conversar con ustedes, señalara otras causas semejantes: sonidos, aire, oídos y otras miles de esta índole, descuidando las verdaderas causas, a saber, que, puesto que los atenienses han juzgado que lo mejor era condenarme, por lo mismo me ha parecido lo mejor estar sentado en este lugar, y más justo aguantar esperando la pena que me han de infligir” (Platón, *Fedón*, 98c 98e). Seguimos la traducción de Eggers Lan (1967). La crítica desarrollada en *Fedón* entre 96a y 99 está dirigida a Empédocles, Anaxímenes, Anaxágoras y Demócrito.

naturaleza se reduce al de un mecanismo ciego. Excluido todo propósito y toda finalidad, los procesos causales se reducen, ciertamente, a procesos puramente mecánicos (Boeri, 1993, p. 210). Pero el operar de la naturaleza —y en esto es análogo al del arte— responde a un fin. Para el estagirita, todo movimiento tiende a un fin, que en la naturaleza se identifica con el término del movimiento. En el ser humano, dicho teleologismo está igualmente presente, pero su forma de realización es distinta. Los procesos naturales alcanzan su fin en la mayoría de los casos y lo hacen sin que medie la deliberación. El principio de movimiento en el ámbito de la naturaleza es inmanente. El movimiento ascendente del fuego, el proceso por el cual un ave realiza un nido, se encuentran determinados por un principio interno, que tiende a realizar el fin de modo inexorable. Dicha inexorabilidad es lo que asegura la realización del fin en todos o la mayor parte de los casos. Aquellos casos en los que el fin no se realiza son considerados antinaturales y la falla se atribuye a alguna imperfección de la materia. Como vimos, en la esfera de los asuntos humanos no se verifica, en cambio, esta inmediatez. En el caso del hombre su naturaleza no es simple, no alcanza inexorablemente su *érgon*, sino que lo alcanza como resultado de un proceso que requiere, y se determina, en función de la deliberación. La deliberación en la planificación del *érgon* humano es lo que constituye su nobleza, y aquello que lo desliga de los lazos de necesidad de los procesos biológicos. En este sentido, la deliberación es expresión de un rasgo único del hombre: su libertad. Si, como mencionábamos, los seres que se encuentran por debajo del hombre en la *scala naturae* están determinados a alcanzar su *érgon* propio; si la divinidad tiene una naturaleza simple y su *érgon* se realiza en la plena e inmóvil actividad intelectual; la naturaleza del hombre, a diferencia de estas dos otras, no es simple. Se encuentra siempre en tensión. El ámbito humano se recorta de la esfera de los procesos físicos y biológicos, así como del ámbito de lo divino.

En ambos procesos, biológicos y morales, lo que caracteriza la finalidad es la adecuación de los medios a los fines. En ambos casos, se distingue entre el mecanismo de medios y el fin, en tanto resultado del proceso. La crítica de Aristóteles a Empédocles y a los mecanicistas no reside, pues, en negar la existencia del mecanismo.

El mecanismo, esto es, la cadena de medios implicados para alcanzar el fin, no puede para Aristóteles quedar excluido del análisis, pero siempre debe entenderse como sujeto a la finalidad. Lo que niega la crítica aristotélica, en cambio, es la autonomía de un mecanismo ciego. Esta crítica, desarrollada en los tratados físicos, puede ser aplicada para cuestionar cierta interpretación de la *Política*. En efecto, la completa adecuación de los medios a los fines es, según Aristóteles, reflejo de la perfección de la naturaleza: la naturaleza no hace nada en vano, ni falla en lo necesario. La *pólis* es fin de las comunidades humanas que desde una perspectiva histórico-genética se presentan anteriores. Vimos también que el fin de la *pólis* se define por su oposición respecto de los fines de las otras comunidades, éstas obligadas por las urgencias de la vida, aquella libre para la vida buena. Si bien, como en todo proceso de medios y fines, las comunidades prepolíticas cumplen un fin propio, dicho fin está sujeto al fin de la *pólis*. La búsqueda de la satisfacción de necesidades asociadas a la vida dota a las comunidades prepolíticas de un carácter muy peculiar, pues su fin no se alcanza nunca, sino que siempre está en proceso de ser alcanzado.

Un interesante caso en el que se explicita una relación problemática entre medios y fines es la crítica de Aristóteles a la crematística antinatural. La adquisición de riquezas debe sujetarse al fin de la vida buena. En el caso de la crematística que es considerada antinatural, lo que era un medio, la adquisición de riquezas, se vuelve fin en sí mismo:

En consecuencia, algunos creen que tal incremento es la función de la administración doméstica, y viven convencidos de que deben mantener el patrimonio de dinero o bien deben incrementarlo ilimitadamente. Y la causa de esta condición reside en que se dedican con empeño a la vida, pero no a la vida buena: pues al ser ilimitado aquel deseo, también desean ilimitados medios para lograrlo (*Pol.* 1257b39-1258a1).

El deseo de vida, aquello a lo que Aristóteles hace referencia cuando indaga lo que impulsa el origen de la *pólis*, y llama “urgencias de la vida”, es ilimitado. Si se sustrae la entelequia de la vida buena, lo que queda es

el proceso mecánico privado de finalidad. Sin el límite impuesto por el *télos*, se manifiesta la infinitud propia del proceso de los medios³¹.

Los medios, en sí mismos ilimitados, hallan sentido en la afirmación de un fin al que deben tender. El mecanismo causal motivado por las urgencias de la vida es virtualmente ilimitado, porque el deseo que lo mueve es ilimitado, encuentra un sentido en la finalidad de la vida buena, fin de la *pólis*. Es por esta razón que Aristóteles llama a la *pólis péras*, límite de la autosuficiencia, no solamente porque las necesidades vitales alcancen en ella un fin, sino porque la vida buena se sustrae de la lógica de la necesidad introduciendo externamente un fin contrapuesto al de aquellas comunidades. Si se elimina el fin propio de la *pólis*, lo que queda es un movimiento infinito, el mecanismo ciego, extraño al pensamiento aristotélico. El *télos* de la *pólis* como límite de la autosuficiencia determina el operar del mecanismo en una doble dirección: “hacia adentro”, limitando y dando sentido y fin a las comunidades prepolíticas que son movidas por procesos vitales; “hacia afuera”, negando la autonomía de otras comunidades mayores. La crítica aristotélica a la *koinonía sumpolitiké*, confederaciones de *poleis* es, en este sentido, un reflejo a gran escala de la ausencia del *télos* de la vida buena³². Para Aristóteles, en efecto, no existe la ciudad “por motivo de alianza militar, ni para protegerse contra toda injusticia, ni aun por causa del comercio y ayuda recíproca” (*Pol.* 1280 a 35-37). En este sentido, nos interesa señalar que, en última instancia, la finalidad de las alianzas entre *poleis* no es distinto de aquel que impulsa y subyace al origen de la *pólis*: la defensa, la subsistencia, la adquisición

de lo necesario para la vida, “la urgencia por vivir, pero no por vivir bien”. Cuando Aristóteles analiza la *pólis* desde ambas perspectivas, muestra la necesidad de contemplar en todo estudio el mecanismo y la finalidad,³³ pero sobre todo la finalidad, porque es la finalidad lo que da sentido al mecanismo. Mientras que la perspectiva de la *pólis ex principio* pone el acento en mostrarla como comunidad completa en tanto abarca y contiene a las otras comunidades con sus respectivos fines, no es por este motivo que se la define como comunidad perfecta. Si así fuera, el grado de perfección quedaría determinado por un criterio cuantitativo: la comunidad más perfecta sería la mayor y la que más comunidades abarcará. Sin embargo, la diferencia entre las comunidades no es principalmente una de tamaño. Aristóteles está interesado en distinguir la especificidad de cada comunidad y de los vínculos de dominio propios de cada una de ellas. Para esto señala que la diferencia no es de cantidad sino de especie. Advierte así el peligro de no percibir las diferencias de especie (*eídei*) entre las distintas formas de dominio y sostener que político, monárquico, despótico y doméstico sólo difieren en el número, “como si respecto de unos pocos se fuera amo, y respecto de más administrador doméstico, y respecto de más aun político o rey” (*Pol.* 1252a10-15). La falta de distinción entre las formas de dominio tiene como consecuencia la falta de determinación específica de la comunidad en cuestión. Si no se determina con propiedad las diferencias del *eídei* entre los vínculos de dominio se pierde la distinción entre “una casa grande y una ciudad pequeña”³⁴. Si la jerarquía de comunidades se determinara en virtud del carácter de inclusión (la más inclusiva, la de mayor jerarquía) la *pólis* no sería la comunidad suprema sino que podría serlo, por

³¹ “En consecuencia, esta riqueza, la que procede de este tipo de crematística, no conoce límite alguno. Pues así como la medicina no admite límites en relación con el fin de recobrar la salud, y tal como cada una de las técnicas es ilimitada en cuanto a la consecución de su fin propio -porque efectivamente lo que quieren ante todo es realizarlo en el máximo grado-, mientras que los medios para ese fin no son ilimitados -pues el fin es para todas ellas el límite-, del mismo modo tampoco en esta especie de crematística hay un límite a la consecución del fin, y el fin reside en tal tipo de riqueza y en la adquisición de dinero”. (*Pol.* 1257b24-31).

³² Aristóteles se opone a llamar comunidades políticas a las distintas clases de alianzas o comunidades políticas o militares que tenían por fin la defensa del territorio o la ocupación (*Pol.* 1261a, 1274b, 1328^a). En este fragmento se pone en evidencia la crítica de Aristóteles a la “degeneración instrumental-pragmática del *nómos* en mero contrato (*sunthéke*) y de la *pólis* en mera alianza militar (*summachía*)” (Livov, 2007, p. 106).

³³ El mecanismo y la finalidad constituyen las dos naturalezas que la física debe conocer (*Fis.* 194a12-27).

³⁴ La crítica a quienes no los distinguen puede estar dirigida a Platón, quien defiende el principio de indeterminación de las relaciones de dominio, (*Político* 258e) y cuya consecuencia es la indistinción entre las comunidades, cuya única diferencia pasaría a ser una cuestión de tamaño (*Político*, 259b; *Leyes*, 681 a).

ejemplo, la instancia federativa. Explícitamente lo niega en los pasajes en los que niega la posibilidad de llamar *pólis* a otros tipos de asociación. Para Aristóteles, la *pólis* es *téleios*: fin y perfección. Y esta es la causa de que exista “por naturaleza”.

De lo analizado hasta aquí se puede afirmar que la distinción naturaleza-convención no es explicativa del concepto de *physis* aristotélico. El concepto de *physis*, subsidiario de la oposición *physis-nómos*, es entendido en términos físico-empíricos, como el sustrato biológico que se manifiesta de manera inexorable, causa de la regularidad que observamos en el mundo natural. Si se presenta la noción aristotélica de *physis* en este marco se

desconoce la polémica en la que nuestro autor participa y respecto de la cual se posiciona: en contra de los planteos sofisticados y cínicos. De esta manera podemos afirmar que aquellas lecturas que construyen la noción de “naturalismo político” sobre la oposición naturaleza-convención presentan una comprensión de la naturaleza como noción explicativa de los vínculos políticos distinta de la aristotélica. La propuesta aristotélica intenta superar el dilema y no ser subsidiaria del mismo. Es por esta razón que, lejos de tomar el dilema como punto de partida, la estrategia hermenéutica adecuada conduce, en cambio, a considerarlo como el horizonte de la discusión de la cual Aristóteles toma parte.

Referencias

- Álvarez, L.M. (2012). “Una visión sofística del pacto social. Las palabras y las apariencias como sostenes del acuerdo”, en *La palabra y la ciudad. Retórica y política en la Grecia Antigua*. Livov, G. y Spangenberg P. (eds.) Buenos Aires: La bestia equilátera.
- Arendt, H. (1998). *The Human Condition*, USA: University of Chicago Press.
- Aubenque, P. (1962). *Le problème de l'être chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Berti, E. (1997). “*Il pensiero politico di Aristotele*”, Roma: Editori Laterza.
- Bien, G. (1973). *Die Grundlegung der politischen Philosophie bei Aristoteles*, Freiburg-München: Alber.
- Black, A. (1996). *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boeri, M. (Trad. e introd). (1993), “Apéndice I”, en Aristóteles, *Física*, I-II, Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Bywater, J. (Ed). (1894). *Aristotle's Ethica Nicomachea*. Oxford: Clarendon Press.
- Coleman, J. (2000). *A History of Political Thought (From the Middle Ages to the Renaissance)*, USA: Blackwell.
- Eggers Lan, C. (Trad., Introd. y notas). (1967). Platón, *Fedón*. Córdoba, Arg.: Universidad Nacional de Córdoba.
- Ferreiro, J. (en prensa). “Alcance y límites del influjo de la *Política* de Aristóteles en la teoría política medieval” en *El arco y la lira*, N° 6.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas Moral, Political, and Legal Theory*. UK: Oxford University Press.
- Kamp, A. (1993). *La teoria politica di Aristotele. Presupposti e temi principali*, Napoli: Valentino Editore.
- Kerferd, G. H. (1981). “The *nómos-physis* controversy” en *The Sophistic Movement*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Keyt, D. (1996). “Fred Miller on Aristotle's Political Naturalism” en *Ancient Philosophy*, XVI; (1991). “Three Basic Theorems in Aristotle's Politics”, *A Companion to Aristotle's Politics*. USA: Blackwell.
- Kullmann, W. (1991). “Man as a Political Animal in Aristotle”, en *A Companion to Aristotle's Politics*. USA, Blackwell; (1993) “L' image de l' homme dans la pensée politique d' Aristote” en Aubenque, P. (Ed.). *Aristote Politique, Etudes sur la Politique d'Aristote*. Paris: Presses universitaires de France.
- Livov, G. (Trad., intro. y notas). (2015). Aristóteles, *Política*. Buenos Aires: Universidad de Quilmes-Prometeo; (2007). “Aristóteles Unitario. Impugnación metafísica y política del federalismo” en *Deus Mortalis*, N° 6; (2004), “*Eunomía*. Ley y legitimidad en la filosofía política de Aristóteles” en *Deus Mortalis*, N° 3.

- Lloyd, G. (1993). "L'idée de nature dans la Politique D'Aristote", en Aubenque, P (Ed.) *Aristote Politique, Etudes sur la Politique d'Aristote*. Paris: Presses universitaires de France.
- Miller, F. (1995). *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, UK: Clarendon Press; (1991). "Aristotle on Natural Law and Justice", *A Companion to Aristotle's Politics*, USA: Blackwell.
- Nederman, C. (1996). "The Meaning of *Aristotelianism* in Medieval Moral and Political Thought" en *Journal of the History of Ideas*, Vol. 57, N° 4; (1988). "Nature, Sin and the Origins of Society: The Ciceronian Tradition in the Medieval Political Thought" en *Journal of the History of Ideas*, XLIX.
- Riedel, M. (1976). *Metafísica y Metapolítica, Estudios sobre Aristóteles y el lenguaje político de la filosofía moderna*, vol. I. Buenos Aires: Alfa.
- Ritter, J. (1983). *Metafísica e Política, Studi su Aristotele e Hegel*, Genova: Marietti, N° 40.
- Schütrumpf, E. (1991). "Man as a Political Animal in Aristotle", *A Companion to Aristotle's Politics*. USA: Blackwell; (1981). "Kritische Überlegungen zur Ontologie und Terminologie der aristotelischen *Politik*" en *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie*, 6/2 [1978], citado en Kullmann, W
- Ullmann, W. (1985). *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. España: Alianza.
- Yack, B. (1993). *The Problems of a Political Animal, Community, Justice, and Conflict in Aristotelian Political Thought*, USA: University of California Press.
- Zingano, M. (2013). *Natural, ethical, and political justice, The Cambridge Companion to Aristotle's Politics*, Deslauriers M. & Destrée, P. (eds). Cambridge: C.U.P.

**Alejandro
Romero
Seguel**
Universidad de
los Andes, Chile
aromero@uandes.cl

Comentario sobre el derecho al juez natural en el proceso penal acusatorio y el principio *forum delicti commissi*

(Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2017. Rol Corte N° 3125-2017)

Commentary about the right to the natural judge in the accusatory criminal process and the principle *forum delicti commissi*

(Sentence Court of Appeals of Santiago, September 8, 2017. Rol Corte N° 3125-2017)

Resumen: El comentario sintetiza uno de los problemas más recurrentes para la determinación del juez natural en el proceso penal. En el modelo acusatorio aceptado en nuestro país existe la necesidad de diferenciar entre la etapa de investigación y el acto formal de la acusación, conforme se desprende del art. 264 letra a) del Código de Procedimiento Penal, en relación al art. 157 del Código Orgánico de Tribunales.

Palabras clave: Competencia, derecho al juez natural, acusación.

Abstract: The commentary synthesizes one of the most typical problems for the determination of the natural judge in the criminal process. In the accusatory model accepted in our country it must be differentiated between the investigation stage and the formal act of the accusation, as inferred of the article 264 letter a) of the Criminal Procedure Code, in relation with the article 157 of the Courts Organic Code.

Keywords: Competence, Right to the natural judge, accusation.

Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2017.

Segundo: El apelante sustenta su impugnación en que el 7° Juzgado de Garantía de Santiago no es competente para conocer del presente proceso dado que el principio de ejecución de los hechos atribuidos en la acusación del Ministerio Público y por los querellantes en las respectivas adhesiones y acusaciones particulares “jamás podrá estimarse iniciado en la comuna de Santiago” —que es el territorio de competencia del referido tribunal— por cuanto afirma que el principio de ejecución de aquellos corresponde a la oficina de su representado, ubicada en la comuna de Las Condes, territorio jurisdiccional del 4° Juzgado de Garantía de Santiago.

Tercero: Que al respecto, el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales dispone: “Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio”, precisando su inciso tercero, que “El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.”

Cuarto: Que previo a resolver la cuestión planteada, cabe consignar que la competencia natural del 7.º Juzgado de Garantía de Santiago para conocer de este proceso ha sido determinada por esta Corte en sentencia de 9 de junio de 2015 en autos N° 1546-2015, que dirimió una contienda de competencia surgida entre dicho tribunal y el 4.º Juzgado de Garantía de esta misma ciudad.

Quinto: Que al respecto, debe tenerse en consideración dos cuestiones. La primera de ellas dice relación con que el apelante sostiene que dicho pronunciamiento se dictó sobre un objeto procesal distinto a lo debatido y resuelto por la resolución apelada, por cuanto en tal oportunidad los ilícitos investigados excedían, tanto respecto de los hechos como respecto de los sujetos, de la actual causa, toda vez que con posterioridad el Ministerio Público separó las investigaciones, limitándose el presente asunto a los hechos por los cuales se acusa a A.M.C.

Sin embargo, si bien la causa que nos atañe se refiere exclusivamente a la acusación formulada en contra de M.C. y no en contra de otros imputados, lo cierto es que en los hechos investigados antes de la referida separación se encontraban incluidos los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se ha formulado acusación en este proceso, siendo el

presupuesto fáctico de ambas investigaciones —antes y después de la separación— el mismo, de tal forma que ello no es motivo para estimar que la competencia del 7.º Juzgado de Garantía debe alterarse.

La segunda cuestión dice relación con que, sin perjuicio del principio consagrado en el artículo 109 del Código Orgánico de Tribunales, conocido como la regla de la radicación y que tiene plena aplicación en estas materias, el artículo 264 letra a) del Código Procesal Penal permite al acusado oponer en la audiencia de preparación del juicio oral la excepción de incompetencia del juez de garantía a fin de controlar y garantizar su derecho constitucional a ser juzgado por un tribunal competente de conformidad a la ley.

La resolución transcrita permite explicar un problema recurrente en el proceso penal acusatorio relativo a la alegación de incompetencia.

1. El principio *forum delicti commissi*

El derecho al juez natural o predeterminado por la ley está elevado a rango constitucional en el art. 19 N° 3 inc. 4.º de la Constitución Política de la República de Chile, con especial énfasis para el proceso penal. Allí se dispone que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se halle establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Conforme al principio de la jurisdicción, el Estado crea los distintos jueces y tribunales mediante normas legales, distribuyendo el trabajo entre ellos a través de las normas que regulan el presupuesto procesal de la competencia.

Para atribuir y repartir la competencia entre los distintos componentes del órgano jurisdiccional, en general, la ley utiliza distintos factores, tales como, el valor económico o cuantía del litigio, el tipo de conflicto donde surge la controversia (derecho constitucional, civil, administrativo,

laboral, económico, penal, etc.), la pena asignada a una determinada conducta, el lugar de la comisión de un determinado hecho ilícito, la especialización de los jueces o tribunales para conocer de un determinado asunto, por señalar los criterios más comunes.

El legislador atribuye competencia en materias penales entre tribunales de igual jerarquía considerando como elemento central el factor territorial. El artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT) señala al respecto:

Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

El juzgado de garantía del lugar de comisión del hecho investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral.

El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.¹

La norma indicada recoge el principio *forum delicti commissi*, que asigna competencia al juez del lugar en la cual se produjo el acto lesivo del orden penal.

Aunque podría estimarse que se trata de una regla de fácil aplicación, en la práctica surgen problemas cuando se trata de determinar cuál es el lugar de comisión de algunos delitos, como acontece se aprecia en la resolución de este recurso de apelación vinculado a un delito de la ley de mercado de valores.

La doctrina penal sustantiva ha explicado tradicionalmente que este precepto recoge lo que se denomina como “teoría de la actividad o acción”. Así, para Cury,

de acuerdo con la teoría de la actividad, el delito se comete allí donde se da principio a la ejecución de la conducta típica. Este punto de vista se basa en la idea de que el disvalor delictivo radica fundamentalmente en la acción (...). En Chile, este criterio es acogido para fines de derecho interno por el art. 157 del COT” (Cury, 2005, p. 212).

En idéntico sentido, Garrido Montt señala que el art. 157 COT “dando preeminencia a la acción delictiva, entiende cometido el delito en [la comuna] donde aquella se inició” (Garrido, 2001, p. 133).

En suma, el principio es que la competencia penal para conocer del ilícito imputado corresponde al tribunal del lugar donde se dio comienzo a la ejecución del hecho materia de la acusación, esto es, el lugar donde la acción típica y constitutiva del ilícito se inició. Para la recta aplicación de esta garantía se deben realizar varias distinciones que pasamos a explicar.

2. El derecho al juez natural en el modelo acusatorio

Aunque en principio podría estimarse que la determinación de la competencia judicial es una operación relativamente simple, por diversas razones esta tarea puede resultar más o menos compleja.

En el proceso penal fundado en el modelo acusatorio la actividad de determinación del juez natural se hace más compleja, atendida la radical diferencia existente entre la actividad de investigación y la de juzgamiento². Para cada una de ellas se debe controlar quién es el juez natural para cumplir las funciones que se encomiendan conforme a las reglas del enjuiciamiento criminal.

El modelo acusatorio se caracteriza, básicamente, por la presencia de dos partes que frente a un tercero imparcial comparecen en condiciones de igualdad y en actitud de contradicción, todo ello ante el juez natural o

predeterminado por la ley. Como lo explica Moreno,

en el proceso penal chileno se reparten las funciones esenciales del siguiente modo: Al Ministerio Público se le asigna la tarea de ejercer la acción penal de manera exclusiva y excluyente, debiendo dirigir la investigación con el apoyo y demás organismos auxiliares, procediendo en su oportunidad a formular la acusación y sostenerla en juicio; a los tribunales de justicia en materia penal les corresponderá, por un lado, ejercer las labores de control de la investigación y, por otro, decidir el conflicto penal llevado a su conocimiento. A lo anterior debemos agregar la actividad de defensa, pública o privada, a la que corresponderá cautelar y ejercer los derechos de los imputados en el proceso penal (Moreno, 2013, p. 70).

¹ El inciso tercero del artículo 157 COT fue añadido por la Ley N° 7.836, de 1944. La disposición equivalente en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875, que había optado por un modelo diverso, denominado como con la teoría de la ubicuidad, Conforme al art. 231. “Si el delito se hubiere cometido [...] en dos o más lugares [...] será competente para conocer de él el tribunal de cualquiera de los lugares en que se hubiere cometido”.

² Sobre el contenido de este sistema, entre otros, Guerrero Palomares S. (2009), pp. 122-164; Armenta Deu, (1995), pp. 35-56.

La necesidad de determinar a este juzgador en este caso se presenta de manera diversa a lo que acontecía en el sistema inquisitivo que estuvo vigente por décadas en Chile. Como se sabe, el juez asumía la función de investigar, acusar y juzgar sin que se presentara el problema de la determinación de la competencia que se promueve en este caso el modelo acusatorio.

En el antiguo proceso inquisitivo “la acusación fiscal” estaba considerada como una parte más del procedimiento. En cambio, en el modelo acusatorio, la etapa preparatoria ha previsto que este acto procesal se ejecute ante el juez natural que, conforme al 14 del COT, impone a todo juez de garantía: “a) asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”; “b) dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal”.

En el proceso acusatorio la separación entre el juez y la parte acusadora constituye uno de los pilares esenciales del sistema, convirtiéndose en un presupuesto de las demás garantías, como acontece con la determinación del derecho al juez natural.

Es un elemento distintivo del modelo acusatorio que toda la actividad de las partes está marcada por el principio de igualdad procesal, en términos de asegurar una auténtica contienda entre partes. Así, existe una parte que “acusa”, representada por el Ministerio Público”, ante una parte que tiene asegurada constitucional el derecho a la defensa y a no ser juzgado por comisiones especiales. Lo anterior se debe ejecutar frente a un juez que se caracteriza por ser un tercero imparcial y cuya competencia para la actividad de juzgamiento, que comienza con la deducción de la acción penal mediante el acto de acusación —que da comienzo a la etapa de preparación del juicio oral— se ajuste estrictamente a la legalidad.

En el sistema acusatorio se busca limitar la persecución penal, estableciendo que la pena que se pueda aplicar,

mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal se realice dentro de ciertos límites y respetando las garantías del imputado.

El cambio en el modelo de enjuiciamiento ha generado varios problemas procesales, que son consecuencia de la necesidad de adaptar las instituciones procesales a la nueva formas de litigación que reclama el modelo adversarial. Como lo describe Moreno, “el modelo acusatorio mediante la estricta separación entre la investigación y decisión, supone un constante estado de adversarialidad entre las partes, las que buscarán emplear las herramientas normativas y tácticas que les permita obtener una decisión favorable” (Moreno, 2013, p.110).

Conforme a lo anterior, es una situación objetiva que en este modelo se puedan producir dificultades para concretar la aplicación del mecanismo de determinación del derecho al juez natural, que se debe realizar siempre sobre una base técnica diversa a la que durante décadas se utilizó para concretar el juez del juzgamiento.

Dicho de otra forma, la asignación de contenido a este derecho procesal se debe realizar para el caso concreto y atendiendo al acto procesal que se está ejecutando en este mecanismo que diferencia entre actividad de investigar, acusar y juzgar; y para la actividad de juzgamiento, que comienza en nuestro sistema con la deducción de la acusación que contiene el objeto del proceso penal que el Ministerio Público deduce utilizando el material reunido en la etapa de investigación administrativa que lleva adelante³.

Desde otro punto de vista, en el art. 157 del COT, esta diferencia de actividades procesales se debe proyectar también en la determinación de la competencia. Así, el art. 157 del COT regula las hipótesis de intervención de varios jueces de garantía, considerando si se investiga en forma conjunta hechos constitutivos de delito o si se procede a separar las investigaciones. En cambio, para el tema del juzgamiento surge un nuevo control o

³Una lata explicación del contenido del objeto del proceso penal, Del Río Ferretti (2009), pp. 31-93.

determinación del juez natural, conforme se colige del art. 264 CPP, al considerar como una excepción de previo y especial pronunciamiento: “a) la incompetencia del juez de garantía”.

El hecho de que en dicho precepto esté prevista tal excepción se explica como una garantía procesal del imputado que tiene derecho a que se revise la competencia del juez natural que debe conocer de la nueva etapa de juzgamiento. La separación de las diversas actividades que realiza el juez de garantía se desprende del art. 14 del COT, cuando señala que a estos jueces corresponderá: “a) asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”; “b) dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal”.

Como se puede apreciar, en el proceso penal acusatorio los derechos del imputado se ejercen dentro de una actividad dinámica, que obliga a diferenciar en la determinación del derecho a juez natural, la actividad de investigación de la de juzgamiento. Conforme al art. 1 de la Ley N° 19.640, ley orgánica del Ministerio Público, a este órgano le corresponde “en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley”.

Dicho de otra forma, estas normas generales no excluyen en el modelo acusatorio que se revise para un caso particular el derecho al juez, que permita que el principio *forum delicti commissi* se convierta en una garantía del imputado para la etapa de juzgamiento.

3. La acusación como elemento que configura el objeto del proceso penal que debe ser juzgado por el juez natural

El acto de la a la acusación en el modelo acusatorio conforma el ejercicio de la acción penal ejercida por el Ministerio Público (o en su caso por el querellante).

Es manifiesto que en el modelo acusatorio la actividad de acusación y juzgamiento se configura como algo diverso, imponiendo al Ministerio Público el deber de actuar a través de sus fiscales ante los órganos juzgadores competentes (jueces de garantías o tribunales del juicio oral) deduciendo la pretensión punitiva ante el juez predeterminado por la ley.

Desde el punto de vista de los derechos del imputado, el ejercicio de la acción penal, en su vinculación con la garantía del juzgamiento por el juez natural, solo se entiende respetado cuando el acto procesal de la acusación se deduce ante el juzgador con competencia conforme a las reglas legales.

A su turno, la competencia solo puede ser concedida por la ley, quedando vedado a otro tipo de norma jurídica, de rango inferior a la ley, regular este presupuesto procesal

(arts. 6.o, 7.o, 63 No 3 y 76 Constitución Política de la República de Chile y art. 108 COT). Como las normas de competencia son de orden público, ellas no pueden ser renunciadas por las partes del proceso penal, ni menos creadas a través de interpretaciones jurisprudenciales.

La aplicación de las reglas de competencia debe llevar, siempre, a determinar la actuación de un juez natural, diferenciando con claridad la diversidad de actuaciones que realiza un juez de garantía que interviene de diversas formas y cumpliendo diversos roles en las actividades de investigar y en la de juzgar que conforman nuestro proceso penal.

En tal sentido, los arts. 157 y 159 del COT obligan a diferenciar la competencia de los jueces de garantía según si actúan en la investigación que realiza el Ministerio Público o proceden al conocimiento del acto de juzgamiento que en el modelo acusatorio comienza como la acusación que origina la audiencia de preparación del juicio oral.

Es importante recordar que al redactarse el Proyecto de Código Procesal Penal se debatió qué opción seguir para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, esto es, si se le encargaba al juez de garantía o al Tribunal oral en lo penal. Se optó por el primero, para garantizar que los juzgadores no tuvieran vinculación alguna con el material que en esa audiencia de depuración pasa a ser el sustento del juicio oral⁴.

Como se puede apreciar, la interpretación de la ley procesal no puede ser realizada al margen de las instituciones técnicas que conforma el modelo acusatorio, donde la actividad de juzgamiento es diversa de la actividad de investigación. Para cada una de ellas, el juez de garantía interviene de diversa forma, debiendo observar, según la terminología del art. 14 del COT, “de conformidad a la ley procesal penal”.

En el derecho procesal penal las garantías formales —como la competencia— constituyen parte esencial del derecho de defensa para el imputado, que en nuestra Constitución reconoce como derecho a no ser juzgado por comisiones especiales. El proceso penal, como el instrumento para aplicar una pena, obliga a observar la legalidad material y procesal fijando, de manera estricta, ante quién se ejerce la acción penal que se contiene en el acto de la acusación, que debe deducirse por el Ministerio Público ante el juez natural o predeterminado por la ley.

Ratifica lo anterior la diferencia reconocida entre la actividad de investigar y la de juzgar, que ya fue destacada tempranamente por el Ministerio Público, tal como consta en el Instructivo N° 55 del Ministerio Público de 2001, en el que se indica que,

la acusación no es una resolución judicial y no puede ser impugnada mediante recursos por el imputado. La manera que tiene éste para enfrentar la acusación, es su defensa en la audiencia de preparación del juicio oral y en el juicio mismo (...) A la misma conclusión se había llegado en el antiguo sistema y la jurisprudencia había señalado reiteradamente que la acusación fuere del fiscal y después de 1927, del propio juez, no era susceptible de recursos procesales y en todo caso no producía un gravamen irreparable ya que el acusado podía ser absuelto en la sentencia definitiva (...) En consecuencia, sería absolutamente errado que el juez de garantía citara a una audiencia distinta que la de preparación del juicio oral para debatir la justicia o legalidad de la acusación que corresponde a una actuación propia de un órgano no jurisdiccional que es el M.P. y que en forma autónoma decide cuándo ejerce la acción penal pública y la sostiene⁵.

Esta diversa naturaleza del acto de la acusación explica la necesidad de controlar para ese caso particular la competencia del juzgador. Esto ha sido admitido incluso por el Tribunal Constitucional en su fallo de 24 de noviembre de 2008, al señalar como algo propio de la etapa preparatoria del juicio oral la posibilidad de alegar la incompetencia del juzgador⁶.

⁴ Sobre el tema, Maturana y Montero (2012), pp. 734-746.

⁵ Ministerio Público, Instructivo N° 55, sobre la acusación del Fiscal. Del querellante Particular y la defensa del acusado, oficio N° 114, 27 de marzo de 2001.

⁶ Tribunal Constitucional, 24 de noviembre de 2008. Rol N° 1029, MJJ18826. Requerimiento de inaplicabilidad. Al respecto se señala que: “Decimoséptimo: Que el requirente representa la posibilidad de que en la audiencia de preparación del juicio oral se invoque la disposición comentada en apoyo a una excepción de previo y especial pronunciamiento. Ese suceso, futuro e incierto, de ocurrir efectivamente podría suscitar la aplicación del precepto. Pero en este proceso constitucional debe calificarse la aplicabilidad de una norma en una gestión judicial en curso —vigente— y no en una eventual, en relación con la cual quienes están legitimados para la acción no pueden ejercerla anticipadamente. La gestión judicial no se equipará a instancia, sino a la precisa actuación de que se trata. En la especie, no hay una gestión pendiente en la que el precepto pueda tener aplicación decisiva, pues ella se encuentra terminada o agotada. Aún más, no se ha cerrado la investigación e, hipotéticamente, puede la Fiscalía no perseverar en dicha investigación, instar por el sobreseimiento o acusar, único evento en que se abre la posibilidad de aplicación del precepto impugnado (si alguno de los imputados opone la excepción de incompetencia).”

4. Tipo penal materia de la acusación del Ministerio Público

La sentencia materia del comentario pone énfasis en el tipo penal materia de la acusación y agrega que el que promueve la incompetencia en la audiencia de preparación del juicio oral debe aportar nuevos antecedentes, que permita[n] determinar que los hechos por los cuales se formula acusación se cometieron en un territorio jurisdiccional distinto al que corresponde al tribunal en que actualmente se encuentra radicado el asunto” (Considerandos sexto y séptimo). Según la Corte de Apelaciones de Santiago,

para arribar a esta conclusión es determinante lo preceptuado por el mencionado artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales. Esta norma establece la regla básica de competencia territorial en materia penal, estableciendo que será competente el tribunal en cuyo territorio jurisdiccional se hubiere cometido el presunto delito, entendiéndose por tal el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución. Atendida la etapa procesal en que se encuentra este proceso, este corresponde al lugar donde se dio comienzo a la acción típica que constituye el delito que es objeto de la acusación.

En nuestra opinión no resulta razonable que la determinación de la competencia quede entregada con preponderancia al problema de fondo contenido en la acusación del Ministerio Público. Nuestro derecho no acepta tal criterio, sino el del lugar de la comisión del hecho, no el del contenido sustantivo de la acusación. Reconducir el debate de la competencia a elementos de fondo introduce el riesgo de que los jueces de garantía tengan que emitir pronunciamientos sustantivos que impliquen prejuicios penales innecesarios, que están fuera de su competencia legal. Quien juzgará el hecho penal es el tribunal oral en lo penal competente y, por tal razón, la determinación de la competencia se debe hacer estrictamente sobre la base del contenido del principio *forum delicti commissi*, que es el del lugar de comisión del hecho como supuesto meramente fáctico, resultando desorbitado emitir un prejuicio sobre el fondo del objeto del proceso.

Desde otro punto de vista, tratándose del ejercicio de la acción penal deducida de manera individual, el imputado-acusado tiene el legítimo derecho a promover la excepción de incompetencia para su juzgamiento personal, si para su situación particular las reglas de determinación del juez natural indican que conforme al principio de la ejecución los hechos que se le imputan fueron cometidos en su domicilio laboral, que puede ser diverso al que pudo determinar, para los fines de la etapa de investigación, reconocer la competencia a un determinado juez de garantía.

Efectivamente, en el modelo acusatorio este nuevo control de la competencia no obsta a que existan pronunciamientos anteriores, toda vez que ellos sólo resolvieron la manera de actuar del Ministerio Público y los jueces de garantía en la etapa de investigación en una situación compleja, conforme a lo dispuesto en los arts., 157 y 159 del COT.

Como el acto acusatorio contiene el ejercicio de la acción penal, si ella se intenta individualmente contra un imputado, con presidencia de otros que fueron investigados de manera conjunta, entendemos que es legítimo promover la incompetencia para que se reconozca el derecho a ser juzgado por el juez donde “se hubiere cometido el hecho que motiva el juicio”.

La interpretación de las normas del proceso penal no puede sino encaminarse a controlar siempre la situación particular del imputado, examinando los antecedentes de hecho que contribuyan a respetar la garantía del juez predeterminado por la ley para esta acusación en particular, resultando ajeno al modelo acusatorio invocar la regla de la radicación de la manera absoluta como se hizo en esta sentencia.

Si existen elementos de hecho para ratificar que el juez natural que debe conocer de una acusación —y realizar la audiencia de preparación del juicio oral— es un tribunal diverso del que actuó con antelación, no existe ninguna limitación para declarar la incompetencia, sino que asiste la obligación de hacerlo para respetar el principio *forum delicti commissi*.

Conclusiones

1. La actividad de determinación del juez competente en el proceso penal acusatorio se debe realizar diferenciando las etapas de investigación y de juzgamiento. Esta última comienza en dicho modelo con la deducción de la acción penal en el acto de acusación, que da comienzo a la etapa de preparación del juicio oral.

2. Si un imputado es acusado individualmente por el Ministerio Público, su estatuto jurídico le permite alegar la incompetencia del juez de garantía ante el cual ha sido presentada ese acto procesal. Tal prerrogativa no se puede ver limitada por los pronunciamientos anteriores sobre competencia, cuando ellos han sido formulados en el marco de una investigación compleja en la que pudo presentarse problemas sobre qué juez de garantía era el competente.

Referencias

- Armenta Deu, T. (1995), *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona: J.M. Bosch.
- Cury, E. (2005), *Derecho Penal. Parte General* (8ª ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Del Río Ferretti, C. (2009), *Los poderes de decisión del juez penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido, M. (2001), *Derecho Penal. Parte General. I*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Guerrero Palomares, S. (2009) *El principio acusatorio* (2ª ed.). Santiago de Chile: Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Maturana Miquel, C. y Montero López, R. (2012), *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Moreno Holman, (2013) L. Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal en *El modelo adversarial en Chile*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional, 24 de noviembre de 2008. Rol N° 1029, MJJ18826.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2017. Rol Corte N° 3125-2017
- Instructivo N° 55, sobre la acusación del Fiscal. Del querellante Particular y la defensa del acusado, oficio N° 114, 27 de marzo de 2001.

Pablo Manterola Domínguez

Universidad de
los Andes, Chile

pmanterola@miuandes.cl

Accionistas de una sociedad anónima que se obligan solidariamente: ¿a quiénes concierne el negocio?¹

(Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de julio de 2016. Rol N° 13439-2015)

Shareholders of a corporation jointly and severally liable: who does the business concern?

(Sentence Court of Appeals of Santiago, July 13, 2016)

Resumen: El comentario analiza la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que resolvió que dos accionistas obligados para con un tercero, lo han hecho en forma simplemente conjunta y no solidariamente como indica el contrato. La voluntad real de las partes habría sido obligarse directamente, porque el negocio concernía a ambos, no obstante tratarse de una venta de las acciones de uno de los dos accionistas. El comentario profundiza en la expresión del art. 1522 del Código Civil chileno: “Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí”, y somete a crítica la sentencia objeto de este estudio.

Palabras clave: obligaciones solidarias, sociedad anónima, pactos de accionistas.

Abstract: The commentary analyzes the sentence issued by the Court of Appeals of Santiago, which ruled that two shareholders bound to a third party, have done themselves simply liable and not jointly and severally liable, as indicated in the contract. The real will of the parties had been to be directly obligated, because the business referred to both, although the contract was a sell of the shares of one of them. The commentary studies the section 1522 of the Chilean Civil Code: “If the business for which the joint and several obligations had been contracted, concerned only to one or some of the jointly and severally obligated, these will be liable each other”, and criticizes the judgement object of this work.

Keywords: solidarity obligations, corporation, shareholders agreement.

¹ El autor actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198). El autor agradece los comentarios de los profesores Alejandro Romero, Hernán Corral y Andrés Erbeta.

El inciso segundo del artículo 1522 del Código Civil formula una distinción entre los codeudores interesados y los codeudores no interesados, a efectos de la contribución a la deuda. Habitualmente, serán codeudoras interesadas las partes del contrato para el que se contrae la obligación solidaria, como si varias personas compran para sí una cosa, y se obligan a pagar su precio. Sin embargo, puede ocurrir que uno de los codeudores no sea parte del contrato, y sin embargo tenga un interés en él: ¿qué sucede entonces? Por otra parte, cuando la compraventa recae en acciones de una sociedad anónima y los codeudores son otros accionistas, la posibilidad de que el negocio les interese reconduce al problema de si, en estas sociedades de capital, es verdaderamente indiferente la identidad de los socios: en otras palabras, qué tan anónima es la

sociedad anónima. Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso que se comentará a continuación.

Creo necesario advertir que —como ocurre frecuentemente— lo más interesante del caso son los hechos que lo constituyen y las preguntas que suscita. En este asunto, la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema rechazó el recurso por ser privativa de los jueces del fondo la determinación de los hechos; la de la Corte de Apelaciones había eludido la cuestión, para interpretar la voluntad real de los contratantes. Solo la sentencia de primera instancia se hizo cargo del problema. En este trabajo abordaré los argumentos de la sentencia de la Corte de Apelaciones, y también la del tribunal de primera instancia, para que el lector cuente con todos los elementos de juicio.

1. Los hechos y la controversia jurídica

La sociedad Desarrollos Inmobiliarios San Antonio S.A. (en adelante, DISA) tiene dos socios: Inmobiliaria Doña Olga Limitada (en adelante, INDOL), que detenta el 80% de las acciones; e Inversiones NYK Limitada (NYK), a la que corresponde el 20% restante. DISA ha sido formada con el objeto de operar un centro comercial en el puerto de San Antonio.

El proyecto hoy comprende dos grandes tiendas, un casino, un hotel y un supermercado, además de otros locales. Sin embargo, hacia el año 2006 existe solo en los planos, y en el hecho de que la sociedad ya ha cerrado un contrato con el concesionario del casino. Faltan personas con experiencia para operar un negocio de esa envergadura y el financiamiento para iniciar la construcción. El tiempo apremia: el contrato con la concesionaria del casino impone plazos para comenzar las obras, pero los bancos no están dispuestos a ofrecer condiciones que DISA pueda aceptar. Los socios acuerdan que es necesario incluir a alguien más, y hay un interesado que no solo puede inyectar recursos en la compañía, sino que tiene experiencia en el rubro: Parque Arauco S.A.

Para hacer entrar a Parque Arauco en DISA, quizás lo

más sencillo habría sido efectuar un aumento de capital. Sin embargo, la empresa ha puesto sus condiciones: en primer lugar, solo le interesa entrar si puede controlar el negocio; en segundo lugar, no está dispuesta a asumir un eventual sobrecosto del proyecto de *mall*, ni directamente ni a través de DISA. Se idea la siguiente fórmula: INDOL vende el 51% de las acciones a Parque Arauco en un precio determinado, pagado en parte al contado y en parte a plazo, con una cláusula de “ajuste de precio”, en virtud de la cual INDOL deberá pagar a Parque Arauco el 51% del mayor costo de las obras. De esta forma, la empresa se hace con el control de la sociedad, y al mismo tiempo queda a cubierto del sobrecosto del proyecto.

NYK se encuentra unida a INDOL por un pacto de accionistas, en virtud del cual la transferencia de acciones se sujeta al consentimiento del consocio, y por esta razón NYK concurre al otorgamiento del contrato. Por otra parte, para garantizar el pago del ajuste del precio, este socio asume la condición de codeudor solidario, en proporción del 20% del ajuste. Y, para mayor garantía, se constituye prenda sobre las acciones tanto de INDOL como de NYK, y no solo sobre las acciones, sino también sobre los dividendos que cada una tuviera derecho a

percibir de DISA y sobre las rentas pagadas a DISA por la concesionaria del casino.

No se equivocó el comprador al exigir estas garantías: el costo real de la obra excedió en más de la mitad el costo proyectado, sin contar algunas mejoras introducidas por el nuevo controlador. El saldo de precio pendiente se hizo absolutamente insuficiente para cubrirlo de modo que, luego de negociaciones entre el acreedor y cada codeudor, INDOL paga a Parque Arauco el 80% de la deuda (compensando la parte del precio pendiente), y NYK paga el 20% restante. Se otorgan sendos instrumentos de transacción y finiquito en beneficio de cada sociedad, que se suscriben en enero de 2010 y febrero de 2011, respectivamente.

En febrero de 2014, NYK deduce demanda de cobro de pesos en contra de INDOL. La acción se fundamenta en el pago de deuda ajena que ha efectuado la demandante, como codeudora solidaria del ajuste del precio de la compraventa celebrada entre INDOL y Parque Arauco. Este contrato constituye un negocio que concierne solamente a INDOL, como vendedora de las acciones en DISA, y del cual NYK no es más que un tercero que ha garantizado la obligación. En ese entendido, no solo puede ejercer la acción de reembolso (art. 1522 del Código

Civil, en adelante, CC), sino subrogarse en los derechos y privilegios de Parque Arauco (art. 1610 CC).

INDOL contesta la demanda, y alega que la demandante era deudora directa (no solidaria), por su proporción en el ajuste de precio: la indicada compraventa era un negocio que le concernía tanto al vendedor como a su socio. Si bien NYK no era parte del contrato, tenía un evidente interés en su celebración, puesto que la entrada de Parque Arauco era la forma de salvar el negocio del centro comercial frente al inminente plazo impuesto por la concesionaria del casino. Se eligió la forma jurídica de una compraventa solo por las exigencias de Parque Arauco: la adquisición del control de la compañía y el ajuste de precio según el sobrecosto de las obras. La idea era que dicho ajuste se prorrateara según la participación de INDOL y NYK en el negocio², y de hecho Parque Arauco trató a uno y otro accionista como codeudores directos de la obligación, otorgando respecto de cada uno transacción y finiquito.

Finalmente, INDOL deduce en subsidio excepción de finiquito. En efecto, aun si debe considerarse que debía la totalidad de la obligación, al recibir finiquito de su acreedora en enero de 2010 se produjo una condonación del 20% no pagado, de tal manera que NYK habría solucionado una deuda extinguida en febrero de 2011.

2. La resolución de la controversia por los tribunales

Como adelanté en la Introducción, me referiré a las sentencias del fondo, ya que la Corte Suprema desechó el recurso intentado contra la sentencia de la Corte de Apelaciones por motivos procesales, y no arroja más luces sobre la cuestión de fondo.

2.1. La sentencia de primera instancia

El juez del 12.º Juzgado Civil de Santiago acogió parcialmente excepción subsidiaria de finiquito, solo por

uno de los tramos del ajuste por sobrecosto del proyecto³. En lo demás, declaró la solidaridad de INDOL y NYK, y la consiguiente subrogación de NYK en los derechos de Parque Arauco, para cobrarse la diferencia en contra de INDOL⁴.

La sentencia distingue dos cuestiones. “La primera, si el demandante se obligó o consintió en no exigir el reembolso de lo pagado por ella a Parque Arauco en su

² Aunque en el contrato se cometió un descuido, porque al indicar que NYK asumía la obligación solidaria por el 20% del 51% del sobrecosto (y no simplemente el 20% del sobrecosto), resulta que su responsabilidad quedó fijada por un 10,2% del sobrecosto, la mitad de lo que correspondía a la relación entre las participaciones de NYK e INDOL (20% y 30% respectivamente, es decir, 2:3).

³ En efecto, el finiquito no comprendía el otro tramo, cuya proporción en el ajuste se pagaría con cargo a los dividendos a que los accionistas tuvieran lugar en DISA: así se pactó en los contratos de transacción.

⁴ La sentencia fue dictada por el 12.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, con fecha 19 de octubre de 2015, “Inversiones NYK Limitada con Inversiones Doña Olga Limitada”, Rol N° 19725-2014. En adelante, la sentencia de primera instancia.

calidad de codeudora solidaria. La segunda cuestión, si, en caso de no haber consentido en lo anterior, la demandada tenía interés en la deuda”⁵. Una cosa es que NYK se pueda considerar deudora directa por una suerte de renuncia al ejercicio del reembolso, y otra que —no acreditado lo primero— pueda considerarse una codeudora interesada en los términos del inciso segundo del art. 1522 CC.

Respecto de lo primero, la sentencia indica que no existe tal renuncia. Si bien INDOL procuró obtener de NYK la suscripción de un “acuerdo privado” en el que se declarase el interés de este accionista en la celebración de la compraventa, esta no llegó a producirse⁶. Nótese que los planteamientos de la demandada y su comprensión por el sentenciador se dirigen a saber si NYK es “deudor directo” del ajuste de precio, es decir, si la obligación es efectivamente solidaria o si por el contrario —y contra lo expresado en el contrato— constituye una obligación simplemente conjunta. El demandante apela a la voluntad real del contrato como criterio de interpretación *ex art.* 1560 CC.

Respecto de lo segundo, la sentencia de primera instancia indica que “la solidaridad pasiva es una caución personal, por lo que la regla general es que el garante de la obligación no tenga interés en la deuda. De este modo, si se alega que sí lo tiene, como lo hace la demandada, debe probarlo”⁷. En este caso, la demandada ha conseguido acreditar que la demandante tenía un interés “en el negocio globalmente considerado, en un sentido más económico que jurídico”⁸, pero este no es el interés a que se refiere el inciso segundo del art. 1522 CC: el contrato concierne al codeudor si jurídicamente es una de sus partes⁹. Al celebrar una compraventa de acciones con codeudora solidaria —en lugar de aumentar de capital de DISA— la vendedora ha

debido asumir las consecuencias jurídicas de esta opción: “ni el demandante ni la demandada pueden considerarse como sujetos de los negocios (en sentido económico) advenedizos, neófitos, novatos o inexpertos”¹⁰. Así, al asumir la posición de vendedora, INDOL se constituye en la única interesada en el precio del contrato.

2.2. La sentencia de segunda instancia

La demandante deduce recursos de casación en la forma y de apelación, y el demandado adhiere a este último. La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de casación y acoge la apelación del demandado, revocando la sentencia de primera instancia en cuanto acoge parcialmente la demanda. Me centraré en los recursos de apelación¹¹.

La Corte sitúa la contienda en el terreno de la interpretación del contrato de compraventa celebrado entre INDOL y Parque Arauco, y suscrito por NYK. La controversia constituye un problema de determinación de la voluntad real de los contratantes, pues la cláusula de “ajuste de precio” es en realidad una forma de resarcir al comprador por el mayor costo del proyecto de propiedad de DISA, que es la contrapartida a las ventajas que supone para DISA —y, a través de ella, a INDOL y NYK— la entrada de Parque Arauco en el negocio¹². Aunque esta cláusula se calificó como “ajuste de precio” por las partes, nada obsta a entender que “la demandante no es un tercero ajeno al contrato de compraventa de acciones [...] existiendo un pacto de accionistas entre los socios de Desarrollos Inmobiliarios San Antonio S.A., [la demandante] autoriza expresamente a la Sociedad vendedora para suscribir el contrato [...] Lo anterior evidencia que la actora tuvo una participación mayor que aquella que reconoce en el libelo pretensor”¹³.

⁵ Sentencia de primera instancia, cdo. 32.º.

⁶ Sentencia de primera instancia, cdo. 33.º.

⁷ Sentencia de primera instancia, cdo. 34.º.

⁸ Sentencia de primera instancia, cdo. 38.º.

⁹ Sentencia de primera instancia, cdo. 34.º.

¹⁰ Sentencia de primera instancia, cdo. 36.º.

¹¹ El vicio de casación en la forma se hace consistir en la omisión de las consideraciones de hecho y de derecho que fundamentan la resolución de la controversia (art. 768 n° 5 en relación al art. 170 n° 4 del Código de Procedimiento Civil). El recurrente de casación afirma que se ha incurrido en este vicio al omitir la valoración de un instrumento, suscrito por una sociedad, aparentemente antecesora de NYK. Sin embargo, la Corte afirma que tal antecedente no altera lo dispositivo del fallo, por cuanto no se indicó la relación que unía al suscriptor de ese documento con la demandante, y consiguientemente rechaza este recurso.

¹² Sentencia de segunda instancia, cdos. 7.º, 9.º y 11.º.

¹³ Sentencia de segunda instancia, cdo. 8.º.

¹⁴ Sentencia de segunda instancia, cdo. 12.º.

De estas razones, así como del contexto en el que se celebró la compraventa de acciones, la sentencia deduce que la voluntad real de los contratantes —incluido NYK— fue que el codeudor se constituyera como deudor directo de la obligación de resarcir a Parque Arauco por los sobrecostos del proyecto. “[L]a formalidad de señalar que «se constituía en codeudora solidaria», fue una exigencia de Parque Arauco S.A. como una forma de justificar la

causa de la obligación asumida”¹⁴. En otras palabras, la obligación no era solidaria, sino simplemente conjunta, pues “[l]a forma jurídica empleada en el ámbito contractual no puede pasar por sobre la intención de las partes al tiempo de obligarse”¹⁵. Como ya se indicó, la Corte revoca la sentencia de primera instancia y rechaza la demanda en todas sus partes, sin costas¹⁶.

3. Comentario a algunos aspectos de este caso

3.1. El negocio concierne a los codeudores por regla general

Como ya se ha dicho, la sentencia de primera instancia señaló que “la solidaridad pasiva es una caución personal, por lo que la regla general es que el garante de la obligación no tenga interés en la deuda. De este modo, si se alega que sí lo tiene, como lo hace la demandada, debe probarlo”¹⁷. Las sentencias de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema no se pronunciaron sobre estas afirmaciones, porque la primera prefirió valorar la voluntad real de las partes y dio por probada la condición de deudor directo del demandante, a lo que la segunda hubo de atenerse. Sin embargo, vale la pena preguntarse si esta afirmación es correcta.

Es indudable que la solidaridad convencional constituye una garantía, sea que se preste por codeudores que de

lo contrario lo serían en forma simplemente conjunta, sea que se preste por un tercero. Esto es claro en el último caso, pero vale también para el primero: la solidaridad del codeudor interesado en el negocio permite al acreedor hacer efectiva la obligación en contra de cualquiera de sus codeudores. En efecto, el patrimonio de cada uno de ellos constituye —en lenguaje del Código— una prenda general, no solo sobre parte de la obligación, sino sobre su totalidad¹⁸.

Pero otra cosa distinta es afirmar que, por regla general, el codeudor solidario no tenga interés en el negocio por el que se contrajo. Leída con detención, la disposición da a entender justamente lo contrario. El inciso primero señala que “[e]l deudor solidario que ha pagado la deuda [...] queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto

¹⁴ Sentencia de segunda instancia, cdo. 12.º.

¹⁵ Sentencia de segunda instancia, cdo. 12.º.

¹⁶ Como se ha adelantado, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, el demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo; ambos fueron rechazados. Por lo que toca a la nulidad del fondo, el demandante invocó, en primer lugar, la vulneración de los arts. 1698 y 1713 CC, ya que —al intentar probar la existencia del interés de NYK en el contrato— la demandada confiesa que la demandante se negó a suscribir aquel “acuerdo privado” por el que se renunciaría formalmente a la acción de reembolso. Esto supone admitir que hasta entonces no se había renunciado la acción. La sentencia no acoge estas razones, pues la sentencia impugnada se limita a valorar la prueba rendida por las partes, facultad privativa de los jueces del fondo. El recurrente invoca también infracción de los arts. 1437, 1442, 1467 y 1545 CC. Según el recurso, la sentencia habría validado una situación de enriquecimiento injusto y carente de causa, al permitir que el precio de una compraventa sea pagado por un tercero ajeno al contrato, sin reconocerle una acción de reembolso. La sentencia desestima este argumento, porque la Corte de Apelaciones ha interpretado el contrato a la luz de la voluntad real de los contratantes, ex art. 1560 y ss. CC: “[l]a sentencia de segundo grado recurre a dichas reglas de interpretación para concluir que el demandante no es un tercero ajeno al contrato de compraventa de acciones y que su rol no es de mero garante” (Sentencia de casación, cdo. 13.º), de modo que no hay vulneración del art. 1545 CC, sino interpretación del alcance del contrato. Así pues, la *ratio decidendi* de la sentencia de casación está en que la valoración de la prueba es privativa de los jueces del fondo, lo que incluye la interpretación del contrato. Los jueces del fondo interpretaron que el demandante era codeudor “directo” (es decir, que la obligación era simplemente conjunta), de manera tal que no le correspondía reembolso por el pago, pues ha pagado su propia deuda.

¹⁷ Sentencia de primera instancia, cdo. 34.º.

¹⁸ Por todos, Somarriva (1943, p. 10).

de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda”. Este enunciado parece ser la regla general: el codeudor que paga solo puede exigir de los demás la parte que a cada uno toca porque, en principio, todos tienen interés en el negocio. El inciso segundo parece entonces una salvedad respecto de la regla anterior: “Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores”¹⁹. La Corte Suprema ha fallado que la regla general es que los codeudores se encuentren interesados en el negocio²⁰.

Por otra parte, cabría llegar a un resultado similar aplicando la regla general de la prueba de las obligaciones (art. 1698 CC). En este caso, el codeudor que ha pagado parte de la deuda debe probar los presupuestos de la subrogación y acreditar que se trata de un codeudor no interesado. Cabe admitir que la condición de no interesado pueda inferirse de la lectura del contrato, pero de ninguna forma esto supone trasladar la carga de la prueba al demandado (Somarriva, 1943, pp. 80-81; Vodanovic, 1970, p. 113).

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago no se vio en la necesidad de hacer este análisis, pues dio por probado que la voluntad real de los accionistas fue obligarse en forma simplemente conjunta, en lugar de indagar si NYK se encontraba o no interesada en la compraventa celebrada entre INDOL y Parque Arauco. Sin duda, este último análisis habría sido el correcto, pero cabe suponer que la Corte lo eludió, al considerar que para ser codeudor interesado es necesario ser parte del contrato. Veamos si esta afirmación es correcta.

3.2. Para ser codeudor interesado no se precisa ser parte del contrato

Para discernir las relaciones en la fase de contribución a la deuda, el inciso segundo del art. 1522 exige determinar si “el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios”. La sentencia de primera instancia entiende en forma estrecha esta disposición: es indiferente el interés de los codeudores “en el negocio globalmente considerado, en un sentido más económico que jurídico”²¹, pues lo relevante es que los codeudores sean partes del contrato²². Salvo inadvertencia de mi parte, la doctrina nacional no se ha planteado esta cuestión²³.

¹⁹ Claro Solar indica que “por regla general se debe presumir que la parte o cuota de cada codeudor es la misma y que cada uno tiene su parte viril; pero el que tenga una cuota menor o no tenga interés personal en el negocio será admitido a probarlo si no aparece del contrato” (2013, p. 403); la presunción se justifica porque “es lo que ordinariamente ocurre” (2013, p. 407). Refuerza esta lectura el estudio de la historia fidedigna de la disposición. El inciso segundo del art. 1522 fue introducido en el Proyecto de 1853. En el Proyecto de 1846-47 solamente figuran los actuales incisos primero y tercero: la norma original es coherente desde un punto de vista lógico, aunque desde el punto de vista jurídico exige la salvedad que Bello introdujo como inciso segundo, con el propósito de adecuar la contribución a la deuda a la situación de los codeudores a quienes el negocio no concierne. Véase el texto de la norma en los proyectos citados, en Bello (1887, p. 424; 1888, pp. 401-402), con los números 73 del Libro IV en el Proyecto de 1846-47, y 1699 en el Proyecto de 1853. Sobre la fuente del inciso segundo en el Proyecto de 1853, véase la nota 26.²⁰ Como se ha adelantado, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, el demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo; ambos fueron rechazados. Por lo que toca a la nulidad del fondo, el demandante invocó, en primer lugar, la vulneración de los arts. 16 del fondo interpretaron que el demandante era codeudor “directo” (es decir, que la obligación era simplemente conjunta), de manera tal que no le correspondía reembolso por el pago, pues ha pagado su propia deuda.

²⁰ Corte Suprema, sentencia de 28 de mayo de 2013, “Otarola Améstica, Alfonso Arnoldo, con Rivas Riveros, Clodomiro del Carmen”, rol N° 7378-2012. La Corte afirmó que “el codeudor que se ha liberado de la deuda [...] dispone de acciones para hacer efectiva la contribución que a cada uno corresponde y que, *en principio*, cabe entender conformada en partes iguales tocantes a cada obligado. Sin embargo, *la regla anterior encuentra excepción* en caso que la prestación debida solidariamente sólo interese a uno de los codeudores solidarios” (cdo. 5.º de la sentencia de casación; el destacado es mío). En este caso, la solución era algo más compleja porque la solidaridad tenía fuente legal: el art. 169 de la Ley N° 18.290 del Tránsito, que establece la responsabilidad solidaria del propietario del vehículo por perjuicios derivados de un accidente, junto con el conductor. Con todo, la Corte no vaciló en aplicar el art. 1522 e indagar el interés de las partes en este “negocio”. En sentido contrario, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que toca al mutuario de un crédito social demandado por su codeudor solidario, probar que a este le concernía el negocio, pues no es suficiente alegarlo: Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2015, “Sociedad Educacional The Garden School Limitada con Cosme Quintanilla Fuenzalida”, rol N° 3384-2014, cita online CL/JUR/3954/2015.

²¹ Sentencia de primera instancia, cdo. 38.º

²² Sentencia de primera instancia, cdo. 34.º

²³ Aunque, al tratar de los codeudores interesados, se piensa inmediatamente en las partes del contrato que crea la obligación solidaria: así, por ejemplo, Víctor Vial (2007, p. 183). Sin embargo, en los comentarios al *Draft Common Frame of Reference*, IV, G, Artículo 1:101,

En primer lugar, es preciso advertir que —una vez más— no se desprende esto de la lectura atenta de la norma. El CC no utiliza la palabra negocio como sinónimo de contrato: cuando la emplea, parece hacerlo sin un sentido técnico preciso²⁴. En cualquier caso, la norma no exige que los codeudores sean parte del negocio ni se refiere al negocio que crea la obligación solidaria: solo debe indagarse si “el negocio *para el cual ha sido contraída* la obligación solidaria, *concernía* solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios” (el destacado es mío). La expresión parece deliberadamente abierta²⁵.

En casos límite, se precisa interpretar qué significa que un negocio concierna a alguien. La terminología de la doctrina civil, que distingue codeudores interesados y no interesados, no acaba de solucionar el problema: ¿basta cualquier interés para considerar que a un codeudor solidario le concierne el negocio? Después de todo, el contrato de fianza supone, al menos ordinariamente, algún tipo de relaciones comerciales o crediticias entre fiador y deudor. Si un fiador concurre a prestar su garantía como codeudor solidario, un interés genérico derivado de sus relaciones con el deudor no parece suficiente para calificarlo como codeudor interesado, porque lo que el texto pide no

es un mero interés, sino que el negocio le concierna. En otras palabras, el interés a que debiera atenderse es un interés más relevante que el que los fiadores suelen tener en los negocios de sus deudores²⁶.

La cuestión no es, como indica la sentencia de primera instancia, si el interés relevante para el inciso segundo del art. 1522 es económico o jurídico. El hecho de que el negocio concierna al codeudor interesado es un dato jurídico, para determinar el cual indudablemente ha de atenderse a las condiciones económicas reflejadas en las estipulaciones del contrato. Me parece que el interés de un codeudor como NYK en la venta de las acciones de INDOL a Parque Arauco cumple con estos parámetros, como argumento en la siguiente sección.

3.3. No siempre es indiferente la identidad de los accionistas en una sociedad anónima

Me parece difícil sostener que NYK haya concurrido como codeudor solidario, con el solo objeto de facilitar la celebración de un contrato que no le concernía y así complacer a su socio. Es verdad que, en el diseño previsto por el legislador, la venta de acciones en una sociedad anónima es un contrato que no afecta a sus

se pone como ejemplo de “*co-debtorship for security purposes*” (análogo a nuestra solidaridad de un no interesado) el mutuo celebrado por un joven médico, con el fin de comprar un costoso instrumento, y al que concurre su mujer, que también es médico y que ejerce en la consulta de su marido. El comentario solo exige que el interés del codeudor sea económico, y que vaya más allá de un mero interés indirecto en que los negocios del mutuuario vayan bien (von Bar, Clive, & Schulte-Nölke, 2009, pp. 2475-2476).

²⁴ La usa como sinónimo de asunto (art. 13), de inversión (art. 1741 y 1760), de situación patrimonial (“estado de los negocios”: arts. 155, 1616 y 1617, 2105, 2468) y más frecuentemente de ocupación, quehacer o trabajo: arts. 44, 65 y en general cuando trata de las curadurías, del mandato (también de la diputación para el cobro), y del giro de sociedades (arts. 1782 y otros en el Título “De la Sociedad”, cuyo art. 2084 expresamente equipara las palabras negocio y giro). Quizás en algunos casos, la palabra negocio se puede interpretar sea como contrato, sea como operación (art. 2094, 2111, y varios al tratar del mandato y de la agencia oficiosa), pero, por el contexto de esas disposiciones, parece más adecuado hacerlo en este último sentido.

²⁵ El Tratado de las Obligaciones de Pothier (1878, pp. 231-235), fuente del equivalente al art. 1522 en el Proyecto de 1853, se pone en la situación de que el acreedor no subroga voluntariamente al codeudor que paga —pues no había subrogación legal—. En esta situación, el autor se pregunta qué acción tiene quien ha pagado. “Esta acción es diferente, según las diferentes causas de donde proceda la deuda” (Pothier, 1878, p. 231): si varios compran algo en común y se obligan solidariamente al pago del precio, entonces entre sí tendrán la *actio pro socio*; “cuando el negocio, por el cual ha sido contratada la deuda por varios que se han obligado solidariamente, no concierne más que á uno de entre ellos [...] aquel á quien el negocio concierna es el deudor principal, y los otros son como sus fiadores” (Pothier, 1878, p. 233), de modo que les corresponde la *actio mandati*; lo mismo si varios donan algo en forma solidaria; si la deuda nace de un delito, en rigor no debieran tener acción, pero se concede una *actio utilis negotiorum gestorum*. En definitiva, Pothier no hace una gran división entre codeudores interesados y no interesados (y mucho menos entre codeudores que son parte del contrato y codeudores que no lo son): solo sugiere atender a la causa de la codeuda para saber qué acción tiene el que ha pagado, y pone algunos ejemplos. Bello toma uno de esos ejemplos, que le parece relevante porque complementa lo ya dispuesto en el inciso primero —lo demás no hace falta, porque sí se concede subrogación legal—, y lo reproduce con la misma amplitud con que lo hacía Pothier.

En un caso resuelto por la Corte Suprema, el trabajador de una empresa solicitó un crédito social a una caja de compensación, instado por su empleador, con el objeto de aplicar los fondos al pago de obligaciones de la empresa. Luego de pagar el crédito, el mutuuario dedujo demanda de cobro de pesos en contra del empleador por el reembolso; los jueces del fondo acogieron la demanda. La Corte desestimó las alegaciones del demandado, que invocó la condición de codeudor no interesado: “si bien es cierto que el contrato de mutuo celebrado entre el actor y la caja de compensación señalada, vinculó solo a dichas partes [...] el *beneficiario real* del préstamo social, lo fue el demandado quien dispuso del dinero para pagar obligaciones propias” (Corte Suprema, sentencia de 3 de diciembre de 2009, “Fajardo con Iriarte”, rol N° 3248-2008, cdo. 7.º; el destacado es mío).

²⁶ Véase el ejemplo que ofrece el comentario del *Draft Common Frame of Reference*, IV, G, Artículo 1:101: n. 22.

demás accionistas porque su identidad es irrelevante: precisamente por esto se llama anónima. Sin embargo, esto no es más que un principio general, porque debe atenderse a la situación concreta. Y la que aquí se examina tiene varios elementos que permiten concluir que la compraventa concernía al otro accionista, porque la identidad de vendedor y comprador no le era en absoluto indiferente.

En primer lugar, INDOL y NYK están unidos por un pacto de accionistas, en virtud del cual se comprometen recíprocamente a transferir sus acciones previo consentimiento del otro. Este es ya un indicio poderoso de que la participación de los accionistas en DISA no es del todo anónima²⁷. Por eso, el hecho de que NYK haya autorizado el contrato sugiere que tenía un interés en su celebración. Los fiadores, a quienes el inciso segundo del art. 1522 asimila los codeudores solidarios no interesados, se limitan a concurrir a prestar su fianza, incluso después de celebrado el contrato. Solo forzando las cosas puede decirse que autorizan el contrato celebrado por el deudor principal.

Por otra parte, la compraventa tiene por objeto una participación suficiente para controlar la sociedad (51%). La autorización que NYK ha prestado para el negocio resulta coherente con la identidad del adquirente (un importante actor en el mercado del giro de la sociedad) y la situación por la que atraviesa la compañía. Si es efectivo —como parece serlo— que la dueña de NYK instó por la celebración de este contrato, entonces no es difícil adivinar cómo el negocio le concernía.

Finalmente, la fórmula del “ajuste de precio” buscaba proteger al comprador del error al presupuestar las obras, un riesgo creado por DISA, sociedad administrada hasta ese minuto por el vendedor y por su codeudor. Parece coherente que sean uno y otro quienes aseguren los riesgos, a cambio de la ventajosa entrada del comprador en la sociedad. La calificación de esta cláusula por las partes como un ajuste del precio no obsta a que interesara a personas distintas del vendedor de las acciones, como acertadamente indicó la Corte de Apelaciones. La función del ajuste no era retribuirle por la cosa objeto del contrato, sino asegurar el riesgo del negocio a un inversionista. Solo así se explica que el vendedor haya podido terminar adeudando una suma a su comprador.

4. Valoración crítica de las sentencias

La sentencia de primera instancia plantea en términos correctos el problema: la pregunta no es —como pretende la demandada— si la voluntad real de las partes era constituirse como codeudores solidarios o directos. Primero, porque la voluntad declarada está formulada en términos tan inequívocos que parece difícil desatenderlos. Y segundo, porque la explicación que ofrece la demandada —la solidaridad se ideó como una forma de dotar de causa a los pagos hechos por la demandante— es insuficiente. Si dos personas son codeudoras de una obligación, y solo una de ellas es parte del contrato que la hace nacer, es indiferente si se han constituido como codeudores solidarios o directos: en uno y otro caso, habremos de indagar la causa —por qué— un tercero

se obliga a satisfacer una obligación ajena. La pregunta correcta es si el negocio le concierne o no al codeudor que no es parte del contrato.

Aunque el planteamiento del problema en la sentencia de primera instancia es correcto, su respuesta me parece errada. Asume una comprensión estrecha del interés relevante a efectos del inciso segundo del art. 1522, y quizás se ve influida por la idea de que la identidad de un accionista es siempre indiferente para los demás socios. De esta forma, el sentenciador asume que el negocio no concierne a otra persona que al vendedor —al menos, desde un punto de vista jurídico—, aunque admite que la lógica y propósitos del contrato indicaban lo contrario.

²⁷ El papel de los pactos como una forma de introducir en el esquema de la anónima la consideración de la identidad de los accionistas (especialmente en sociedades cerradas), ha sido frecuentemente destacado por la literatura. Entre nosotros, véanse Lagos (2014, pp. 62-65) y Ugarte (2016, pp. 16-20).

La sentencia de la Corte de Apelaciones da la impresión de querer corregir este resultado injusto, pero las razones que aduce son poco convincentes. La voluntad real de las partes habría sido obligarse como codeudores directos, aun cuando durante la celebración y ejecución del contrato las partes, debidamente asesoradas en materias jurídicas, comparecen en la calidad de codeudoras solidarias. Si bien el hecho de que el acreedor haya otorgado finiquitos a cada una de las partes por la proporción en que internamente se han obligado, este comportamiento no es concluyente, pues el acreedor de una obligación solidaria puede aceptar pagos parciales de sus codeudores, con o sin reserva de la solidaridad. Con todo, debe admitirse que la sentencia acierta al interpretar que el ajuste de precio concierne no

solo al vendedor, sino también a su codeudor, pues en el fondo no es tanto una forma de determinar el precio como un mecanismo de resarcimiento en favor del comprador.

Y puesto que la sentencia de alzada situó el problema en el terreno de la voluntad real, la Corte Suprema no pudo sino respetar su decisión, puesto que la determinación de los hechos es privativa de los jueces del fondo. Sería deseable que el máximo tribunal encontrara ocasión en la que emitir un pronunciamiento claro sobre el problema de fondo que suscitó este caso: si un codeudor solidario puede ser considerado interesado no obstante no ser parte del contrato, o si por el contrario debemos atenernos a la forma jurídica de que se ha revestido el negocio.

Referencias

- Bello, A. (1887). *Obras completas* (edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Vol. XI). Santiago: Impresor Pedro G. Ramírez.
- Bello, A. (1888). *Obras completas* (edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Vol. XII). Santiago: Impresor Pedro G. Ramírez.
- Claro, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (facsimilar, Vol. V, X). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lagos, O. (2014). El mundo al revés: pactos de accionistas, restricciones a la libre cesibilidad de las acciones y la reforma al artículo 14 de la ley de sociedades anónimas. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, 51-106.
- Pothier, R. J. (1878). *Tratado de las obligaciones*. (S.M.S. [?], Trad.) (Vol. I). Barcelona: Librería de Álvaro Verdaguer.
- Somarriva, M. (1943). *Tratado de las cauciones*. Santiago: Nacimiento.
- Ugarte, J. (2016). *Pactos sobre transferencia de acciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vial, V. (2007). *Manuel de las obligaciones en el Código Civil chileno* (2a ed.). Santiago: Editorial Biblioteca Americana.
- Vodanovic, A. (1970). *Derecho de obligaciones*. Santiago: Ediciones Periodísticas y Estadísticas.
- Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (Eds.). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition. Munich: Sellier. European Law Publishers.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, sentencia de 3 de diciembre de 2009, "Fajardo con Iriarte", rol N° 3248-2008.
- Corte Suprema, sentencia de 28 de mayo de 2013, "Otarola Améstica, Alfonso Arnoldo, con Rivas Riveros, Clodomiro del Carmen", Rol N° 7378-2012.
- Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2015, "Sociedad Educacional The Garden School Limitada con Cosme Quintanilla Fuenzalida", Rol N° 3384-2014, cita online: CL/JUR/3954/2015.

**José
Luis de
Marchena
Vidal**

jldemarchena@
munitaabogados.cl

Reclamo judicial en contra de resoluciones dictadas por la Dirección del Trabajo, que no posean expresamente la posibilidad de recurrir judicialmente en contra de ellas

(Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2017. Rol N° 716-2017)

Legal claim against rulings issued by the Labor Authority, in which there is no specific possibility to appeal

(Sentence Court of Appeals of Santiago, June 23, 2017. Rol N° 716-2017)

Resumen: El presente comentario busca analizar los argumentos dados por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, para arrogarse competencia en una materia en que la ley laboral no se la concede de manera expresa.

Palabras clave: Jurisprudencia-Competencia-Derecho Laboral.

Abstract: This work seeks to analyze the arguments given by the Appeal Court to know about legal matter, in which the labor law has not expressly granted any jurisdiction to the Court.

Keywords: Case Law- Jurisdiction- Labor Law.

1. Resumen de la cuestión

El juicio se refiere a un reclamo judicial presentado por el Sindicato de trabajadores de la Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral (en adelante “el Sindicato”), en contra de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago. Lo judicialmente impugnado es una resolución administrativa pronunciada por el ente administrativo respecto a las objeciones de legalidad planteadas en el proceso de negociación colectiva.

La resolución declaraba que la empresa se encontraba en la situación descrita en el antiguo inciso 3.º del artículo 304 del Código del Trabajo, por tanto, no se encontraba obligada a negociar colectivamente. Es importante tener presente que a esta resolución se llega luego de haber agotado todos los recursos establecidos expresamente al amparo de la Ley N° 19.880, que establece Bases

de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado y específicamente el recurso de reposición que establece el artículo 59 de la citada ley. De esta forma, la Inspección del Trabajo señaló que no procederían ninguna clase de recursos y que el procedimiento administrativo estaba agotado.

El Sindicato demandante, en relación a la competencia de un tribunal laboral para conocer un reclamo judicial como el incoado, invoca la letra e) del artículo 420 del Código del Trabajo, el que señala que serán competencia de los Juzgados del Trabajo “las reclamaciones que procedan contra las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social”.

Por su parte, la Inspección del Trabajo interpuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal. Para esto sostiene que la resolución reclamada por el Sindicato no es una resolución de multa ni una resolución de reconsideración (art. 503 y 512 del CT), ni ninguna de aquellas resoluciones dictadas por la autoridad administrativa laboral, cuyas reclamaciones judiciales están establecidas expresamente en las normas del Código del Trabajo, sino que se trataba de una resolución que resolvió un recurso de reposición, regido por la ley N° 19.880.

En primera instancia, el tribunal laboral acoge la excepción de incompetencia absoluta, señalando que:

(...) en la materia que nos convoca hoy en lo discutido que está señalado en el artículo 304, el legislador no

ha indicado en ninguno de dichos artículos (304 o los siguientes), que dicen relación en cierta medida con la materia discutida, en ningún caso indicó que la resolución final o alguna de las resoluciones dictadas por la Dirección del Trabajo dentro de la discusión propia que pudiera someterse a su conocimiento en relación a si pueden negociar colectivamente en este caso, el Sindicato reclamante, *el legislador laboral no previó la posibilidad de que pudiera ser reclamable judicialmente la decisión que adoptara el servicio público en relación a la posibilidad de negociar colectivamente no* (lo destacado es nuestro).

Ante esta resolución, y por haber sido dictada la misma en audiencia preparatoria, el Sindicato reclamante interpuso recurso de apelación para que fuera resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago.

2. La decisión de la Corte

La Corte revoca la resolución que acoge la excepción de incompetencia absoluta. En este sentido, considera que los Juzgados de Letras del Trabajo sí son competentes para conocer de reclamos interpuestos en contra de resoluciones dictadas por la autoridad laboral. Lo anterior se estima aun cuando no se trate resoluciones de multa ni reconsideraciones, ni en el supuesto de que no exista norma especial que establezca la posibilidad de recurrir. A este respecto, la Corte afirmaba:

4.º) Que, sin embargo, la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, ha sostenido lo contrario, y corresponde por tanto, tener en consideración que el artículo 420 del Código del Trabajo, en su letra b), dispone que: ‘Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo’ y en la letra e) entrega competencia a los mismos tribunales para conocer de ‘Las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social’, debiendo entenderse las expresiones ‘que procedan’ en su sentido natural y obvio, esto es, como sinónimo de ejercicio de una acción de reclamo. A

ello se une la disposición del artículo 391 del mismo cuerpo legal, que se encuentre en el Libro IV, relativo a la Negociación Colectiva, cuyo contenido es del siguiente tenor: ‘Será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de este Libro el Juzgado de Letras del Trabajo del lugar en que se encuentre la empresa, predio o establecimiento sujeto al procedimiento de negociación colectiva, sin perjuicio de las excepciones legales que entreguen el conocimiento de estos asuntos a otros tribunales’, norma que, como se aprecia, conduce también a concluir que la materia que dio lugar a esta causa, por estar regulada en el Libro Cuarto del Código del Trabajo, es reclamable ante los Juzgados de Letras del Trabajo.

Al mismo tiempo, la Corte fundamenta su rechazo a la excepción de incompetencia absoluta en el artículo 76 de la Constitución (principio de inexcusabilidad) en cuya virtud, “reclamada la intervención de un tribunal, éste no puede excusarse de ejercer su autoridad, ni aun a pretexto de no haber ley que resuelva el asunto” y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que señala que: “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, los tribunales de justicia no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

3. Comentario de la sentencia

Resulta relevante el criterio sostenido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago debido a que nuestro Código del Trabajo regula una serie de actuaciones de la autoridad administrativa laboral, las cuales no tienen regulada expresamente la posibilidad de recurrir de su decisión ante el órgano jurisdiccional, por lo que el margen de interpretación judicial respecto a la competencia de un eventual reclamo judicial es amplio.

Así ocurre, por ejemplo, con la facultad de la Dirección del Trabajo de establecer y regular un sistema especial de regulación de horas de trabajo (artículo 33), con la sanción de parte de la administración en caso de que el trabajo en descanso dominical para empresas no exceptuadas de este descanso, no se realice únicamente en casos de fuerza mayor (artículo 37), con la impugnación o exigencias de modificación al reglamento interno (artículo 153) o con los muy de moda servicios mínimos (artículo 360), respecto de los cuales hemos visto, en el último tiempo, decisiones judiciales totalmente contradictorias, declarándose algunos magistrados competentes para conocer los reclamos y otros no¹.

La decisión de la Corte deja abierta la opción de reclamar ante la justicia ordinaria toda decisión emanada del órgano administrativo laboral, decisión que es concordante con fallos anteriores en materias similares, donde se ha señalado que "(...) toda contienda entre un particular y la autoridad administrativa, que signifique una definición permanente respecto de las expectativas del primero, como es del caso, puede llegar a ser conocida por los Tribunales de Justicia"². Por su parte, la

Excelentísima Corte Suprema también ha reconocido el derecho a reclamar judicialmente resoluciones dictadas por la Dirección de Trabajo cuando las mismas no contemplen un reclamo judicial expresamente regulado, argumentando que "la jurisdicción no puede negarse"³.

El fallo en comento nos parece correcto, ya que encuentra amparo legal en normas constitucionales y orgánicas, en el artículo 420 letra e) del Código del Trabajo y también es respetuoso del Estado de derecho, en el que todo acto potestativo debe poder ser sujeto de control jurisdiccional (Arancibia, 2011, p. 170).

Además de lo señalado, la sentencia y su decisión relativa a la impugnabilidad de las resoluciones dictadas por la Dirección del Trabajo es respetuosa del principio de impugnabilidad de los actos administrativos⁴ en virtud del cual todos los actos emanados de la administración del estado deben ser impugnables. Un reciente fallo dictado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta desarrolla perfectamente los motivos por los cuales las decisiones de —en este caso— la Inspección del Trabajo (como órgano de la administración) deben ser revisadas judicialmente, ya que, señala, no es posible presumir que decisiones de la autoridad "reúne (n) inexorablemente condiciones de presunción de legitimidad y exigibilidad"⁵, por lo cual, con la posibilidad de recurrir judicialmente de una resolución administrativa, es un tercero imparcial el que determina, confirmando o rechazando, la legitimidad que todo acto emanado de la administración del Estado debe tener.

¹ 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, I-371-2017, y 1.º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, I-343-2017.

² Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, Causa Rol No 49-2016.

³ Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol 10.466-2013.

⁴ "Enseguida, cabe agregar que conforme lo establece el inciso segundo del artículo 3º de la ley No 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, la Administración del Estado deberá observar, entre otros, el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, imponiéndole, por ende, tanto la prerrogativa como el deber de revisar la juridicidad de sus decisiones, en tanto que su artículo 10 dispone que 'los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley', siendo pertinente añadir que entre las finalidades de tal impugnación se encuentra, desde luego, la de dejar sin efecto los actos emitidos, por ser contrarios a derecho." Contraloría General de la República, Dictamen No 39979 de 19 de Julio de 2010.

⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 15 de septiembre de 2017, Rit S-2-2017.

Referencias

Arancibia, J. "Los puntos de prueba en los litigios de impugnación de actos administrativos", en *La Prueba en la Litigación Pública*, Librotecnia, 2016, pp. 161-190.

Contraloría General de la Republica, Dictamen No 39979 de 19 de Julio de 2010.

Jurisprudencia

Corte Suprema, Causa Rol N° 10.466-2013.

Corte de Apelaciones de Rancagua, Causa Rol N° 49-2016.

Sentencia del 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, I-371-2017

Sentencia 1^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, I-343-2017.

Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 15 de septiembre de 2017, Rit S-2-2017

**Oscar
Olivares
Jatib**

olivaresjatib@gmail.com

La terminación del contrato de trabajo del personal no docente por razones de salud incompatibles con el desempeño del cargo
(Corte Suprema, 22 de septiembre de 2015, Rol No 24.090-2014)

The termination of the employment contract of non-teaching staff for health reasons incompatible with the performance of the position
(Supreme Court, September 22, 2015, Rol No 24.090-2014)

Resumen: El presente comentario efectúa una crítica a la jurisprudencia laboral relacionada con la terminación del contrato de trabajo del personal no docente del sector municipal regido por la ley N° 19.464, por razones de salud incompatibles con el desempeño del cargo. Específicamente se estudia el fallo dictado por el 2.º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la causa Rit T-786-2016, y las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema de Justicia, que se pronunciaron sobre el caso objeto de estudio.

Palabras clave: Personal no docente, estatuto mixto, salud incompatible.

Abstract: This comment makes a criticism of the labor jurisprudence related to the termination of the work contract of the non-teaching staff of the municipal sector governed by Law N° 19.464, for health reasons incompatible with the performance of the position. Specifically, the ruling issued by the 2º Labor Court of Santiago, in the case of Rit T-786-2016, and the rulings of the Court of Appeals of Santiago and the Supreme Court of Justice, which ruled about the case under study.

Keywords: Non-teaching staff, mixed status, incompatible health.

En el ordenamiento chileno la condición de trabajador público¹ se adquiere mediante un acto administrativo de nombramiento adoptado por la autoridad competente y se le pone término, siempre que exista causa legal, con las mismas formalidades.

Este régimen de derecho público, preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado, gobierna, por regla general, las relaciones laborales entre los funcionarios de la administración central o descentralizada y el órgano a que pertenecen, como sucede con los trabajadores

¹ En este comentario usaremos indistintamente las expresiones “trabajador”, “funcionario”, “empleado”, “funcionario público”, “empleado público” y “trabajador público”, para referirnos a todos aquellos que prestan servicios remunerados al interior de la administración pública chilena.

sujetos al estatuto administrativo general (ley N° 18.834) y al estatuto administrativo para funcionarios municipales (ley N° 18.883). A este modelo de relaciones laborales se le conoce como *régimen funcional* o *régimen estatutario*.

Con todo, encontramos al interior del aparato público algunas categorías de trabajadores que no se rigen por esos cuerpos estatutarios, sino que por el Código del Trabajo². En estos casos la relación laboral se caracteriza por la *voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución* de la prestación de servicios (López, 1995, p. 236). Un ejemplo es el *personal no docente* regido por la ley N° 19.464³.

Estos funcionarios se encuentran sometidos a un estatuto mixto. Por una parte, se les aplica el CdT en lo que respecta a descansos, horarios, protección a la maternidad y vacaciones, y por otra, están afectos en cuanto a permisos y licencias médicas, a las normas establecidas en la ley N° 18.883.

El presente comentario estudia el fallo dictado por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago con fecha 27 de diciembre de 2016, en la causa Rit T-786-2016, y las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago del 18 de mayo de 2017, Rol 172-2017, y Corte Suprema de Justicia, del 8 de noviembre pasado, Rol 30.336-2017, que se pronunciaron sobre la acción de tutela de derechos fundamentales y demanda por despido injustificado deducidas por una educadora de párvulos regida por la ley N° 19.464, que fue separada por la Municipalidad de Independencia por salud incompatible con el desempeño del cargo, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 147 y del artículo 148 del estatuto administrativo para funcionarios municipales.

Lo relevante de este caso es que es la primera vez que los tribunales de justicia deben decidir, dada la existencia de un régimen mixto, si aplicar la legislación laboral o la funcional para ponerle término a un contrato de trabajo, con todas las consecuencias que ello significa. Optar por uno y no por el otro es un asunto de la máxima importancia. La legislación laboral trae aparejada estabilidad, en cambio la funcional conlleva precariedad.

1. Análisis del fallo

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario señalar que *personal no docente* es todo aquel que desempeña funciones de carácter profesional, de paracencia y de servicios auxiliares. La primera corresponde a aquella que realizan los profesionales no afectos a la ley N° 19.070 (estatuto docente) para cuyo desempeño deberán contar con un título de una carrera de, a lo menos, ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocidos por este. Los segundos, en tanto, son todos

los que cuentan con licencia médica o con un título de nivel técnico y ejercen funciones complementarias a la labor educativa, dirigida a desarrollar, apoyar y controlar el proceso de enseñanza-aprendizaje, incluyendo las labores de apoyo administrativo necesarias para la administración y funcionamiento de los establecimientos. Por último, personal de servicios auxiliares son los que disponen de una licencia de educación media y prestan labores de cuidado, protección, mantención y limpieza de los establecimientos.

² En adelante CdT.

³ Otro caso de trabajadores públicos sujetos a un estatuto mixto, son los dependientes de los centros de atención primaria de salud municipal (CESFAM). La ley N° 19.378, que establece su estatuto funcional, contiene un título I sobre normas generales del régimen laboral de estos empleados, y en su artículo 4.º dispone que: "en todo lo no regulado expresamente por las disposiciones de este Estatuto, se aplicarán, en forma supletoria, las normas de la ley N° 18.883, Estatuto de los Funcionarios Municipales.

El personal al cual se aplica este Estatuto no estará afecto a las normas sobre negociación colectiva y, sobre la base de su naturaleza jurídica de funcionarios públicos, podrá asociarse de acuerdo con las normas que rigen al sector público.

Nº obstante, en materia de concursos, jornada de trabajo, feriados y permisos, a los profesionales funcionarios a que se refiere la ley N° 15.076, les serán aplicables, supletoriamente, las normas de dicho cuerpo legal, en cuanto sean conciliables con las disposiciones y reglamentos de esta ley".

Este personal, de acuerdo con el artículo 14 de esa ley, podrá ser contratado a plazo fijo o indefinido.

Ahora bien, los hechos del caso son los siguientes. Con fecha 30 de enero de 2013, la profesional (cuyo nombra omitiremos) y la Municipalidad de Independencia celebraron un contrato de trabajo a plazo fijo hasta el 31 de julio de 2013, en que la trabajadora se obligaba a ejercer la función de educadora de párvulos en la sala cuna Presidente Balmaceda, bajo una jornada de trabajo de 44 horas semanales. La empleadora pagaría por tales servicios una remuneración de \$779.394 mensuales.

El día 19 de agosto de 2013, las partes suscriben un nuevo contrato de trabajo modificando la duración de la convención, que pasó a indefinida.

Posteriormente, entre el 31 de julio de 2014 y el 2 de mayo de 2016, la trabajadora hizo uso de licencia médica por 582 días en forma ininterrumpida. Ante lo cual, la empleadora, en uso de la facultad prevista en la letra a) del artículo 147 y en el artículo 148 del estatuto administrativo para funcionarios municipales, dispuso el término de sus servicios a contar del 31 de mayo de ese año por salud incompatible y declaró vacante el cargo.

Acto seguido, la funcionaria deduce denuncia de tutela derechos fundamentales alegando vulneración de las garantías contempladas en los artículos 2 y 485 del CdT. Solicita que se declare que el despido de que fue objeto es discriminatorio y se condene a su ex empleadora al pago de una indemnización equivalente a 11 meses de remuneración. En subsidio, interpuso demanda por despido injustificado y reclama el pago de prestaciones.

La Municipalidad en su contestación sostuvo que su actuar se ajusta a derecho, pues es la misma regulación la que permite declarar vacante un cargo cuando el trabajador haya hecho uso de licencia médica en un lapso discontinuo superior a los seis meses en los últimos dos años.

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en su sentencia de fondo del día 27 de diciembre de 2016, resolvió la controversia en base a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, reconoce la virtualidad del procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo

485 del CdT para conocer de los actos de discriminación a que se refiere el inciso 4.º del artículo 2.º ese cuerpo legal (con excepción de la discriminación en las ofertas de trabajo), y que si dicha vulneración se hubiere producido con ocasión del despido, conforme con el inciso 2.º del artículo 485 de ese mismo código, el trabajador afectado tendrá legitimación activa para recabar su tutela (considerando octavo).

En segundo lugar, el tribunal entiende que de acuerdo con la función social del trabajo, recogida en el citado artículo 2.º del CdT, el legislador prohíbe todo acto fundado en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (considerando octavo).

Es interesante destacar que el catálogo de causales discriminatorias recogidas en esa disposición, fue complementado con el numeral 1 del artículo 1.º de la ley N° 20.940, del 8 de septiembre de 2016, que modernizó el sistema de relaciones laborales e introdujo a continuación de la expresión “ascendencia nacional”, la frase “situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad”.

De todas maneras, no parece conveniente la técnica legislativa utilizada en el CdT de ir agregando a la disposición del artículo 2.º inciso 4.º de este cuerpo legal criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que ello obligaría a actualizar constantemente esta norma, considerando que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son ilimitados. Además, esta práctica seguida por el legislador nacional pierde de vista el claro mandato del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política, que prohíbe toda discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad (Caamaño, 2005, p. 74)

En este sentido, la regla del inciso 4.º del artículo 2.º del CdT no contendría un catálogo taxativo o cerrado de

conductas discriminatorias, sino que dichas conductas constituirían una categoría sospecha de discriminación (Vial, 2013, p. 187).

Para el tribunal no existe vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido en el caso reclamado, ya que se trata de “la existencia de una discriminación por un factor (salud) que el legislador expresamente no ha previsto como constitutivo de un acto vulneratorio” (considerando octavo), razón por la cual rechaza la acción.

A continuación, la sentencia se avoca al análisis de la demanda subsidiaria por despido injustificado. Al respecto señala que

atendida las funciones que desempeñaba la demandante y la naturaleza jurídica de su empleadora se determina la procedencia de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 19.464, norma que establece que “El personal de asistentes de la educación de los establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades o por corporaciones privadas sin fines de lucro creadas por éstas, no obstante regirse por el Código del Trabajo, estará afecto en cuanto a permisos y licencias médicas, a las normas establecidas en la ley N° 18.883 y sus remuneraciones se reajustarán en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajusten las remuneraciones del sector público, siendo dicho reajuste de cargo de su entidad empleadora”.

La citada norma es clara en el sentido de que la regulación del término de la relación laboral existente entre las partes debe verificarse conforme a la regulación contenida en el Código del Trabajo, texto legal que contempla como una de las hipótesis de término el despido, esto es la voluntad unilateral del empleador de poner término al contrato de trabajo, decisión que puede ser impugnada por el trabajador

desvinculado (Considerando décimo).

El considerando transcrito interpreta el artículo 4.º de la citada ley N° 19.464 en el sentido de que el término de la relación laboral del personal no docente se rige por el CdT y no por el estatuto administrativo para funcionarios municipales. Lo que en mi opinión es razonable.

El problema se presenta en que considerandos anteriores había afirmado el tribunal que no existe afectación al derecho a la no discriminación por motivo de salud en la legislación laboral. Esta interpretación literal, no del todo precisa, se extrae del catálogo de conductas discriminatorias del artículo 2.º del CdT, donde no se incorpora la causal de discriminación por razones de salud. Por el contrario, una interpretación sistemática y pro operario nos hace inferir que el CdT no autoriza ponerle término a los servicios del trabajador cuando a este lo aqueja una enfermedad, salvo en casos calificados⁴. Incluso se prohíbe invocar necesidades de la empresa o desahucio cuando el trabajador está sujeto a licencia médica por enfermedad profesional o accidente común (artículo 161, inciso 3.º del CdT).

Para el 2.º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago aunque

es cierto que la cantidad y extensión de las licencias médicas otorgadas a la demandante configuran lo regulado en el artículo 148 de la Ley 18.883 que establece que el uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, faculta al Alcalde de una Municipalidad para considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, situación que lo habilita para declarar vacante el cargo en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 letra a) del mismo texto legal, situación que determina que el funcionario a quien afecte tal decisión cesará en su cargo en conformidad a lo preceptuado

⁴ El artículo 152 del CdT establece que en los casos de enfermedad del trabajador de casa particular, el empleador deberá dar de inmediato aviso al organismo de seguridad social respectivo y estará además, obligado a conservarle el cargo, sin derecho a remuneración, por ocho días, si tuviera menos de seis meses de servicios; durante quince días, si hubiera servido más de un semestre y menos de un año, y por un período de hasta treinta días, si hubiera trabajado más de doce meses.

Toda enfermedad contagiosa, clínicamente calificada, de una de las partes o de las personas que habiten la casa, da derecho a la otra parte para poner término al contrato.

en el artículo 144 también de la Ley 18.883, sucede que tales normas son las aplicables a los funcionarios municipales a los que expresamente se refiere la referida Ley 18.883, entre los cuales no se encuentra la demandante, la que está sujeta a una regulación distinta en lo relativo al término de su contrato laboral, concretamente en su caso son aplicables las normas contenidas en el Título V del Libro I del Código del Trabajo (artículos 159 a 178), las que no reconocen como causal de término del contrato de trabajo la circunstancia de que a la trabajadora se le hayan otorgado licencias médicas por un periodo acumulado superior a seis meses en un lapso igual o menor a los dos últimos años trabajados (considerando undécimo).

A su juicio, el cese de los servicios del personal no docente se rige por las normas contenidas en el Título V, de la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, del Libro I del CdT (artículos 159 a 178) y la remisión que el artículo 4.º de la ley N° 19.464 hace a la N° 18.883 debe interpretarse restrictivamente, “es decir que la remisión es aplicable a los casos expresamente previstos, esto es al otorgamiento y uso de permisos y licencias médicas, pero no para la regulación del término de la vigencia del contrato laboral” (considerando décimo, parte final). Lo que lo lleva a acoger la acción por despido injustificado.

Queda claro entonces que el contrato de trabajo del personal no docente llega a su fin únicamente en virtud del Título V del Libro I del CdT, y no por lo dispuesto en el artículo 147 letra a) de la ley N° 18.883. Opinión que comparto.

Pese a lo resuelto ambas partes recurrieron de nulidad a la Corte de Apelaciones de Santiago.

La demandante alegó que la sentencia impugnada habría sido dictada con infracción de ley, causal prevista en el artículo 477 del CdT, lo que afectó sustancialmente la decisión del fallo al interpretarse indebidamente el artículo 2.º del CdT, en el sentido de que esa disposición

no contempla la discriminación basada en motivos de salud.

La décima sala del tribunal de alzada, con fecha 18 de mayo de 2017, rechazó el recurso por esa causal pues

la recurrente no estaba en condiciones de seguir prestando de manera personal y continua su trabajo, desde que había perdido la salud compatible con el cargo, faltando así uno de los requisitos indispensables que exige el legislador en orden a que los funcionarios públicos deben tener una salud que les permita desempeñar la función que les ha sido asignada (Considerando segundo).

Por su parte, la demandada, quien invocó también la causal del artículo 477 del CdT para fundar su recurso, reclamó infracción a la norma contenida en el artículo 15 de la ley N° 18.020, y al artículo 4.º de la ley N° 19.464.

La disposición del artículo 15 de la citada ley N° 18.020 establece que los trabajadores de la administración civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley N° 2.200, de 1978, y sus disposiciones complementarias, y que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233 del decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización.

La Corte de Apelaciones de Santiago, para efectos de determinar el sentido y alcance de la regla antedicha, recurre a la doctrina administrativa de la Contraloría General de la República, que sostiene que la referencia al decreto ley N° 2.200 —ya derogado— ha de considerarse efectuada al actual CdT, mientras que el decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, corresponde al antiguo estatuto administrativo, el cual fue sustituido por la ley N° 18.834, y en materia municipal, por la ley N° 18.883. De igual modo, el antiguo artículo 233 letra c) del D.F.L. N° 233 equivale al actual artículo 148 de la ley N° 18.883⁵.

Este último precepto señala que el alcalde podrá

⁵ Aunque la corte de alzada no cite ningún pronunciamiento jurídico emitido por Contraloría General de la República, esa doctrina administrativa se encuentra recogida, entre otros, en los dictámenes N.ºs 35.730, de 2010 y 22.833, de 2015.

considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, que el funcionario haya hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

El tribunal vincula esta norma con la letra a) del artículo 147, de ese cuerpo estatutario, que autoriza la declaración de vacancia, entre otras, por salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo (considerando décimo).

A diferencia del recurso deducido por la trabajadora, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó necesario acoger este recurso, porque a su parecer

si bien es cierto que la regla general es que al personal no docente se le aplica el Código del Trabajo, por lo que —en principio— el término de la relación laboral debe supeditarse a éste, no lo es menos que por aplicación del citado artículo 15 de la ley N° 18.020, que viene a reafirmar el estatuto mixto al que se encuentran sujetos los trabajadores no docentes, también resulta procedente la declaración de vacancia por salud irrecuperable o incompatible con el ejercicio del cargo (considerando undécimo).

En consecuencia, y atendida la disparidad de criterios en la resolución del caso, la trabajadora recurrió de unificación de jurisprudencia a la Corte Suprema de Justicia.

La cuarta de sala de ese máximo tribunal (integrada por los ministros Ricardo Blanco, Andrea Muñoz, Carlos Cerda y los abogados integrantes Jaime Rodríguez y Jorge Lagos) con fecha 8 de noviembre de 2017 se pronunció rechazando el recurso.

Su decisión se justifica en que no existen fallos contradictorios sobre la materia de derecho de alegada y en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la ley N° 18.020. En palabras del máximo tribunal

la situación planteada en autos no es posible de homologar ni asimilar con la de los fallos que han servido de sustento al recurso extraordinario que se somete al análisis de esta Corte. En efecto, si bien en el conflicto jurídico que abordan todas las resoluciones dice relación con determinar la procedencia de aplicar al personal para docente de un establecimiento municipal la causal de vacancia del cargo por salud incompatible, el fallo recurrido resuelve sobre la base de estimar aplicable el artículo 15 de la Ley N° 18.020, en tanto que aquellos que se citan como contraste no contienen un análisis de esta disposición que permita contrastarlo con lo decidido en estos autos, sino que razonan respecto de lo que establece el artículo 4 de la Ley N° 19.464 (Considerando octavo)⁶.

Tal veredicto contó la disidencia del ministro Ricardo Blanco y del abogado integrante Jorge Lagos, quienes estaban por acoger el recurso, dado que

al personal paradocente, asistente de la educación de los establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades, se les aplican las normas de los artículos 110 a 112 de la Ley N° 18.883, ubicados en el párrafo 4.º del Título IV denominado: “Derechos Funcionarios”, por disposición del artículo 4.º de la Ley N° 19.464, quedando excluido el artículo 148 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que está ubicado en el Título VI: “De la Cesación de Funciones”, de manera que el ya mencionado artículo 4.º de la Ley N° 19.464 no habilitaba a la Municipalidad de Independencia para declarar vacante el cargo servido por la actora (considerando décimo del voto particular).

Creo que esta interpretación es la correcta, toda vez que al *personal no docente* únicamente se les aplica el párrafo 4.º del Título IV, de los “Derechos Funcionarios”, de la ley N° 18.883, por mandato del artículo 4.º de la ley N° 19.464, y no el título VI de ese cuerpo estatutario como erradamente razonó el voto de mayoría.

⁶ Las sentencias de la Corte Suprema que fueron invocadas por la recurrente corresponden a la del 15 de mayo de 2013, Rol N° 9.013-2012, y a la del 22 de septiembre de 2015, Rol N° 24.090-2014.

2. Conclusión

Ha quedado en evidencia que al interior del aparato público chileno hay algunos trabajadores que se ubican en una zona fronteriza entre el régimen funcional y la legislación laboral, lo que perjudica gravemente su estabilidad en el empleo. Preferir un cuerpo legal por sobre otro, al momento de ponerle término a sus servicios, no es un asunto baladí. En el caso estudiado hay una inclinación natural por parte de la judicatura

laboral hacia el régimen funcional, salvo en la disidencia expuesta. Entender lo contrario es torcer la letra de la ley y prescindir del CdT, que es el cuerpo normativo que regula las relaciones laborales de estos trabajadores públicos con el organismo público que contrató sus servicios. Este criterio jurisprudencial deber ser revisado y modificado en lo sucesivo.

Referencias

- Gaamaño, E (2005). *El derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago: LexisNexis.
- López, J (1995). *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Civitas.
- Vial, T (2013). *La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento*. Anuario de Derechos Humanos.

Julio Rojas Chamaca

Universidad de los Andes, Chile.

jrojaschamaca@gmail.com

Caso del extranjero ilegal y derogación tácita de preceptos preconstitucionales

(Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2016, Rol N° 35.236-2016)

Illegal foreign case and unwritten abolition of pre-constitutionals precepts

(Supreme Court, August 20, 2016, Rol N° 35.236-2016)

Resumen: El presente trabajo analiza una sentencia de la Corte Suprema que derogó tácitamente el art.76 del D.L. N° 1.094 de 1975, dado que en su opinión el contenido de la norma era incompatible con la Constitución posterior. Para la Corte, el precepto preconstitucional perdió su vigencia y, en consecuencia, en uso de sus potestades jurisdiccionales estimó no aplicarlo para el caso particular.

Este fallo reflató una discusión relevante, ya que, sobre las leyes preconstitucionales aún no existe un acuerdo en la doctrina y jurisprudencia sobre el tribunal competente para conocer de este fenómeno. En efecto, para el Tribunal Constitucional lo anterior se conoce como inconstitucionalidad sobrevinida, siendo tal jurisdicción quien de manera exclusiva puede establecer la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de leyes sean pre o post constitucionales.

Palabras clave: Leyes preconstitucionales, derogación tácita, Corte Suprema.

Abstract: This work analyses a sentence of the Supreme Court that tacitly abolished the art. 76 of the D.L. N° 1.094, 1975, provided that, in his opinion, the content of the rule was not compatible to the posterior Constitution. According to the Court, the pre-constitutional precept lost validity and, in consequence, in use of his jurisdictional authority, estimated not to apply it in this particular case.

This case re-established a relevant discussion, because about the pre-constitutionals laws there is not yet an agreement with regard to the doctrine and jurisprudence of the proper court to know about this phenomenon. In fact, to the Constitutional Court, this is well known as unconstitutional supervene, being such jurisdiction the only one that can establish the inapplicability or unconstitutionality of laws pre or post constitucionals.

Keywords: Pre-constitutional legal precepts, tacit derogation, Supreme Court.

La Corte Suprema, con fecha 30 de agosto de 2016, en votación dividida¹, acogió un recurso de protección y declaró arbitraria e ilegal la decisión del Registro Civil de impedir el matrimonio entre una chilena y un húngaro, por no tener esta residencia legal en Chile.

Según da cuenta el voto de mayoría, la normativa que establecía esta exigencia, art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, en la actualidad no está vigente, por ser contraria a normas posteriores de rango superior, reguladas en la Constitución Política, en concreto, la igualdad ante la ley como la igual protección en el ejercicio de los derechos. De igual manera, la Corte razonó que se vulneraba el art. 17.2 de la Convención Americana, en cuanto al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, incorporada en nuestro ordenamiento, a través del art. 5 inc. 2 de la Constitución.

El fallo es relevante de analizar, por las siguientes consideraciones: (a) los tribunales deben ejercer jurisdicción conforme al derecho aplicable y para tal efecto, recurren a todo el sistema de fuentes del ordenamiento, dentro de la cual está la Constitución, por lo que cabe preguntar ¿la jurisdicción ordinaria tiene exclusiones de usar dicha norma para fundar sus resoluciones? (b) la Corte Suprema estimó que, en la

especie, cesó la vigencia del art. 76 y, por lo tanto, lo que declaró en su sentencia, fue constatar la derogación tácita del precepto legal cuestionado, dado que su contenido era incompatible en su integridad con un conjunto de disposiciones posteriores previstas en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta sentencia generó controversia, puesto que la Corte Suprema, como tribunal ordinario, optó por no aplicar una norma previa por considerarla contraria a la Constitución, aun cuando el control de constitucionalidad de leyes lo asume el Tribunal Constitucional, quien reclama la competencia para conocer de este fenómeno que en la doctrina es llamado inconstitucionalidad sobrevenida.

En tal consideración, el propósito de este comentario de jurisprudencia es dilucidar si los tribunales ordinarios pueden aplicar normas como la Constitución para la resolución de un conflicto en el ámbito de su competencia, como además, analizar si el precepto preconstitucional (art. 76) pierde vigencia o bien es inválido con relación a la Constitución posterior. Es preciso adelantar que no existe un solo punto de vista definitivo que se haga cargo del tribunal competente, por lo que se puede concluir que es un caso inédito de concurrencia de atribuciones entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional en Chile.

1. Antecedentes del caso

Domonkos Sandor, ciudadano húngaro y Verónica Venegas, ciudadana chilena, solicitaron hora para contraer matrimonio en la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, lo que fue denegado por no tener el primero, cédula de identidad para extranjeros, pese a que ambos cumplían los requisitos de la Ley de Matrimonio Civil. Dicho documento no fue posible de obtener por el señor Sandor, toda vez que registraba un decreto pendiente de expulsión de Chile.

La decisión de impedir el matrimonio, implicó para los recurrentes, una afectación de sus derechos fundamentales, en específico, el que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En efecto, se argumentó que el pasaporte del señor Sandor, era un documento de identidad válido y de entidad suficiente para la celebración del mencionado contrato. Por otra parte, el funcionario vulneró la Ley Orgánica del Registro Civil, en lo referido a sus obligaciones, por cuanto ni esta norma, ni el Decreto

¹ Los ministros señores Sergio Muñoz, Carlos Aránguiz y el abogado integrante señor. Jorge Lagos estimaron revocar el fallo de primera instancia. Las ministras señoras María Eugenia Sandoval y Rosa Egnem, confirmaron la sentencia de primera instancia que rechazó el recurso de protección.

Nº 673, han establecido el deber del Oficial del Registro Civil de verificar que uno o ambos contrayentes estén en situación migratoria regular.

En opinión de los señores Sandor y Venegas, el art. 76 del Decreto Ley Nº 1.094 de 1975 es un precepto legal que limita en algún sentido a los extranjeros en cuanto a la celebración de actos o contratos, siempre que no estén habilitados o autorizados. Para los litigantes, la ausencia de residencia legal no impediría la celebración del contrato de matrimonio, la que dependerá de si ellos “están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto”².

El Servicio de Registro Civil e Identificación, como recurrido, informó a la Corte de Apelaciones de Santiago, que su actuación se realizó conforme a la normativa (art. 76), que dice:

Los servicios y organismos del Estado o Municipalidades deberán exigir a los extranjeros que

tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que estén autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato.

Por la vía administrativa, el servicio recurrido, interpretó el art. 76 del mencionado Decreto Ley Nº 1.094, por medio de la Circular Nº 5 de 1996, y explicitó en dicha disposición la imposibilidad de gestionar ningún trámite en dicho Servicio, los que incluyen la celebración de matrimonios, sin que previamente se compruebe su residencia legal en el país.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó el recurso de protección, al considerar vigente la norma legal que faculta la denegación dada por el funcionario, al no poder demostrar el señor Sandor, que está en situación migratoria regular. En sentido similar, se redactó el voto minoritario de la Corte Suprema, que confirmó el fallo apelado³.

2. Constitución como fuente del derecho ¿la jurisdicción ordinaria tiene exclusiones de usar dicha norma para fundar sus resoluciones?

La Corte explicita en esta sentencia que:

La tarea del tribunal ordinario, en lo que respecta al derecho aplicable importa múltiples cometidos, entre ellos se encuentra determinar el derecho aplicable al caso; derecho que corresponde analizar a la luz de todo el ordenamiento jurídico, al no tener restringido el ámbito a considerar⁴.

Esta afirmación, es un punto de partida relevante al momento de comentar esta sentencia. En efecto, cuando un tribunal ejerce jurisdicción y resuelve un conflicto, en el ámbito de su competencia, asume una de sus tareas fundamentales sin que pueda estimarse *a priori* limitada tal función. En tal dimensión, y para evitar denegar la respuesta al justiciable, es pertinente que haga uso de forma íntegra del sistema de fuentes formales del ordenamiento, y la Constitución es una ellas.

² Acción de protección Rol nº 34.170-2016 intentada por Verónica Venegas y Domonkos Sandor ante la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2016.

³ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol Nº 35.236-2016. El considerando 5.º del voto disidente redactado por las Ministras señoras María Eugenia Sandoval y Rosa Egnem, expresa (...) “por mandato legal, el Servicio se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación con solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, si es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto.

Como los recurrentes, atendida la situación del sr. Sandor se encuentran en el primer caso, no puede reprocharse arbitrariedad en la conducta del Servicio de Registro Civil e Identificación”.

⁴ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol Nº 35.236-2016, considerando 6.º.

La discusión en la adjudicación de derechos, presupone hoy que la ley no es ya la norma primaria del Derecho, que lo es la Constitución (Aragón, 1997, p. 191). Históricamente se entendía que la Constitución, pertenecía al mundo de la política, siendo la ley soberana. En el concepto moderno, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico, considerándose una norma jurídica y una norma jurídica aplicable a través de un sistema de garantías y de la justicia constitucional (Diez-Picazo, 1985, p. 12).

En nuestro ordenamiento, hoy no se discute la supremacía de la Norma Fundamental. En tal sentido, se afirma que esta “es la característica de la Constitución que determina que las normas inferiores deban cumplirla prevaleciendo en caso de conflicto normativo” (Henríquez, 2016, p. 29).

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema se desarrolla sobre la base de que la Constitución Política posee eficacia directa con efectos derogatorios de los preceptos preconstitucionales, por lo que, de existir un conflicto de esa naturaleza, considera es de competencia de los tribunales ordinarios examinar la pérdida de vigencia. La fuerza normativa de la Constitución en el caso concreto, se constató al afirmar el tribunal que el “derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma por el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁵. Es sugerente el razonamiento de la Corte sobre el derecho de los recurrentes a contraer matrimonio, regulado en la Convención. Sin embargo, en este punto, la Corte Suprema pudo haber argumentado que este es una extensión del derecho a la vida privada, que incluye el matrimonio, cuya protección reconoce de manera expresa el art. 20 de la Constitución.

En esa misma línea, sostuvo que es deber del Estado proteger y fortalecer la familia, “sin que pueda

realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía”⁶.

Igualmente, el fallo razonó que la actuación del Registro Civil fue injustificadamente discriminatoria, dado que la exigencia de requerir una cédula de identidad para un extranjero que el mismo servicio se niega a otorgar, “atenta contra la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todos las personas que habitan nuestro país, incluido los extranjeros”⁷.

En dicha dimensión, la sentencia considera que la “norma legal, indirectamente y por vía interpretativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero, por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile”⁸.

La sentencia excluye la tesis de que el Servicio recurrido actuó bajo el amparo de la ley, al establecer que las normas cuestionadas, en específico el art. 76 del Decreto Ley N° 1.094, no estaba vigente al ser contraria al art. 19 números 1, 2 y 3 de la Constitución, y el art. 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último precepto es vinculante y aplicable por la jurisdicción ordinaria chilena, a través del mandato del art. 5 inc. 2 de la Norma Fundamental. Todas las normas señaladas son cronológicamente posteriores y superiores de la disposición cuestionada.

Del análisis referido, puede concluirse que la jurisdicción ordinaria puede invocar la Constitución para fundar una decisión, al ser una fuente directa aplicable, en particular, si se establece una infracción de derechos fundamentales que la misma Constitución consagra en el ámbito de su competencia, lo que es una manifestación de la función conservadora de los tribunales⁹. Los jueces y tribunales ordinarios deberán dar un sentido y alcance a cada caso de la manera que resulte más conforme a la

⁵ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁶ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁷ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁸ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁹ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6°, realiza un análisis histórico de esta función al interior de la jurisdicción ordinaria.

Constitución, como se evidenció en este asunto. En tal sentido, se afirma que

las constituciones tienen también un carácter jurídico porque contienen normas predominantemente jurídicas, como lo son por ejemplo las relativas a derechos y libertades fundamentales [...] En cuanto a norma jurídica la Constitución es sin duda la cúspide de éstas. En otros términos, a ella se subordinan todas las demás. (Martínez, 2003, p. 718).

Sin embargo, la jurisdicción ordinaria, en Chile, cuando conoce de un conflicto, si advierte una eventual disconformidad entre un precepto legal con la Norma Fundamental, debe seguir las reglas del ordenamiento para que el órgano adjudicador competente la excluya o elimine del sistema, luego de un control de constitucionalidad, sea a través de la declaración de inaplicabilidad sea por inconstitucionalidad. El propio tribunal ordinario, puede plantear requerimientos al Tribunal Constitucional, si duda de la constitucionalidad de la norma previa a su aplicación en el caso particular.

No obstante lo referido, esta sentencia constituye un hito, dado que vuelve a poner en primera línea el problema que generan las leyes preconstitucionales con la Constitución posterior. En este fallo, fue la propia Corte

Suprema quien declaró que el art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 estaba derogado tácitamente, sin requerir un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional. Cabe señalar que el fenómeno descrito no es nuevo y sobre el cual existen diversos puntos de vista, como además, no existe una sola solución¹⁰. En las diferencias doctrinarias, se evidencia una jurisprudencia ambivalente en torno a los siguientes puntos: (i) Si verificados los requisitos legales, el vínculo entre la norma anterior y la posterior es la derogación o la inconstitucionalidad de la norma; el debate surge debido a que Constitución es una norma posterior y superior al mismo tiempo; (ii) Según la opción que se adopte, se podrá identificar el tribunal competente: o solo la jurisdicción ordinaria o solo la jurisdicción constitucional o ambas de manera concurrente.

Un elemento novedoso que se introduce en el análisis, es que con posterioridad a este fallo, el Tribunal Constitucional explicitó que poseía la competencia privativa para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida independientemente de si el precepto legal fuere pre o postconstitucional¹¹. Con esa circunstancia inédita en la historia de ambas jurisdicciones, se identifica en nuestro ordenamiento una fricción referida a la definición del órgano competente con atribuciones para decidir tal fenómeno.

3. Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida del art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975.

En la sentencia comentada, la Corte Suprema, reconoce la complejidad y tensión entre los conceptos derogación e inconstitucionalidad. No obstante y luego de un desarrollo extenso, identifica que la esencia del efecto derogatorio es “la cesación de la vigencia, en cambio en la inconstitucionalidad es un efecto derivado

de la consecuencia primaria consistente en verificar la invalidez de la norma legal”¹².

Si una norma cesa en su vigencia, en principio, no puede ser aplicada por el órgano adjudicador para resolver un conflicto, salvo en los casos donde expresamente se

¹⁰ Un estudio sobre casos donde los tribunales ordinarios aplican esa tesis, se puede revisar en Rojas Chamaca, Julio (2013). *Derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005*. Santiago: Editorial Metropolitana, 78 y ss.

¹¹ Conclusiones de la Segunda Jornada de Reflexión Interna. Inconstitucionalidad sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-II-Jornada-de-Reflexi%C3%B3n-TC.pdf> [fecha de consulta 10 de marzo 2017]

¹² Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

prevea la ultractividad de la norma derogada. La pérdida de vigencia de un precepto puede ser expresa o tácita. La derogación tácita —relevante para este análisis— supone la concurrencia de los siguientes requisitos: i) Puede producirse entre disposiciones normativas homogéneas o entre una disposición normativa y otra jerárquicamente subordinada. ii) Debe existir incompatibilidad total, entendiéndose que existe cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra. iii) Requiere de un acto de interpretación más o menos complejo de esclarecimiento del antiguo y nuevo texto legal (Diez-Picazo, 1990, pp. 286-304). Quien determina si un precepto legal está o no vigente es un tribunal ordinario, por ser inherente a la función jurisdiccional, la que como se explicitó en el punto anterior, no tiene limitada o restringida.

La Corte Suprema, sostuvo que en el debate legislativo sobre la ley de reforma constitucional de 2005, se expuso directamente la contingencia de las leyes preconstitucionales, sin existir un pronunciamiento expreso del constituyente derivado, sobre el órgano competente. Se afirmó en el fallo [...] “por lo cual no se excluyó de la competencia de los tribunales ordinarios, la facultad de resolver la derogación de los preceptos legales al constar la contradicción expresa de normas legales pretéritas respecto de una norma constitucional posterior”¹³.

En un sentido análogo, Eduardo Aldunate, sostiene que pese a existir un sistema de control concentrado de

constitucionalidad de normas jurídicas, cuya competencia reside en el Tribunal Constitucional:

[se] pasa por alto que esta magistratura no *resuelve*, para la respectiva gestión judicial, la antinomia entre *Constitución* y precepto legal, sino que la *elimina*, al retirar del universo de fuentes que deberá considerar el juez del fondo, al resolver, el precepto legal cuya aplicación se impugna por inconstitucional. De este modo no se le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de resolver estas antinomias y mal podría sostenerse entonces que los jueces del fondo carecen de una atribución, porque ésta se alega entregada al Tribunal, cuando efectivamente no se le ha entregado. (Aldunate, 2009, p. 455).

La Corte Suprema concluyó en este caso que en ausencia de una disposición legal o constitucional que lo explicita, los tribunales ordinarios no se pueden ver limitados en su función de depurar y aplicar el derecho vigente para el caso particular, pues la derogación es el mecanismo formal para tal caso. El Tribunal Constitucional no tiene dentro de sus funciones la derogación, debe declarar la invalidez sea en el modelo de inaplicabilidad, sea de inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, y de la revisión de casos análogos, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en materia de autorizaciones de matrimonio entre extranjeros y chilenos, es en la actualidad oscilante y sin solución unívoca¹⁴, lo que refleja la complejidad en

¹³ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

¹⁴ En efecto, hoy se aprecia un equilibrio en las decisiones de los tribunales superiores ordinarios, dado que existe igual número de fallos que rechazan y acogen las acciones de protección en casos análogos. Por rechazar recursos de protección: sentencia de 22 de septiembre de 2014, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol n° 213-2014, sentencia de 18 de agosto de 2014 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 17.594-2014, sentencia de 22 de septiembre de 2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 63.650-2015.

Hasta la fecha de término de este trabajo (diciembre 2017), incluso es posible identificar dos sentencias que acogen recursos de protección en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago con el argumento de la derogación tácita del art. 76 del D.L. 1.094 y que posteriormente fueron revocadas por la Corte Suprema: sentencia de 5 de septiembre de 2017, dictada por la Corte Suprema, Rol n° 28.014-2017, sentencia de 2 de noviembre de 2017, dictada por la Corte Suprema, Rol n° 37.806-2017.

Un primer caso, donde se acoge un recurso de protección con la tesis de la derogación tácita de preceptos preconstitucionales, contra la decisión del Registro Civil, es la sentencia de 7 de agosto de 2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 53.381-2015, confirmada por la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2015, Rol n° 11.504-2015. Luego del caso de la sentencia analizada y comentada, se identifican en orden cronológico, los siguientes fallos pronunciados por la Corte Suprema de 4 de mayo de 2017, Rol n° 4.732-2017 y dos de fecha 6 de julio de 2017, Rol n° 5.073-2017 que confirmó una sentencia apelada y Rol n° 5.067-2017 que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y acogió el Recurso de Protección fundado en la derogación tácita. En ambos fallos hay interesantes prevenciones de la ministra sra. Andrea Muñoz y del abogado integrante sr. Jaime Rodríguez. Modificada la integración de la sala, comienzan a rechazarse los recursos de protección intentados.

la determinación del tribunal competente sobre las leyes preconstitucionales.

En otro orden de ideas, se puede observar que quienes adhieren al concepto de inconstitucionalidad sobrevinida del precepto preconstitucional, lo vinculan con el adjetivo invalidez, que es la inconformidad en el resultado del examen de compatibilidad entre una norma inferior y otra superior que es la Constitución.

Una conclusión preliminar, y sobre la cual no existen discrepancias, es que ambas instituciones: derogación e inconstitucionalidad son diferentes. Guastini, observa al menos tres diferencias fundamentales: (a) la derogación es un acto legislativo, fruto de una decisión política, la declaración de inconstitucionalidad es un acto jurisdiccional, fruto de una “afirmación” del derecho; (b) la declaración de inconstitucionalidad supone la invalidez de la norma en cuestión y se funda en ella, la derogación puede operar indiferentemente sobre normas válidas y sobre normas inválidas; (c) la derogación constituye una aplicación del principio *lex posterior*, la declaración de inconstitucionalidad constituye una aplicación del principio *lex superior* (Guastini, 2011, p. 62).

Por otra parte, los efectos de la derogación son pro futuro o *ex nunc*, mientras que la inconstitucionalidad, en principio opera con efecto retroactivo o *ex tunc*, a menos que el ordenamiento haya previsto un efecto diferente, como ocurre en Chile¹⁵.

Del estudio del fallo comentado, se advierte una superposición concreta y no resuelta de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, al momento de decidir un caso de leyes preconstitucionales incompatibles con la Constitución posterior.

La Corte Suprema argumentó que:
los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior

pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas “ley posterior deroga ley priori”, circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además los principios jerárquico, supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución al caso¹⁶.

La sentencia reitera la distinción entre derogación e inconstitucionalidad, lo que es un elemento determinante para definir el tribunal competente. En tal sentido, Manuel Aragón, explica:

Si los tribunales pueden considerarla derogada —la ley— es porque fue válida, pero ya no está vigente. Nunca porque sea inválida, pues ello ocasionaría una anulación que a tales tribunales les está vedado realizar. Si el Tribunal Constitucional puede anular una ley es porque, estando vigente, es inválida, no porque haya sido derogada. (Aragón, 1981, p. 200).

La posibilidad de que la jurisdicción ordinaria se vea restringida en la función de aplicar el derecho, sin que exista una exclusión normativa expresa, determinaría una afectación a su función jurisdiccional, regulada en la Constitución, dado que es deber del juez conocer el derecho y resolver el conflicto conforme a él. Aquello constituye la regla procesal *Iura Novit Curia* (Meroi, 2007, p. 382). Por el contrario, la infracción de dicho deber, expone a cualquier juez y tribunal ordinario a una infracción de deberes funcionales esenciales, generando las responsabilidades ministeriales contempladas en el ordenamiento jurídico, por cuanto no se aprecia el carácter prohibitivo de la norma derogatoria.

El Estado de derecho, exige una convivencia armónica entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, las que si bien poseen atribuciones diferentes, en este punto, como se ha visto, muestra una zona compleja, que implica una concurrencia de competencias no buscada

¹⁵ La inaplicabilidad en Chile, es un control concreto, que tiene un efecto invalidatorio *inter partes*, a diferencia de la inconstitucionalidad que es un control abstracto e implica la abrogación de la norma del ordenamiento jurídico, con efecto *erga omnes*, pero con un efecto *pro futuro*, lo que sin duda, es especial dado su carácter anulatorio.

¹⁶ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

ni prevista, y cuya solución, solo podrá llegar por una adecuada comprensión de los conceptos de derogación e inconstitucionalidad, sus efectos y de las atribuciones de las jurisdicciones encargadas de declararlas. Una propuesta para superar dicha contingencia, la sostiene Manuel Núñez, quien sugiere el uso de la figura de la desaplicación (Núñez, 2012, pp.194-195), entendiendo por tal, “la omisión fundada y legítima del juez de resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada”. El autor refiere que debe ser fundada en el sentido que no es obra del arbitrio ni ignorancia y es legítima porque a través de ella el juez se mantiene dentro de la jurisdicción.

La desaplicación “solo afecta la eficacia de una norma y que se diferencia de decisiones que afectan su vigencia (como la suspensión y derogación de las leyes) o su validez (como la anulación)”.

De acuerdo a lo expuesto, cualquier tribunal ordinario podrá cumplir con su función jurisdiccional, que implica interpretación, depuración y aplicación del derecho, recurriendo al sistema íntegro de fuentes, siendo la Constitución una de ellas, sin afectar la esencia del Estado de Derecho en lo que a atribuciones y funciones de sus órganos se refiere.

Conclusiones

Se aprecia un progreso argumentativo de los tribunales ordinarios en hacer materialmente aplicable la Constitución, cuando deben resolver un conflicto intersubjetivo entre partes. La irradiación de la Constitución como fuente, denota su fuerza normativa.

Con todo, es evidente que la sentencia comentada deja visible una vez más, el conflicto existente entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para identificar cuál adjudicador es competente para conocer del fenómeno de las leyes preconstitucionales. Tal problema

refleja la concurrencia de competencias entre órganos que tienen funciones diversas.

Sin embargo, de lo analizado no es posible excluir que los tribunales ordinarios puedan derogar tácitamente normas previas incompatibles con la Constitución posterior, dado que es inherente al concepto de jurisdicción depurar, interpretar y aplicar el derecho, como además, por no existir una regulación expresa que así lo manifieste.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2009). La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. *Revista de derecho*. Valparaíso. (32), pp.443-484.
- Aragón Reyes, M. (1981). La sentencia del tribunal constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1. pp.185-206.
- Aragón Reyes, M. (1997). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1. pp.179-204.
- Diez-Picazo, L. (1990) *La derogación de las leyes*. Madrid: Editorial Civitas.
- Diez-Picazo, L. (1985). Constitución, Ley, Juez. *Revista española de Derecho Constitucional* N° 15, pp. 9-23.
- Guastini, Riccardo (2011). Cinco observaciones sobre validez y derogación, *Discusiones* N° 2, pp. 59-63.
- Henríquez Viñas, M. (2016). *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- Martínez Estay, J. I. (2003). El juez y los efectos de la Constitución en el tiempo. *Estudios Constitucionales*, 1 (1). pp.715-737.

Meroi, A. (2007). Iura Novit Curia y decisión imparcial. *Ius et Praxis* 2 (13), pp.379-390.

Núñez Poblete, M. (2012). Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad. *Revista de Derecho*. Coquimbo, 19 (2) pp.191-236.

Tribunal Constitucional. Conclusiones de la Segunda Jornada de Reflexión Interna. *Inconstitucionalidad sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?*, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-II-Jornada-de-Reflexi%C3%B3n-TC.pdf> [fecha de consulta 10 de marzo de 2017]

**Hernán
Corral
Talciani**

**Universidad de los
Andes, Chile**

hcorral@uandes.cl

Guzmán Brito, Alejandro, *La fijación y la codificación de Derecho en Occidente*, Ediciones Universitarias de Valparaíso (PUCV), Valparaíso, 2017, 311 págs.

El gran romanista español, maestro del autor de la obra que reseñamos, Álvaro d'Ors, solía decir que el Derecho es una ciencia de libros. Entre ellos, como es evidente, una gran relevancia práctica la tienen aquellos que, a lo largo de la extensa historia de lo que llamamos la cultura occidental, han intentado recoger las normas o reglas jurídicas que rigen en una ciudad, república, comunidad o estado. En una constante histórica se observa que cada cierto tiempo, cuando el material normativo se ha incrementado de un modo que resulta complejo determinar qué reglas son las vigentes y cómo se armonizan unas con otras, existe alguna iniciativa para "estabilizar" el Derecho mediante un texto escrito que posibilite un mejor conocimiento y una aplicación más eficaz.

Guzmán Brito hizo una contribución que ha devenido en un clásico, no sólo nacional sino internacional, el año 1977 cuando publicó su libro "La fijación del Derecho" (*La fijación del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1977), en el que sentó las bases de sus trabajos posteriores sobre la codificación y especialmente sobre la codificación civil tanto en Chile como en Hispanoamérica. Esa obra sirve de marco conceptual para este nuevo libro en el que el autor ha reunido una decena de estudios sobre cuestiones más o menos específicas relativas al

tema de la fijación y la codificación del Derecho, y que fueron publicados en diversas sedes en un período de más o menos 30 años (1976 al 2007).

En esa primera obra el autor postuló la idea de que el género en materia de libros que intentan hacer frente a la pluralidad de fuentes normativas puede ser designado como "fijación del Derecho", mientras que la "codificación" sería una especie dentro de ese género que se caracterizaría básicamente por su afán de sistematización y racionalización de los preceptos que forman su contenido y por la pretensión de derogar todas las reglas no contenidas en él, incluso aunque no fueran contradictorias con su contenido. La codificación surge por inspiración de la escuela iusracionalista y su método axiomático-deductivo, que llega a su cúspide con la promulgación en 1804 del *Code Civil* francés. Con la idea más general de un "libro fijador del Derecho" se pretende determinar los rasgos comunes entre estos Códigos y obras anteriores, como la Ley de las XII Tablas, el Digesto, las Instituciones y el Código de Justiniano, las Decretales de Gregorio IX, las Siete Partidas, la Recopilación de las Leyes de Indias, etc. En suma se trata, como se define en el primer párrafo de esta obra y que sirve de introducción para los demás estudios, de un "libro único que, de modo sistemático y comprensivo, recoge, formal o sólo materialmente, el

todo o una parte del conjunto de reglas y de ideas jurídicas preexistentes y las sustituye” (p. 15).

Esta última característica luego es explicada del siguiente modo: “La última nota propia de toda fijación es su carácter sustitutivo del conjunto de normas previamente vigentes. Éstas, hayan sido acogidas en libro fijador o hayan sido desechadas por él, quedan fuera de vigencia. En consecuencia, el contenido del libro fijador expresa hacia el futuro el derecho válido en el sector a que se refiere y deroga el precedente” (p. 17). Sin embargo, de los mismos ejemplos que posteriormente se tratan en la obra, uno podría deducir que ese carácter conviene más a los libros propios del proceso de codificación, que al de otras formas de fijación como la compilación o consolidación, desde luego porque hay fijaciones que no han alcanzado vigencia por sí mismas (por ejemplo, los célebres *Codex Gregorianus* y *Hermogenianus*). Si miramos su monografía sobre la fijación del Derecho, que el mismo autor nos recomienda como complemento de esta obra, podremos observar que, en el pensamiento de Guzmán Brito, el carácter sustitutivo podría darse de dos formas: o por la derogación del sector del Derecho vigente en el sector jurídico (propio de la codificación moderna) o por el simple desuso, ya que al quedar esas reglas fuera de la fijación se permite que caigan fácilmente en el olvido y no sean aplicadas de hecho (cfr. *La fijación del Derecho...* cit., pp. 26 y 31). Es cierto, sin embargo, que esta prevención la hace el autor respecto de la distinción entre códigos y cuerpos fijadores sobre la base de si adquieren o no vigencia legal en cuanto tales.

Los estudios que siguen, identificados según el estilo del autor con parágrafos (§), se refieren a materias que podríamos clasificar en a) Generales sobre fijaciones jurídicas históricas y b) Especiales sobre la fijación que predomina en nuestro tiempo, a saber, la codificación. Finalmente, existen estudios que de alguna manera son medianeros entre la parte general y la especial.

Entre los estudios de la parte general dedicados a la fijación, estimamos de especial interés el estudio del origen y evolución del vocablo “*Codex*”, que da forma al parágrafo 2 del libro. Aprendemos allí cómo dicha palabra evolucionó desde aludir a la madera de árbol, para luego referirse a las tablillas de madera que servían para escribir,

luego para los libros integrados por pliegos de papiros o pergaminos, hasta identificarse con un libro compilador de reglas jurídicas, y llegar finalmente al Código que conocemos modernamente. También se refieren a fijaciones no codificadoras, los §§ 5, que revisa los modelos de fijación que se usaron en el Derecho Romano desde la Ley de las XII Tablas al *Corpus Iuris Civilis* justiniano; 6, que ejemplifica la idea sobre la fijación del Derecho en el humanismo del siglo XVI en la obra de Pedro Simón Abril y 7, que se dedica al concepto de “compilación” expuesto en el discurso de Antonio León Pinedo de 1623 que, en palabras de Guzmán, constituye un “retrato anticipado” de la Recopilación de Leyes de Indias, que se publicará en 1680.

En la parte especial, esto es la referida al proceso y a los resultados de la codificación, pueden incluirse los parágrafos referidos a una historia abreviada de la codificación civil (§ 3), al origen y desarrollo de la codificación civil en medio de otras formas de fijación del Derecho (§ 4) y a las ideas sobre las fases de consolidación y codificación, de Bello y del codificador brasileño Teixeira de Freitas (§ 9).

Finalmente los §§ 8 y 10 se dedican a temas que de alguna manera constituyen un nexo entre las formas fijadoras del Derecho antiguo y la codificación del Derecho moderno. Se estudia así el método de la decisión de controversias jurídicas mediante la intervención del legislador, que preparó la época de la codificación (§ 10), y se pergeña la figura de G. Leibniz, el que según el autor “perteneció a la raza extinguida de los genios universales” (p. 219), y que debe ser reconocido como el padre de la codificación de raíz iusnaturalista, al proponer que el material del Derecho romano fuera sometido al método axiomático y vertido en un “*novum corpus iuris*”, que pronto se convertirían en los primeros Códigos: el prusiano de 1794, el francés de 1804 y el austriaco de 1811 (§ 8). La importancia de este método ha impregnado de tal modo nuestra cultura jurídica, que, aunque las ideas de la escuela del Derecho Natural racionalista ya no prevalezcan, “todavía no hemos descubierto una manera mejor para hacer códigos que aquella inventada, descrita y propuesta por Leibniz” (p. 222). Confesamos haber encontrado “gusto a poco” a este sintético ensayo que se inserta en esta colección, el más breve de todos los estudios que la componen.

Como es usual en las obras de Alejandro Guzmán, encontramos en este libro un dominio eminente de las fuentes jurídicas históricas y un aparato bibliográfico sólido y diversificado, expuesto en notas de pie de página y al final en una extensa bibliografía. Todo esto unido a una prosa que, sin dejar de ser elegante, se destaca por su concisión y claridad expositiva, lo que hace grata y amigable la lectura.

Aunque hay muchas citas en latín, el autor ha tenido la gentileza de contraponerles a la misma altura un párrafo con su traducción al castellano. Como se nos advierte en el prólogo, los estudios han sido revisados en su redacción para depurarlos de errores pero también para actualizar moderadamente su bibliografía. También hemos notado

que el autor se ha preocupado de hacer referencias internas entre los diferentes textos que integran el libro, lo que permite una coordinación entre ellos y le confiere unidad a la obra.

Debemos agradecer la incansable labor de Alejandro Guzmán Brito, que nos pone a disposición este útil material histórico-jurídico, que, al estar editado en momentos distantes en el tiempo y en distintas publicaciones — muchas de ellas extranjeras— era de difícil acceso, salvo para especializados. Como él mismo señala en el prólogo su intención ha sido reeditar estos trabajos para “su más cómodo y útil manejo”. Debemos decir que lo ha logrado cabalmente.

**Pablo
Manterola
Domínguez¹**
Universidad de los
Andes, Chile
pmanterola@miuandes.cl

Martínez Rosado, Javier (2017). *Los pactos parasociales*. Madrid: Marcial Pons. 370 páginas.

El libro objeto de esta recensión se refiere a los pactos de accionistas que se celebran en la sociedad anónima. Su autor es profesor de la Universidad Complutense de Madrid y ha publicado investigaciones sobre materias de derecho concursal, bancario y financiero, y en menor medida también de derecho societario. Por eso, llama la atención que haya elegido el formato del libro para su primer trabajo monográfico sobre la materia. Se puso así una meta exigente, que supo cumplir de manera satisfactoria después de una investigación que, como él mismo manifiesta en la introducción, le tomó alrededor de siete años.

Últimamente han proliferado los estudios sobre los pactos de accionistas, y es frecuente la publicación de libros sobre la materia por las mejores editoriales del medio español. Desde 2012 han aparecido sucesivamente *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas* (Feliú Rey, Marcial Pons, 2012), *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad* (Noval Pato, Civitas, 2012) y *La sindicación de bloqueo en las sociedades anónimas* (Moreno Utrilla, Tirant lo Blanch, 2015). La publicación de artículos en revistas especializadas puede calificarse, como

dice Martínez Rosado en la introducción a *Los pactos parasociales*, como una verdadera “avalancha” (p. 21).

Pero entonces, ¿hacía falta un libro más? Pienso que sí. Precisamente esa abundancia exige una visión de conjunto, que es el principal aporte del libro objeto de este comentario. Aunque el autor no evade la toma de posición, el mérito del libro está en fijar los términos de las controversias que suscita la materia, con indicaciones bibliográficas que revelan un estudio acucioso y con una pluma clara, por añadidura.

El libro tiene siete capítulos, que podríamos agrupar en una parte general (capítulos primero al cuarto) y una parte especial (capítulos quinto al séptimo).

En la parte general se estudian, sucesivamente, cuestiones generales, naturaleza jurídica, licitud, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales. Enfrentar estas temáticas supone un desafío conceptual, puesto que —como el propio autor reconoce a lo largo del libro— bajo el nombre de pactos parasociales se engloba un conjunto muy heterogéneo de contratos, e incluso de situaciones

¹ El autor actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198).

no contractuales, como algunas hipótesis de actuación concertada en la regulación de ofertas públicas de adquisición de acciones. Sin embargo, al definir en forma más restringida la materia de investigación, es posible identificar algunas características y rasgos comunes a todos los supuestos. En estos primeros capítulos, Martínez revela haber comprendido el problema jurídico de los pactos de accionistas, pues, con independencia de que se compartan o no sus soluciones, las preguntas que hace son las correctas. Mencionaré las que me parecen principales.

“El estudio de la naturaleza jurídica de los ‘pactos parasociales’ exige, a modo de premisa, deslindar qué debe entenderse por ‘parasocial’” (p. 63). Parece una perogrullada, pero en realidad es el núcleo del problema. En efecto, la calificación del pacto de accionistas en sí no presenta especiales problemas: se trata de un contrato por regla general asociativo (es decir, no bilateral o de intercambio), que, en opinión del autor, puede constituir una “sociedad interna” o sin personalidad jurídica. En esto, Martínez está con la doctrina mayoritaria, aunque algunos de estos conceptos suenen ajenos al medio chileno. El problema, como digo, no es la calificación de los pactos en sí, sino la calificación de su relación con la sociedad de que los accionistas participan: eso es lo que, con este neologismo acuñado por Giorgio Oppo en 1942, se expresa con la voz “parasocial”.

Aquí el autor se enfrenta a otra cuestión, que plantea en la perspectiva adecuada: la relación entre pacto de accionistas y contrato de sociedad, y el binomio de los negocios fiduciarios (pp. 71 y ss.). ¿Puede mirarse la sociedad como equivalente al negocio real, y al pacto como negocio obligacional? Si fuera así, estaríamos en condiciones de entender por qué el incumplimiento del pacto no afecta a la eficacia de decisiones adoptadas por la junta de accionistas o por los administradores, en la esfera societaria o “real”. Y también estaríamos en condiciones de entender que hay casos en que sí podría afectarla, como sucede en los negocios fiduciarios. El autor se pronuncia por la negativa, pues –siguiendo a la doctrina mayoritaria– no existen hipótesis en que el solo incumplimiento de un pacto parasocial afecte a la sociedad. Sea cual sea la solución que se estime mejor, me parece que una vez más la pregunta es la correcta.

A propósito de la validez de los pactos parasociales, Martínez acierta al no buscar una respuesta categórica, sino centrarse en los límites de validez –como, por lo demás, viene haciendo la doctrina desde hace un tiempo–. Actualmente, la literatura está pasando de una tesis tradicional, que exigía la adecuación de los pactos a la normativa societaria y particularmente a los “principios configuradores del tipo”; a una tesis revisada, que admite la no adecuación sobre la base de que lo pactado no es nunca eficaz en el plano de la organización social. El autor se adhiere a esta tesis revisada de manera clara y bien argumentada; y va incluso más allá, al cuestionar el concepto mismo de “principios configuradores del tipo” (pp. 108-109). Este último punto es audaz —ya que la Ley de Sociedades de Capital española se refiere a ellos en su art. 28— y debe ser objeto de más estudio.

Los capítulos quinto a séptimo se ocupan de algunas hipótesis particulares: los protocolos familiares, que son un caso especial de pactos de accionistas; los pactos en la sociedad cotizada, y los pactos celebrados para el consejo de administración (lo que en Chile llamaríamos directorio). Como he sugerido, y el mismo autor pone de relieve, la heterogeneidad de los pactos de accionistas aconseja que el tratamiento general esté contrastado por los casos especiales, especialmente por aquellos de que la ley se ocupa.

En España, los pactos parasociales se regulan con propósitos de buen gobierno corporativo (protocolos familiares), transparencia en el mercado de valores y eficiencia en el mercado de control societario (pactos en la sociedad cotizada, pactos para el consejo de administración). Aunque estas hipótesis son acotadas, la normativa es compleja y su coordinación exige un esfuerzo significativo. El autor se hace cargo en forma minuciosa de las normas legales y reglamentarias, incluidas disposiciones transitorias cuya eficacia ya ha cesado. En este aspecto, el trabajo ha sido riguroso, aunque quizás hubiera convenido dedicar más atención a las directivas eurocomunitarias y a la literatura que se ha ocupado de ellas.

Debe destacarse el tratamiento de los pactos en la sociedad cotizada que ofrece este trabajo. Martínez comprende que cada regulación obedece a un propósito distinto, y acierta al relacionar (sin confundir) lo que exige

la transparencia y lo que exige un mercado de control corporativo eficiente –eventualmente, una oferta pública de adquisición de acciones. Las secciones que se dedican a los pactos relacionados con esta última materia (pp. 278 y ss.) muestran al lector chileno una regulación del mercado de control societario más sofisticada y compleja, pero también más detallada y segura, en que el legislador define cuidadosamente el supuesto de hecho de la gravosa obligación de emitir una oferta pública de adquisición de acciones. Finalmente, el autor no ha desatendido la dimensión empírica del problema jurídico, y ofrece alguna evidencia cuantitativa sobre la frecuencia con que los accionistas de sociedades cotizadas celebran esta clase de contratos, distinguiendo según su contenido.

Además de la literatura española, ha primado la lectura de autores alemanes y también italianos, especialmente por la relevancia que la legislación de este último país ha tenido para la actual normativa peninsular. En el libro se intercalan consideraciones de derecho comparado, en

que los referentes están adecuadamente agrupados, lo que permite una comprensión más global del problema. El autor analiza las disposiciones de la *Model Business Corporation Act* de los Estados Unidos, y las confronta con la regulación italiana y la jurisprudencia alemana, un ejercicio interesante porque la regulación de los pactos que propone ese texto –adoptada por numerosos estados de la Unión, y que también ha influido en Canadá– es más flexible que las soluciones que ofrece la doctrina europeo continental.

Este libro es útil para quien quiera acercarse a los problemas en torno a los pactos de accionistas, pues da cuenta del estado de la cuestión en forma clara y bien documentada. Ofrece además un minucioso panorama de la legislación española sobre la materia, que puede servir a quienes ejercen la profesión en torno a sociedades anónimas y especialmente a sociedades abiertas, sea como asesores, sea al interior de órganos reguladores.

**Mabel
Cándano
Pérez¹**

**Universidad de los
Andes, Chile**

mcandano@miuandes.cl

**Corberá Martínez, José Miguel (2017).
*Los conflictos entre las marcas y las
denominaciones sociales. Últimos
desarrollos en el sistema de marcas de la
Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch.*
523 páginas.**

El presente libro hace mención a una de las problemáticas más recurrentes del derecho mercantil, que es la derivada de las colisiones entre los signos distintivos y las denominaciones sociales de las personas jurídicas. Su autor, el Dr. José Miguel Corberá Martínez, profesor de derecho privado y Director del Máster Universitario en Abogacía y Práctica Jurídica en la Universidad Internacional de Valencia, elige este tema como tesis doctoral, del cual ya se habían realizado aportaciones importantes en la doctrina. Por tanto, aun cuando estos antecedentes doctrinales le facilitaban el trabajo, a la vez se convertía en un reto realizar contribuciones nuevas.

Entre los antecedentes doctrinales más importantes en relación a la materia, son de destacar algunos artículos publicados en revistas científicas en la década de los '90. Podemos citar: Monteagudo, M., y Soler, P., Conflicto entre las denominaciones sociales y signos distintivos, *Revista General del Derecho*, No. 562, 1991, p. 6503; Monteagudo, M., y Salelles,

J. R., De nuevo sobre el conflicto entre denominación social y nombre comercial, *Revista General del Derecho*, No. 608, 1995, pp. 5476-5485 y Cerdá Alberto, F., Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas, *Revista General del Derecho*, No. 621, 1996, pp. 6953- 7006. A la vez se realiza una aproximación interdisciplinar que incluye el análisis de la normativa societaria sobre la denominación social, en el libro del profesor Miranda, M, titulado *Denominación social y nombre comercial*, de la editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

El libro cuenta con cinco capítulos. En el primero se aborda lo relativo a las funciones económicas y jurídicas atribuidas a la marca y a la denominación social, lo cual es de suma importancia para poder definir los supuestos de incompatibilidad entre ambas figuras.

El análisis se centra en las funciones que desempeñan ambas instituciones, desde la doble dimensión que

¹ La autora actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198).

constituye la perspectiva económica y su repercusión jurídica, para concluir que son dos institutos diferenciados por el ordenamiento jurídico vigente en España. Sin embargo, la realidad del tráfico comercial se ha encargado de poner de relieve la existencia de múltiples conflictos que, tradicionalmente, han merecido un tratamiento diferente, tanto en las disposiciones normativas llamadas a tutelar ambas instituciones, como en la jurisprudencia y en los comentarios de la doctrina especializada. Corberá hace énfasis en el alcance del límite al derecho de marca basado en el nombre.

Debe destacarse, que el principal conflicto que se evidencia en este estudio, se encuentra en el plano de los intereses involucrados. Está, por una parte, la posición de la persona jurídica identificada con una determinada denominación social. Por otra, la conducta del solicitante o titular del registro de la marca o nombre comercial posterior, idéntico o semejante a aquella. Ambas perspectivas traen consigo confusión entre los signos, se sitúan en el plano del tráfico económico y por supuesto, dan lugar al aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis de la normativa relativa a estos conflictos en el ámbito internacional y de la Unión Europea, en especial, a raíz de la aprobación de la nueva Directiva de marcas (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre del 2015 y de la modificación del Reglamento sobre la marca de la Unión Europea (UE) 2015/ 2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de marzo del 2016. A la vez se efectúa un estudio de derecho comparado, en el que se contrastan las regulaciones de Alemania, Francia, Reino Unido y Estados Unidos de América. Asimismo, se exponen los conflictos entre marcas y denominaciones sociales, en los que confluyen normas marcarias, de competencia desleal y de derecho societario dentro del ámbito del ordenamiento jurídico español.

Así, el autor plantea acertadamente, que la reciente reforma del sistema de marcas de la Unión Europea excluye la posibilidad de aplicar el límite al derecho de marca, basado en el empleo del nombre a las denominaciones sociales, a la vez que reconoce de forma expresa, la facultad del titular del derecho de marca de prohibir el

empleo del signo en todo o en parte de la denominación social. El autor coincide con este planteamiento, pero intenta llegar más allá en su obra, lo cual logra, en la medida que justifica el estudio en la reforma introducida por la Ley No. 17, de 7 de diciembre del año 2001, Ley de Marcas, a la vez que realiza un análisis de derecho comparado y formula recomendaciones de lege referenda, que en parte, han sido recogidas en la reciente reforma de la Directiva y del Reglamento sobre la marca de la Unión Europea.

En los capítulos tercero y cuarto se analizan, respectivamente, los conflictos entre una marca anterior y una denominación social posterior y viceversa. En el primer caso se revisa con especial atención la normativa de la Unión Europea, en la que se reconoce expresamente la facultad del titular de la marca de prohibir el uso del signo como denominación o parte de ella. El autor da solución a este conflicto partiendo de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que señala la adecuada comprensión del límite al derecho de la marca relativo al nombre de la persona, se extiende a las personas jurídicas, pero cuya aplicación se restringe expresamente a las personas físicas con la reforma de la normativa de la Unión Europea.

A propósito de ello, el resultado práctico no variará en el sentido de que cuando la denominación social cumple su función estricta de identificar a la persona jurídica no hay infracción al derecho marcario. Por ende, no resulta necesario aplicar un límite al derecho de marca, entendiéndose adecuadamente la reforma como una corrección técnica. Esta conclusión debería ser objeto de mayor estudio.

En el segundo caso, es decir, cuando existe colisión entre una denominación social anterior y una marca posterior, se examinan los remedios jurídicos previstos para la protección de la denominación frente a la inscripción de marcas de mala fe o para la protección de la denominación social utilizada como marca no registrada, ya sea por la aplicación de las normas de protección de marcas notorias, como de las normas sobre competencia desleal. Esta parte del libro podría ser muy atractiva para el lector, porque se discute, además, el alcance de la prohibición relativa de registro de marca, recogida en el artículo 9.1 d) de la Ley de Marcas española.

Por último, en el capítulo quinto se realiza una propuesta de *lege referenda*, en la que se evidencia la rigurosidad del estudio realizado, si se tiene en cuenta el dominio del derecho comparado demostrado. De igual forma se señala la incidencia que la nueva directiva de marcas y la modificación del sistema de marcas de la Unión Europea podría tener en el derecho nacional.

La obra se dedica al análisis de estas consideraciones, a partir del estudio jurisprudencial, doctrinal y de derecho comparado sobre los conflictos entre los signos distintivos y las denominaciones sociales. Además de la literatura española estudiada, la obra es un aporte porque consulta ordenamientos representativos en el ámbito de la Unión Europea, como Francia, Alemania e Italia, en contraposición al ordenamiento jurídico de Estados Unidos, como paradigma del sistema marcario anglosajón. A su vez, tras la bibliografía pertinente se añade un listado completo de resoluciones de tribunales nacionales y de la

Unión Europea.

Con un lenguaje claro, el autor nos trasmite el estado de la cuestión en relación al tema. Aun cuando el objeto de estudio puede calificarse de tradicional, existen argumentos que justifican su vigencia y actualidad, como el valor que adquieren los signos distintivos de la empresa en el tráfico económico, por tratarse de un activo inmaterial e instrumento de transparencia en el mercado, y por la necesidad de certidumbre y coherencia del ordenamiento jurídico que exige instrumentos garantes de la seguridad jurídica.

El libro será muy útil para todos aquellos estudiosos del derecho marcario, académicos, o abogados en ejercicio, si tenemos en cuenta que un gran aporte es la combinación adecuada que realiza de las reflexiones doctrinales, con el análisis de casos de la práctica judicial.